

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVI  
FASCICULO I



ENERO-MARZO  
MCMXCIII

# 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 CHAMPÍN  
Catedrático de Derecho civil

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

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

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

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

RAFAEL NUÑEZ LAGOS (†)  
Notario de Madrid

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

## Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

## SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Estudios monográficos	
PANTALEON, Fernando: <i>Asociación y sociedad. (A propósito de una errata del Código Civil)</i> .....	5
ALFARO AGUILA-REAL, Jesús: <i>Autonomía privada y derechos fundamentales</i> .....	57
DIAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio: <i>Saneamiento por Gravámenes Ocultos. (Análisis del artículo 1483 del Código civil)</i> .....	123
FERRER VANRELL, M. <sup>a</sup> Pilar: <i>El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la «potestad» de guarda</i> .....	163
Estudio Legislativo	
BERMUDEZ SANCHEZ, Javier: <i>Imprescriptibilidad y recuperación de oficio de las vías pecuarias: un análisis de la Disposición Final 1.<sup>a</sup> de la Ley de 27 de junio de 1974</i> .....	219

## Vida Jurídica

- BARO I BALLBE, María Josep: «VII Jornades de dret Català a Tossa de Mar». *El Nuevo Codi de successions per causa de mort de Catalunya* ..... 237

## Información Legislativa

- A cargo de Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ ..... 247

## Información Comunitaria

- ALVAREZ GONZALEZ, Santiago: *Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias* ..... 269

## Bibliografía

## NOTAS CRITICAS

- BERCOVITZ, R. y SALAS, J. (eds.): *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, por Jesús Alfaro Aguila-Real ..... 299

## LIBROS

- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: *La protección al concebido en el Código Civil*, por Juan Pozo Vilches.—DE CASTRO GARCIA, Jaime: *La investigación de la paternidad*, por Juan Pozo Vilches.—GOMEZ CALLE, Esther: *La responsabilidad civil de los padres*, por Isabel Sierra Pérez.—HERRERA CAMPOS, Ramón: *La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española*, por Juan Pozo Vilches.—JORDANO FRAGA, Francisco: *La sucesión en el ius delationis. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria mortis causa*, por Emiliano Muñoz de Diego.—LOPEZ MEDEL y BASCONES, Manuel: *Derechos y libertades en la Europa comunitaria*, por G. García Cantero.—RECALDE CASTELLS, Andrés: *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. Función representativa*, por M.<sup>a</sup> Pilar Barrés Benlloch.—SAENZ GARCIA DE ALBIZU, Juan Carlos: *La innavegabilidad del buque en el transporte marítimo*, por Alberto Empanza ..... 313

## REVISTAS EXTRANJERAS

- A cargo de Remedios ARANDA RODRIGUEZ, M.<sup>a</sup> Paz GARCIA RUBIO, Isabel GONZALEZ PAKANOWSKA, Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ e Isabel SIERRA PEREZ ..... 349

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

## II. SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ. Colaboran: Esther ALGARRA PRATS, Gabriel GARCIA CANTERO, Isabel GONZALEZ PACANOWSKA, Carmen JEREZ DELGADO, Juan Antonio MORENO MARTINEZ, Jaime MORO AGUILAR y Encarna SERNA MEROÑO ..... 433

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados**

**MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica  
CENTRO DE PUBLICACIONES**

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

Editado por: Centro de Publicaciones  
Gran Vía, 76 — 8.º — 28013 Madrid

Periodicidad: Trimestral

Precio de suscripción: España: 6.400 ptas. Extranjero: 7.300 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 2.100 ptas. Extranjero: 2.400 ptas.

## CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 — 8.º, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVI  
FASCICULO I



ENERO-MARZO  
MCMXCIII

---

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

---

I.S.B.N.: 84-7787-272-4

N.I.P.O.: 051-93-004-X

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

Depósito Legal: M-125-1958.

---

Imprime: Solana e Hijos, A.G. S.A.

# ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

## Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)

FERNANDO PANTALEÓN

*Para Marta, un cascabel.*

**SUMARIO:** 1. Introducción.— 2. Convenciones terminológicas.— 3. Asociaciones de interés público y asociaciones de interés particular.— 4. La errata sobrevenida del artículo 36 CC.— 5. Asociación y sociedad: criterios de distinción.— 6. Fenómenos asociativos atípicos e irregulares.— 7. A modo de epílogo.

### 1. INTRODUCCIÓN

Descubrir una errata en el Código Civil es siempre, para su descubridor, un pequeño acontecimiento; aunque, en ocasiones, se tiene la razonable seguridad de que una errata existe, pero no es posible demostrarlo. Un caso: yo estoy firmemente convencido de que la mayor parte de las insolubles dificultades interpretativas que suscita el párrafo primero del artículo 1.200 CC (1) obedecen a que alguna mano anónima que no sabía lo que se hacía cambió la palabra «despojo», que aparecía en el párrafo primero del artículo 1.126 del Proyecto de 1851 (2), por la palabra «depósito», después de que se hubiera modificado la redacción del texto del Proyecto con el objeto, según me parece, de evitar la impresión de que las prohibiciones de compensación sólo podrían funcionar dentro del proceso, o como sostiene Peña, con

---

(1) Por todos, M. ALBADALEJO, «La prohibición o improcedencia de la compensación en los casos de depósito y comodato», RDP 1947, pp. 247 y ss.; M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Facultad de compensar y encargo de custodia». *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, II, Madrid 1976, pp. 449 y ss.

(2) «Contra la demanda para la restitución de la cosa en los casos de *despojo*, depósito o comodato, no puede oponerse compensación».



el de extenderlas a las deudas indemnizatorias del despojante, depositario o comodatario (3). Pudo tratarse de un *lapsus calami*, o lo que sería aún más divertido, la obra de un espontáneo profano que creía estar corrigiendo un *lapsus calami* ajeno, por no comprender el perfecto buen sentido de que se prohíba la compensación a quien, acreedor por ejemplo de una cierta suma de dinero, arrebatada dicha suma a su deudor: a fin de evitar que la compensación sirva para asegurar el éxito de una realización arbitraria del propio derecho (4). Lamentablemente, no dispongo de ninguna prueba de que las cosas sucedieron como imagino, si no se considera tal el hecho de que una interpretación de la norma que nos ocupa respetuosa con su tenor literal, como la defendida por el profesor Albadalejo, conduzca a consecuencias absolutamente irrazonables (no hay justificación sensata para una prohibición de compensar, por ejemplo, la deuda del depositante por la remuneración pactada por el depósito); o lo incomprensible de que nuestros codificadores civiles acabaran apartándose de los precedentes al objeto de suprimir la muy justificada prohibición de compensación impuesta al despojante, manteniendo o, incluso, ampliando a la vez las impuestas al depositario y al comodatario.

Creo, en cambio, haber descubierto una errata en el Código Civil, concretamente en su artículo 36, que puede ser demostrada de forma

---

(3) En las versiones publicadas del Anteproyecto de 1882-1888, el párrafo primero de su artículo 1.217 es ya idéntico al artículo 1.200.I CC.

(4) En vez de una cantidad de dinero, podría tratarse de una cosa cierta y determinada. Se nos dirá, como se ha dicho frente a la doctrina tradicional que quería reducir el ámbito del precepto a las obligaciones de restitución de la cosa dada en depósito o comodato, que para estos casos basta ya el número 2.º del artículo 1.196 CC, que requiere la *fungibilidad* de las prestaciones de las obligaciones recíprocas. Pero me parece claro que el verdadero requisito de la compensación es la *homogeneidad* de las prestaciones, y que texto legal recoge sólo el *id quod plerumque accidit*: normalmente sólo son homogéneas las prestaciones fungibles; ahora bien, obviamente homogéneas son también las obligaciones de entregar y de restituir la misma cosa cierta y determinada.

La exactitud de las ideas anteriores se revela, en mi opinión, con siguiente ejemplo. Una persona mayor de edad y plenamente capaz vende a otra una cosa cierta y determinada. Entre el momento de la perfección del contrato de compraventa y el de la entrega de la cosa, el vendedor resulta plenamente incapacitado; a pesar de lo cual, entrega al comprador la cosa vendida. El tutor del vendedor exige al comprador la restitución de la cosa, con base en el artículo 1.160 del Código Civil. Resulta indudable que ningún ordenamiento jurídico sensato puede imponer al comprador, en un caso como éste (distinto, si se tratase de venta de cosa genérica o alternativa, y el incapacitado hubiese llevado a cabo la especificación o la elección), el cumplimiento de la obligación de restituir. E indudable me parece que la excepción que corresponderá al comprador será la de compensación. Si se me responde que será la *exceptio doli* porque *dolo facit qui petit quod mox redditurus est*, replicaré sólo que éste es precisamente el fundamento de la compensación; y que si todo el problema se reduce a inventar un nombre distinto para las «compensaciones» de deudas de prestaciones no fungibles, no entablaré querrelas de palabras. Si gustase el engrendro terminológico «compensativación», yo afirmaré sencillamente que el artículo 1.200.I CC contiene prohibiciones de «compensativación», a fin de evitar que tengan éxito realizaciones arbitrarias del propio derecho.

convinciente. Trataré de hacerlo en estas páginas, en las que he estimado oportuno reflexionar también sobre los criterios de distinción entre asociación y sociedad desde la única perspectiva que no se resuelve en querrela puramente terminológica: la tarea de selección de la disciplina aplicable a los fenómenos asociativos atípicos e irregulares, y de cobertura de las lagunas existentes en la regulación de los tipos legales.

Y en mi deseo de no discutir por las palabras, y ya que las que voy a emplear con mayor frecuencia —asociación y sociedad— adolecen de notoria polisemia, bueno será comenzar conviniendo la terminología.

## 2. CONVENCIONES TERMINOLÓGICAS

Llamaré «*asociación en sentido amplio*» a toda agrupación de personas, de origen negocial, para la común promoción del fin común acordado. Podría haber utilizado al mismo efecto, como es usual entre los especialistas alemanes de Derecho de sociedades (5), la denominación «*sociedad en sentido amplio*». Si he preferido la primera es, sencillamente, porque corresponde a la terminología empleada en el artículo 35 CC (6). Evidentemente, su origen negocial distingue a la

---

(5) Por todos, P. ULMER, en *Münchener Kommentar zum BGB*, III-2, 2.<sup>a</sup> ed., Munich 1986, Vor § 705, Rdnr 1.

(6) Que no, por supuesto, porque yo piense que haya de extraerse de la vigente Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964 la disciplina aplicable a los fenómenos asociativos (en sentido amplio) atípicos; una idea contra la que cabría dirigir las justas críticas hechas a J. F. DUQUE, «*Société, association et entreprise en droit espagnol*», en P. VERRUCOLI (ed.), *Evolution et perspectives du droit de sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*, I, Milán 1968, pp. 83-84, por L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en el Derecho de sociedades*, Zaragoza 1977, p. 301 y C. PAZ-ARES, en *Comentario del Código Civil M. de Justicia*, II, Madrid 1991, pp. 1301-1302.

La objeción de este último autor de que la terminología que, como Fernández de la Gándara, aquí he preferido puede, desde el punto de vista normativo, inducir a confusión, dado que «la disciplina de la asociación en sentido genérico, que tendría que absorber la fenomenología atípica, se halla en el régimen de la sociedad», está conectada al concepto de «*sociedad general*» del profesor Paz-Ares, entendida como la disciplina general de cualquier fenómeno asociativo, que se encontraría en la regulación de la sociedad contenida en el Código Civil convenientemente depurada de los datos normativos que responden a los elementos del tipo (de frecuencia) de la sociedad civil distintos del origen negocial, el fin común y la comunidad de la contribución (PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1301 y ss., con base en ideas de J. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, Madrid 1976, pp. 25 y ss., que en lo fundamental compartiera, aunque con matizaciones no sólo terminológicas, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...*, *cit.*, pp. 300 y ss.). Pero en mi opinión, que desarrollaré más adelante, es cabalmente dicha idea de «*sociedad general*» la que puede conducir a confusiones desde el punto de vista normativo (p. ej., la de afirmar que el funcionamiento de las asociaciones no reconocidas se rige por las normas de la sociedad civil); confusiones en las que, dicho sea de inmediato, no ha incurrido el profesor Paz-Ares más que, quizás, en medida muy leve (v. *infra*, texto correlativo a la nota 34). Mi concepto de asociación

asociación de lo que el número 1.º del artículo 35 CC llama corporaciones (v. art. 37 CC); y tratarse de una agrupación de personas la diferencia de la fundación, dentro de las personas jurídico-privadas.

Utilizaré la expresión «*asociación en sentido estricto*» para designar toda asociación en sentido amplio que no sea «*sociedad*». No juzgaré ahora el criterio de distinción entre asociaciones en sentido estricto y sociedades. Básicamente, se han manejado dos. Uno de raíz francesa, el criterio causal del ánimo de lucro, según el cual serían asociaciones en sentido estricto las asociaciones en sentido amplio sin fin lucrativo, y sociedades las que persiguen el fin de obtener lucro destinado a ser distribuido entre los socios. Y de raigambre alemana el otro, el criterio estructural según el cual serían asociaciones en sentido estricto (o «corporaciones», según la terminología de los juristas alemanes) las asociaciones en sentido amplio con estructura corporativa —desligada de las personas de los singulares asociados; basada en una constitución, los estatutos, independizada de los fundadores—, y sociedades, las asociaciones de estructura personalista (7). La nacionalidad de dichos criterios se explica por la circunstancia de que la definición de sociedad en el § 705 BGB, a diferencia de la contenida en la redacción originaria del artículo 1.832 *Code civil*, no incluye el elemento del ánimo de lucro. Conviene transcribir unos párrafos de F. Ferrera, en los que el autor explicaba ambos criterios, inclinándose por el segundo:

«Una coligación voluntaria de individuos para la consecución de un fin común puede presentarse de dos modos: o bajo la forma de sociedad o bajo la forma de asociación [...]. Los criterios distintivos propuestos han sido varios. Algunos han hecho valer la diversidad del fin, diciendo que son asociaciones las que persiguen un fin ideal, sociedades las que tienen un fin lucrativo. Tal es la doctrina recibida positivamente por el Derecho francés: por lo que los escritores de Francia ponen la antítesis así: la sociedad es un grupo egoísta, la asociación un grupo altruísta. Esta distinción es inaceptable, porque la cualidad del fin no influye en la esencia de la relación. Por lo demás, si es verdad que una gran

---

en sentido amplio —a diferencia del de Fernández de la Gándara, o del de «sociedad general» de Paz-Ares—, es un concepto doctrinal (ordenador y lógico), no normativo. No es que niegue la existencia de una disciplina común a todos los fenómenos asociativos, pero considero inconveniente denominarla de un modo que puede hacer olvidar que se refiere exclusivamente al aspecto contractual de dichos fenómenos.

(7) Para un elenco más detallado de las diferencias entre una y otra estructura, W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Recht*, I-2 («*Die juristische Person*»), Berlín-Heidelberg-Nueva York 1983, pp. 258 y ss.; H. GOING, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 12.ª ed., §§ 1-89, Berlín 1980, Vorbem zu §§ 21-54, Rz 45; y sobre todo, H. WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht*, I, Munich 1980, pp. 89 y ss.

parte de las asociaciones tiene un fin ideal, puede haber también asociaciones de fin económico, como por otra parte no es necesario conceptualmente que la sociedad tenga un fin lucrativo. Si varios sabios se asocian poniendo juntos su actividad y sus medios para hacer una colección de todos los documentos que se refieren a la historia de nuestro resurgimiento, o varias personas se unen para hacer una expedición científica, no hay obstáculo alguno teórico para reconocer en tales formas sociedades. En cuando al Derecho italiano, es de observar que si debe considerarse vinculante la definición que da nuestro Código, restringiendo el concepto de sociedad a las sociedades lucrativas, nada impide reconocer como contrato innominado afín a la sociedad toda coligación de personas para la consecución de un fin desinteresado, sin que por esto estemos obligados a confundir esta forma con la asociación, que tiene sólo de común con aquélla el no haber sido regulada por el legislador. Así que por nuestro Derecho deben distinguirse tres tipos de negocios: las sociedades en sentido técnico (con fin lucrativo), las sociedades sin fin de lucro, como contrato innominado afín, y en contraposición a estas dos, las asociaciones [...].

»Yo creo que hay un carácter esencial que separa netamente la sociedad de la asociación, y es éste: [...] En la sociedad hay coligación inmóvil entre ciertas personas, y sólo excepcionalmente puede alguno de los socios ser sustituido en caso de muerte por su heredero; en la asociación la puerta está abierta: hay un vaivén continuo de socios, una fluctuación perenne de los elementos que la componen. La asociación está precisamente implantada sobre este cambio de los miembros; aquí está su fuerza, en que a los miembros ordinarios sustituyan otros, que su número sea ilimitado, que la asociación permanezca la misma, no obstante que su composición sea modificada por entero. Esto no sucede en la sociedad, que es una relación de fiducia *inter certas personas*, que no permite que una de ellas salga y otra nueva entre sin que la sociedad a su vez se extinga y se renueve. La sociedad cuenta con la individualidad de los miembros, mientras que la asociación prescinde de ella; en la una los socios son insustituibles, en la otra forma una masa fungible» (8).

---

(8) F. FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, trad. esp. de la 2.<sup>a</sup> ed. italiana por E. Ovejero, Madrid 1929, pp. 455-456 y 458. Que el autor ponga exclusivamente el acento, y no con total precisión, en uno de los aspectos que distinguen la estructura corporativa de la personalista, postergando el dato de la distinta organización interna, no impide considerar memorables los párrafos transcritos.

La redacción del artículo 1.832 *Code* fue modificada por la Ley de 4 de enero de 1978, que añadió a las clásicas palabras «*en vue de partager le bénéfice*» con que terminaba el precepto, estas otras: «*ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter*». Sirva este dato para recordar la tendencia a sustituir el «fin lucrativo» por el mero «fin económico», que se aprecia entre quienes siguen en la línea de vertebrar el Derecho de las asociaciones en sentido amplio sobre bases causales. No dedicaré aquí ninguna atención a esta postura, que nada impulsa a acoger en un Derecho que no ha sufrido una modificación legislativa como la francesa, puesto que no presenta otro activo frente a la que quiere sustituir que el dar razón del nombre «sociedad» en algunos de los casos, que no en todos (piénsese en las sociedades anónimas laborales o deportivas o en las sociedades de ente público, cuyos fines principales no son económicos), en los que el legislador suele denominar con él a determinadas asociaciones en sentido amplio sin finalidad lucrativa (como las cooperativas o las agrupaciones de interés económico); y tiene en su pasivo, sobre todo, que nunca se han denominado «sociedades» los sindicatos y demás asociaciones para la común defensa de intereses económicos (9).

Resulta claro que ninguno de aquellos dos criterios —el causal de ánimo de lucro y el estructural— es hoy capaz de dar cuenta de la terminología utilizada por el legislador, que, por poner un ejemplo evidente, denomina «sociedades» a las cooperativas, que carecen de ánimo de lucro (como las sociedades mutuas de seguros o de garantía recíproca) (10) y cuya estructura es obviamente corporativa (como la de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada). De lo que ha de tratarse, de lo que más adelante trataremos, es de averiguar cual de dichos criterios es el apropiado para seleccionar correctamente la

---

(9) Sobre el tema, con referencias doctrinales suficientes, PAZ-ARES, «Animo de lucro y concepto de sociedad», en *Derecho mercantil de la CEE. Estudios en Homenaje a José Girón Tena*, Madrid 1991, pp. 732-733, nt. 6.

La postura mencionada en el texto no debe confundirse con la muy conocida de F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, 2.<sup>a</sup> ed., Bolonia-Roma 1976, «Comentario del codice civile Scialoja-Branca», Arts. 36-42, p. 31 y ss., quien define la asociación por su estructura corporativa (lo que dicho autor denomina una organización interna de tipo corporativo y una estructura personal abierta) y, además, por la ausencia de fin económico; aparecen junto a ella (y el equiparable a ella consorcio industrial), como figuras típicas, la sociedad lucrativa y la cooperativa, con finalidad económica ambas; y el resto son fenómenos asociativos atípicos. Se trata de un planteamiento que, al agolpar los fenómenos atípicos en una suerte de «cajón de sastre» conceptual, no es útil para la *Rechtsgewinnung*. Y que despista notablemente al dejar en la sombra que las cooperativas e incluso las sociedades anónimas son normativamente mucho más parecidas a las asociaciones que a las sociedades civiles.

(10) Y como, según una interpretación de los artículos 3.<sup>o</sup> LSA y 3.<sup>o</sup> II LSRL cada vez más extendida, puede suceder con las sociedades anónimas y limitadas. Y como ocurre con las agrupaciones de interés económico, según el artículo 2.<sup>o</sup>2 de su reciente Ley 12/1991, de 29 de abril, en la cual se las califica reiteradamente de «sociedades». Sobre todo lo anterior, PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, pp. 740-743.

disciplina aplicable a los fenómenos asociativos atípicos e irregulares. La explicación de la terminología legislativa parece ser ésta: se llama también «sociedades» a aquellas asociaciones de estructura corporativa que *desempeñan con carácter principal actividades económicas*, cualquiera que sea el fin propuesto. Se trata de un criterio «objetivo», no causal —no deben confundirse objeto y fin de las asociaciones o sociedades—, cuya justificación quedará clara más adelante, en el apartado 5.3 de este trabajo.

Emplearé la expresión «*fenómenos asociativos* (en sentido amplio) *atípicos*» para referirme a casos como los siguientes, que he tomado del profesor Paz-Ares: a) Dos fundaciones culturales se asocian a fin de organizar la Exposición mundial de Velázquez en el año 1992; media docena de grandes empresas del país se unen para construir y poner en marcha una Escuela de Negocios sin ánimo lucrativo; estableciéndose en ambos casos la organización precisa para llevar a efecto la empresa. b) Varios agricultores se reúnen al objeto de construir en común un pozo y sus accesorios (máquina de bombeo, conducciones, etc.), que se proponen utilizar en común con fines de regadío de sus respectivas explotaciones agrícolas; tres amigos aficionados a la vela acuerdan adquirir un velero en común para participar en la regata anual de la vuelta al mundo. c) Unos hermanos acuerdan sufragar, en proporción a sus respectivos ingresos, la educación universitaria de sus sobrinos huérfanos; varios profesores se comprometen a escribir juntos un Tratado de Bioquímica (11).

Y con la expresión «*fenómenos asociativos irregulares*» me referiré conjuntamente a las «asociaciones sin personalidad» o «no reconocidas» (12) y las sociedades de capitales irregulares (v. art. 16 LSA) (13).

---

(11) PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, p. 743. Para el citado autor, convencido de la necesidad de reconstruir el Derecho de sociedades sobre bases estructurales (en la dirección marcada entre nosotros por el profesor GIRÓN *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, p. 25 y ss., que aceptó con matices FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, *Atipicidad...*, *cit.*, pp. 300-303, 336-338), todos los ejemplos del texto lo son de verdaderas sociedades, dada su estructura claramente personalista. Se trata de sociedades atípicas, que se separan del tipo de la sociedad civil, todas, en la ausencia de ánimo de lucro; las de los grupos b) y c), además, en su carácter de sociedades internas y, por tanto, no dotadas de personalidad jurídica; y las del grupo c), además, en la falta de un patrimonio común.

(12) Véase, por ejemplo, J. L. LACRUZ BERDEJO/A. LUNA SERRANO, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, I-2, Barcelona 1990, pp. 295-296 y PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, p. 744, nt. 48. Coincidimos con este autor en que no es lo mismo una asociación en formación (todavía no inscrita) que una asociación no reconocida (a la que, por la razón que sea, no se quiere inscribir); pero, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las sociedades de capitales (v. arts. 15 y 16 LSA), creemos que los regímenes de una y otra son iguales en lo esencial (las diferencias *infra*, en nota 102).

(13) Naturalmente, no estoy insinuando que no existan en la realidad sociedades colectivas o comanditarias irregulares: que sus socios no tienen voluntad de inscribir en el Registro mercantil. Tampoco se trata sólo de que deseé limitar mi exposición a

Resultará evidente que estos fenómenos tienen estructura corporativa, mientras que los arriba referidos como «atípicos» son de estructura personalista.

### 3. ASOCIACIONES DE INTERES PUBLICO Y ASOCIACIONES DE INTERES PARTICULAR

En la enumeración de las personas jurídicas que se realiza en el artículo 35 CC figuran, en su número 1.º, las «asociaciones de interés público», y en su número 2.º, las «asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales». Es indudable que el Código utiliza la palabra «asociación» en sentido amplio. Se trata de saber que ha de entenderse por interés público o interés particular; discusión en la que ha jugado un papel fundamental el artículo 36 CC, a tenor del cual las asociaciones a que se refiere el número 2.º del artículo 35 se rigen por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste, en relación con los artículos 1.665 CC y 116 CCom, en los que luce el requisito del ánimo de lucro. Es oportuno transcribir, además, el artículo 1.º de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887:

«El derecho de asociación que reconoce el artículo 13 de la Constitución podrá ejercitarse libremente, conforme a lo que preceptúa esta ley. En su consecuencia, quedan sometidas a las disposiciones de la misma las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo o cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el ánimo de lucro o ganancia.

»Se regirán también por esta ley los gremios, las sociedades de socorro mútuos, de previsión, de patronato y las cooperativas de producción, de crédito o de consumo».

---

las irregularidades más frecuentes en el tráfico. Se trata sobre todo de que he querido limitarla a los casos en que la situación de irregularidad, de noluntad de la inscripción, se presenta con autonomía normativa (sobre la formalización de la anónima irregular en la nueva Ley de Sociedades Anónimas como categoría societaria autónoma, FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, «La sociedad anónima irregular», en AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas*, I, La fundación, Madrid 1991, pp. 624 y ss). Y como confirma hoy nítidamente el artículo 7.º2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico, no existe diferencia entre el régimen de la sociedad colectiva en formación (aún no inscrita) y el de la sociedad colectiva irregular (en este sentido, PAZ-ARES, *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid 1993, p. 40, nt. 20). Y lo mismo cabe decir de la sociedad comanditaria, habida cuenta de que el carácter limitado o ilimitado de la responsabilidad de los socios comanditarios depende de la publicidad de hecho del tipo (arts. 147 y 148.IV CCom), no de la mera publicidad registral (vid. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, pp. 554-556).

Precisando el número 2.º del artículo 2.º que se exceptúan del ámbito de aplicación de la ley «las sociedades que no siendo de las enumeradas en el artículo 1.º se propongan un objeto meramente civil o comercial, en cuyo caso se regirán por las disposiciones del derecho civil y mercantil, respectivamente».

Y recuérdese que el artículo 39 CC dispone que, cuando los estatutos de una asociación no hubiesen asignado aplicación para sus bienes en el caso de disolución, «se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o Municipio que principalmente debieran recoger los beneficios» de la asociación extinguida. Tanto por la sistemática del Capítulo del Código en que el precepto está integrado, como por su referencia a las «corporaciones, asociaciones o fundaciones», parece evidente que resulta aplicable a (todas y sólo a) las personas jurídicas que contempla el número 1.º del artículo 35, es decir, por lo que a las asociaciones respecta, a (todas y sólo a) las asociaciones de interés público, cualquiera que sea el significado de esta expresión.

Resumidos los datos normativos relevantes, pasemos a las propuestas doctrinales de entendimiento de aquella distinción.

3.1. De una lectura seriada los artículos 35, 36 y 1.665 CC y 116 CCom parece deducirse con toda evidencia una respuesta al problema planteado, que expresa muy bien el siguiente silogismo del profesor Lacruz, compartido por A. Luna:

«En mi opinión, el legislador del Código Civil ha empleado la fórmula del “interés público” en un sentido particularmente lato, pues, *a*) evidentemente, el legislador no ha excluido del artículo 35 las asociaciones con fines —por ejemplo— recreativos; y siendo así que *b*) tales asociaciones no se incluyen entre las de “interés particular”, porque estas son, según el artículo 36, las sociedades con fin de lucro y sólo ellas (no las asociaciones), luego *c*) las asociaciones con fines —por ejemplo— recreativos, se cuentan entre las del apartado primero, y por tanto entre las “de interés público”.

»El legislador pensó, acaso, que cualquier finalidad no lucrativa entra en una visión muy amplia del “interés público”, que comprende también el esparcimiento y, en general, cualquier actividad que contribuya al bienestar de la gente sin proporcionar beneficio o lucro a un empresario civil o mercantil» (14).

---

(14) LACRUZ/LUNA, *Elementos...*, 1-2, *cit.*, pp. 262-263. Que el texto es de Lacruz lo prueba la p. 192 de la edición de la misma obra de 1983.



Esta interpretación cuenta con la enorme autoridad de don Federico de Castro, quien proporcionó una explicación «ideológica» de la clasificación de las asociaciones que nos ocupa:

«Esta clasificación —escribió don Federico— responde a la concepción todavía dominante en la época del Código. Se estiman peligrosas las asociaciones de todas clases, excluidas las sociedades, por su posible “politización” y se considera necesario someterlas a especial vigilancia. Las sociedades cuya finalidad es la ganancia (artículo 1.665) se consideran dignas de confianza y favor, como beneficiosas para la prosperidad del país (conforme a la frase de Thiers: “enrichessez vous”), y se entregan a la autonomía de la voluntad» (15).

Pero la interpretación expuesta, defendida también por A. de Cossío, F. Capilla y J. J. Marín López (16), se enfrenta a objeciones que me parecen insuperables:

a) La primera, de orden lingüístico: resulta absolutamente impropio decir que una sociedad gastronómica o una cooperativa son de asociaciones de interés público (17). Lo mismo cabe predicar respecto de

---

(15) F. DE CASTRO, *Temas de Derecho Civil*, Madrid 1972, pp. 79-80. Bueno será advertir desde ahora que la explicación ofrecida por De Castro resulta más apropiada para el precepto inicial de una Ley de Asociaciones, que para el artículo del Código Civil que censura las personas jurídicas, para el que parecería más adecuada ésta explicación político-económica: por un lado se encontrarían las «manos muertas», a las que sólo se les reconocería personalidad de modo muy restrictivo (si sus fines son de utilidad pública; con limitaciones de su capacidad de obrar), y por el otro, las «manos vivas», las sociedades, respecto de las cuales la cuestión de la personalidad jurídica sería estrictamente técnico-jurídica. Pero antes de entusiasmarse con esta visión de uno y otro número del artículo 35 CC, resulta conveniente releer el artículo 515 CC (que parece partir de la premisa de que las sociedades son tan potencialmente perpetuas como las corporaciones), y calibrar si se está dispuesto a afirmar que nuestro Código Civil no ha reconocido personalidad a las asociaciones recreativas ni a las cooperativas (recuérdese el art. 1.º II LA de 1887). Cuestión ésta, que resultará clave en lo que sigue.

(16) A. DE COSSIO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales Ederesa*, I, Jaén 1978, pp. 835-836; F. CAPILLA, en A. LÓPEZ y V. L. MONTÉS coord. *Derecho Civil. Parte General*, Valencia 1992, pp. 471-473 y 505; J. J. MARÍN LÓPEZ, CCJC 23 (1990), p. 755. También M. DE LA CAMARA, *Estudios de Derecho Mecantil*, I, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid 1977, pp. 556-557 y G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Asociaciones y Constitución*, Madrid 1987, pp. 164-165.

(17) Para FERRARA, *Teoría...*, *cit.*, pp. 701-703, resultó evidente que personas jurídicas de utilidad o interés público son las que desarrollan una actividad en el interés social, que coincide o es auxiliar de la acción estatal, y personas de utilidad privada «las que agotan su vida en la satisfacción de intereses particulares, ya sea de naturaleza ideal o económica». Enumeraba como personas de utilidad privada las sociedades de recreo, las deportivas, las cooperativas de consumo y de crédito y las sociedades profesionales.

los ejemplos de fenómenos asociativos atípicos que se han ofrecido más arriba, ausente en todos el fin lucrativo.

b) En un Real Decreto de competencia de 3 de marzo de 1928 se dice que «en el amplio concepto de asociación de interés particular, a que se refiere el núm. 2.º del artículo 35, y el 36 del Código Civil, han de distinguirse aquellas que encajen en la figura jurídica del contrato de Sociedad, bien sean civiles o mercantiles, y las Asociaciones lícitas para los distintos fines de la vida, que se regulan por la ley de 1887».

c) El artículo 2.º de la Ley sobre Heredamientos de Aguas, de 27 de diciembre de 1956, siguiendo una pauta jurisprudencial (STS 5 de julio de 1913) posteriormente consolidada (SSTS 21 de noviembre de 1958 y 15 de junio de 1961), dispone que, cuando tales asociaciones estuvieran ya establecidas o no adopten forma específica de organización, se consideran «asociaciones de interés particular, de las definidas en el artículo 35, número segundo, del Código Civil». Y es obvio que dichas asociaciones carecen de ánimo de lucro (18).

d) En caso de disolución de una sociedad gastronómica, ¿no sería absolutamente irrazonable aplicar sus bienes como dispone el inciso final del artículo 39 CC, cuando nada se haya previsto en los estatutos sobre aquella eventualidad? (19). Nótese que el mismo interrogante

(18) Véase la dificultad clasificatoria que los heredamientos de aguas causan a LACRUZ/LUNA, *Elementos...*, I-2, *cit.*, p. 264.

(19) Sobre el destino de los bienes de las personas jurídico-privadas en caso de disolución, escribió FERRARA, *Teoría...*, *cit.*, pp. 922-923:

«Cuando la ley y el Estatuto callan, es preciso ver que criterio deberá seguirse para la sucesión de las personas jurídicas. Ahora bien, de un examen conjunto de nuestra legislación resulta como espíritu de nuestro Derecho un doble principio jurídico.

»Es preciso distinguir corporaciones e instituciones de utilidad pública o interés privado y fin particular. Nótese que la antítesis no coincide con la de personas de derecho público y privado, porque también las personas de derecho público provistas de *imperium* puede perseguir fines egoístas (Compañías coloniales del derecho inglés, Banco de Italia, Consorcios filoxéricos) y por otra parte personas privadas pueden tener un fin de utilidad pública general (instituciones de beneficencia pública). Ahora, mientras en las personas de utilidad pública rige el principio del mantenimiento del destino o de la conversión en otro análogo, en las personas de interés privado, por el contrario, rige el principio de la asignación de los bienes a los miembros e interesados, con libertad de disposición. Esto resulta también indirectamente de la interpretación del Estatuto de cada ente, que prescribiendo un fin a la corporación o fundación, determina al mismo tiempo el círculo de los destinatarios en cuyo provecho el ente funciona.

»Ahora bien, en caso de extinción, los bienes siguen el destino que se les dio, entregándose a los destinatarios. En las personas jurídicas de utilidad privada los destinatarios son los miembros, porque el ente había sido creado y funcionaba en su favor, para la satisfacción de sus intereses económicos o ideales. Perdida la forma jurídica, el mecanismo de unificación jurídica, los derechos retornan a sus miembros, únicos interesados.

pudo ser suscitado durante muchos años respecto de las cooperativas. Y finalmente, que podría suscitarse hoy respecto del primer grupo de casos (dotados de personalidad jurídica, dado su carácter externo) de fenómenos asociativos atípicos propuestos en el apartado 1.2 del presente trabajo: ¿cómo explicar, por ejemplo, a aquel grupo de empresas, cuando la Escuela de Negocios deje de funcionar, que los bienes correspondientes no han de distribuirse entre ellas, dado que su fin común no era lucrativo? Este último argumento me parece especialmente decisivo (20).

---

No sucede lo mismo en las instituciones o corporaciones de fin general (de beneficencia, de caridad, de instrucción, de fin político, administrativo, etc.). Aquí el círculo de los interesados está fuera del seno de la corporación: los miembros no son más que los artífices y los contribuyentes de una obra o actividad desarrollada a favor de los ciudadanos, que son los destinatarios de la utilidad de la persona jurídica. Sucede aquí precisamente lo mismo que en las instituciones y fundaciones. Ahora bien, en tales casos, si el patrimonio debe ir a los destinatarios, y el círculo de éstos es amplio e indeterminado y sólo territorialmente individual, que el patrimonio vaya a parar al ente local o general que representa al grupo de los ciudadanos destinatarios».

Estos son sin duda los principios inspiradores del § 45.III («*Fehlt es an einer Bestimmung der Anfallberechtigten, so fällt das Vermögen, wenn der Verein nach Satzung ausschließlich des Interesses seiner Mitglieder diene, an die zur Zeit der Auflösung vorhandenen Mitglieder zu gleichen Teil, anderenfalls an den Fiskus des Bundesstaats, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hätte*») y del inciso final del § 46 BGB: «*Der Fiskus hat das Vermögen tunlichst in einer den Zwecken des Vereins entsprechenden Weise zu verwenden*». Sobre el § 45.III, por todos, STAUDINGER-COING, § 45, Rz 14 y ss.

No, en cambio, del artículo 31 CC italiano, en el que, tras disponerse que los bienes de la persona jurídica disuelta se asignarán conforme a lo previsto en el acto constitutivo o el estatuto, se prescribe: «*Qualora questi non dispongano, se trattasi di fondazione, provvede l'autorità governativa, attribuendo i beni ad altri enti che hanno fini analoghi; se trattasi di associazione, si osservano le deliberazioni dell'assemblea che ha stabilito lo scioglimento e, quando anche queste mancano, provvede nello stesso modo l'autorità governativa*». Pero parece claro que, por lo que a las asociaciones respecta, el precepto fue mal concebido. En el artículo correspondiente del Proyecto preliminar se contenía una disposición que prohibía atribuir el patrimonio restante a los asociados. Informa la *Relazione al Re* (n. 54) que la misma fue suprimida habida cuenta de que «muchas de las asociaciones de carácter privado se proponen fines de exclusiva utilidad de los asociados y son alimentados sólo por las contribuciones de éstos». Pero lo congruente hubiera sido, entonces, que en tales casos no apareciera en último término la autoridad gubernativa, sino los propios asociados. Que no se hiciera así, es la causa de que un autorizado sector doctrinal haya sostenido que sigue sin ser posible la asignación de los bienes a los asociados, y que el único campo dejado aquí a la autonomía estatutaria o a la junta que acuerda la disolución es precisar qué ente o entes análogos serán los destinatarios del patrimonio residual (así, GALGANO, *Delle associazioni...*, cit., pp. 212-215, y DE GIORGI, *Le persone giuridiche in generale. Le associazioni e le fondazioni*, en el «Trattato di diritto privato Rescigno», 2-1, Turín 1982, pp. 251-252, contra la doctrina dominante: v. por todos, VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, *Revista* 1977, pp. 257 y ss).

(20) Naturalmente, la crítica tendría que ir más allá a quien, desde las premisas que criticamos, quisiera llegar al extremo de considerar que todas las asociaciones de

3.2. Con apoyo en la sentencia de 5 de julio de 1913 sobre hereditamientos y en el párrafo transcrito del Real Decreto de 3 de marzo de 1928, dudó Castán, desde las primeras ediciones de su «Derecho Civil Español Común y Foral», que todas las asociaciones que no fueran sociedades debieran reputarse de interés público (21).

Lo ha negado decididamente Puig Ferriol, con argumentos que merece la pena transcribir:

«Según el art. 35, núm. 2 Cc se habla de interés particular en relación con las asociaciones civiles, mercantiles o industriales, y como que según el siguiente artículo 36 Cc estas asociaciones “se regirán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste”, de ahí cabría deducir que para el legislador español sólo serán personas jurídicas de interés particular las sociedades civiles, mercantiles o industriales. Pero esta afirmación merece ser revisada. En primer lugar partiendo del punto de vista de que el artículo 36 Cc lo único que dice es que las sociedades civiles, mercantiles o industriales son siempre personas jurídicas de interés particular, pero de ello no debe deducirse, por cuanto el precepto no da base para ello, que sólo sean personas jurídicas de interés particular las sociedades civiles, mercantiles o industriales [...] (22).

»[E]s dudoso que los codificadores acogieran acertadamente el criterio que inspiraba la legislación sobre asociaciones vigente en el momento de publicarse el Código civil, que era la Ley de 30 de junio de 1887. En efecto, el art. 1.º de la misma declaraba sujetas a sus prescripciones “las asociaciones para fines religiosos, políticos, científicos, artísticos, benéficos y de recreo, o cualesquiera otros lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia”, y del precepto resulta que si bien la mayoría de las asociaciones que en él se contemplan pueden

---

interés público (sin ánimo de lucro) que no se rijan por leyes especiales se rigen hoy por la Ley de Asociaciones de 1964 (así, DE CASTRO, *Temas...*, cit., p. 79, y exceptuando sólo las que persigan fines económicos alcanzables mediante actividades también económicas, CAPILLA, *Derecho Civil...*, cit., p. 473). Pues, respecto de los aquí llamados fenómenos asociativos atípicos, de estructura personalista, esa afirmación resultaría manifiestamente equivocada (cfr. PAZ-ARES, «Animo de lucro...», cit., pp. 744-745, y *Comentarios...*, II, cit., p. 1311). Volveremos sobre este tema más adelante.

(21) He consultado la 5.ª edición, Madrid 1941, Tomo I, p. 213 y nt. 1.

(22) A continuación se refiere PUIG FERRIOL a las sociedades de ente público, que pueden gestionar incluso verdaderos servicios públicos en sentido material, sin finalidad de lucro. La peculiaridad de estas sociedades justifica dejarlas al margen de nuestro estudio (cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 5.ª ed., Madrid 1989, pp. 415 y ss). Su encaje en el artículo 35 CC variaría según gestionasen un servicio público (asociaciones de interés público, art. 35.1.º CC), o una actividad económica en concurrencia con los particulares (asociaciones de interés privado, art. 35.2.º CC).

adscribirse a la categoría de las personas de interés público (23), en cambio, tal calificación no cuadra a las asociaciones creadas para fines de recreo, que claramente persiguen una finalidad de interés privado. Por tanto, la incidental declaración contenida en el artículo 35, núm. 1 Cc sobre asociaciones de interés público es dudoso que deroga lo dispuesto en la Ley de 1887, que permitía claramente la constitución de asociaciones de interés privado o particular; criterio éste que debe entenderse reafirma la actual Ley de asociaciones de 24 de diciembre de 1964, cuyo artículo 1.º exige únicamente que persigan “fines lícitos y determinados”. De todo lo cual resulta sin mayores dudas que el ordenamiento civil español, y pese a la declaración incidental del art. 35 núm. 1 Cc, admite tanto las asociaciones de interés público como las asociaciones de interés privado o particular».

Concluía el autor afirmando que, cuando el fin común, que no tiene por que ser de carácter económico, «interesa únicamente a los miembros que integran como socios o asociados la persona jurídica, la misma habrá de calificarse de interés privado, y por tanto, sujeta a las prescripciones civiles o mercantiles según los casos». Y más adelante, respecto del inciso final del artículo 39 CC, escribía:

«Pese a su aparente generalidad, resulta claro que la transcrita disposición no es aplicable a cualquier tipo de personas jurídicas, sino únicamente a las que el artículo 35, núm. 1 Cc denomina de interés público, las cuales por perseguir un fin que trasciende a los intereses de sus miembros, la extinción de estas personas jurídicas determinará la adscripción de su patrimonio, no en beneficio de sus antiguos miembros, sino a otras finalidades también públicas [...].

»Las cosas ocurren de una forma distinta con respecto a las personas jurídicas de interés privado, según resulta del artículo 36 Cc, que remite a las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste. En méritos de esta remisión cabe invocar aquí el art. 1.708 Cc y los arts. 232 y siguientes del Código de comercio, de los cuales resulta que a falta de mayor previsión en los estatutos socia-

---

(23) Aquí me permitiría apostillar, en apoyo del argumento general de PUIG FERRIOL, que esto, sin duda cierto hoy, no lo era en 1887. Todavía en la segunda década de este siglo consideraba FERRARA, *Teoría...*, cit., p. 703, personas jurídicas de utilidad privada las sociedades literarias, artísticas y deportivas. El paso de los años ha incrementado el contenido del número 1.º del 35 CC a costa de su número 2.º. Respecto de las asociaciones deportivas, por ejemplo, lo demuestran muy bien los números 2 y 3 del artículo 1.º de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

les, el patrimonio de las sociedades, de acuerdo con el fin egoísta que preside las mismas, debe ser distribuido entre los socios en proporción a la participación que tenían en la persona jurídica disuelta. Regla ésta que con las debidas adaptaciones será igualmente aplicable a las asociaciones de interés particular» (24).

La cuidada exposición del profesor Puig Ferriol pone bien de manifiesto la incómoda alternativa ante la que se encuentran quienes quieren defender la existencia de asociaciones de interés particular, por tanto no incluidas en el número 1.º del artículo 35 CC, que no sean sociedades. Siendo bastante claro, a mi juicio, que la letra del artículo 36 CC no se limita a decir que las sociedades civiles, mercantiles o industriales son siempre personas jurídicas de interés particular (y que es el art. 35.2.º CC el que eso dice):

a) Pueden afirmar —como Albaladejo y Vicent Chuliá— que también dichas asociaciones están contempladas en el número 2.º del artículo 35 CC, y que el artículo 36 CC lo único que significa al respecto es que las asociaciones en cuestión se rigen también por las normas aplicables a las sociedades, pese a no serlo (25). El propio Puig Ferriol, con cierta falta de coherencia, llegó a escribir que de la remisión del artículo 36 CC cabía deducir que las disposiciones relativas al contrato de sociedad servirán para colmar las lagunas de la Ley de Asociaciones de 1964 para aquellas asociaciones que no persigan un fin lucrativo (26).

Pero para enfrentarse a una objeción que estimo decisiva. Dicha tesis resulta plenamente aceptable respecto de los que aquí llamo fenómenos asociativos atípicos (de estructura personalista). ¿Cómo defenderla, en cambio, para las asociaciones de estructura corporativa (que son, por cierto, las únicas que contempla la Ley de 1964)? ¿Quién hubiera mantenido que las causas de extinción previstas en los números 3.º y 4.º del artículo 1.700 o las reglas de los artículos 1.695 y 1.696 CC eran aplicables a las cooperativas a que se aludía el artículo 1.ºII de la Ley de Asociaciones de 1887? ¿Y quién sostendría razonablemente hoy que, a tenor del artículo 36 CC, y puesto que la Ley de Asociaciones de 1964 nada dispone al respecto, los miembros de una asociación recreativa responden personal y mancomunadamente de las deudas de la asociación, en virtud de lo establecido en el artículo 1.698.I CC?

b) O habrán de afirmar que, como demuestra el artículo 36 CC, las asociaciones de interés particular que no son sociedades no están tampoco contempladas en el número 2.º del artículo 35 CC.

---

(24) L. PUIG FERRIOL, en J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, I-1, Barcelona 1979, pp. 656 y ss. y 692.

(25) M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-1, 10.ª ed., Barcelona 1985, p. 384, nt. 2; F. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, I-2, 3.ª ed., Barcelona 1991, págs. 297-298; y en RGD 1992, p. 10282.

(26) PUIG FERRIOL, *Fundamentos...*, I-1, cit., p. 698.

Pero para llegar a la conclusión de que el Código no habría reconocido personalidad jurídica a estos entes —lo que afirmó De Castro y afirma hoy el profesor Caffarena (27)— y de que, por ende, habría derogado a este respecto la Ley de Asociaciones de 1887, hasta ser derogado a su vez por la Ley de Asociaciones de 1964, que habría vuelto a reconocer personalidad a las asociaciones de interés privado; conclusión a la que parecen llegar L. Díez-Picazo y A. Gullón (28), pero que no es fácil de compartir. Una variante de esta alternativa sería mantener qué Ley de 1887 no habría sido derogada por el Código, porque no se habría pronunciado sobre la cuestión de la personalidad jurídica de las asociaciones (29). Pero si se tiene en cuenta que nada ha añadido a tal respecto la Ley de Asociaciones de 1964 (30), debería inexcusablemente concluirse que las asociaciones de interés privado no sociedades nunca habrían tenido en nuestro derecho personalidad —a excepción

---

(27) DE CASTRO, *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*, en «Centenario de la Ley del Notariado», III-I, Madrid 1964, p. 81; J. CAFFARENA, en *Comentario del Código Civil M. de Justicia*, I, Madrid 1991, p. 236 (y las palabras «o al menos las dotadas de personalidad jurídica» al final de comentario al art. 36 en la p. 241). Este autor coincide con Puig Ferriol en que la proposición final del artículo 39 CC sólo es aplicable a las personas jurídicas de interés público, y no a las asociaciones de interés particular, sean o no sociedades (p. 250); lo que comparte ALBALADEJO, *Derecho Civil*, I-1, *cit.*, p. 444.

(28) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid 1989, p. 655-656; *vid.* también pp. 639-640, nt. 2.

(29) La doctrina dominante siempre opinó que dicha Ley reconocía personalidad jurídica a las asociaciones sujetas a sus normas (así, por todos, CASTAN, *Derecho Civil...*, I, *cit.*, p. 220). Y si es verdad que ninguno de sus preceptos lo dispone expresamente, y la expresión «propiedad colectiva» de su artículo 18 podría dar lugar a dudas (aunque quizá sólo cuando lee con ojos modernos, porque v. DE CASTRO, *Formación...*, *cit.*, pp. 75-76, nt. 196), el tenor del artículo 4.<sup>o</sup> I (denominación, domicilio, aplicación de los fondos o haberes sociales caso de disolución) parece bastante significativo. En fin, el citado Real Decreto de 3 de marzo de 1928 presupone que las asociaciones sujetas a las disposiciones de la Ley de 1887 son personas jurídicas.

No cabe negar, de cualquier modo, que es conceptualmente distinto reconocer la libertad de asociación que reconocer personalidad jurídica a todas las asociaciones lícitas y que, como veremos a lo largo del apartado 4 del presente trabajo, dicha diferencia fue consagrada legislativamente en no pocos ordenamientos del siglo XIX. Y lo hubiera sido entre nosotros, por ejemplo, de haber llegado a ser Código Civil el Proyecto de 1836, donde sólo se consideraban personas morales «las juntas o corporaciones establecidas por la autoridad pública» (art. 541), sin que ello impidiera afirmar que «la ley reconoce y ampara todas las compañías o asociaciones cuyo objeto sea fomentar y exigir cualquier establecimiento de ciencias, literatura, artes, agricultura, industria o comercio, con tal que se ponga en conocimiento de la autoridad civil de la provincia o del Gobierno en su caso» (art. 547).

(30) Que el artículo 3.<sup>o</sup>6 de dicha Ley hable del «reconocimiento de la Asociación» sólo podría resultar significativo en conexión con el número 1.<sup>o</sup> del artículo 35 CC; pero en él únicamente se contemplan las asociaciones de interés público. Se podría argumentar que la estructura corporativa que la Ley de 1964 previene para las asociaciones regidas por ella (arts. 3.<sup>o</sup>2 y 6.<sup>o</sup>) no es imaginable sin atribución de personalidad jurídica. ¿Pero se está dispuesto a argumentar lo mismo respecto de los artículos 12 a 16 de la Ley de Propiedad Horizontal?

de aquellas a las que se la hubiera reconocido una Ley especial—, y seguirían sin tenerla hoy, salvo en la medida en que quepa defender que el artículo 22 CE exige reconocérsela (31). En fin, admitir cualquiera de las variantes de esta alternativa implicaría sostener que nuestras leyes han soportado (¿inconscientemente?) durante muchos años una contradicción de valoración difícilmente soportable: reconocer personalidad a las sociedades civiles o a sociedades mercantiles de estructura personalista, mientras se la negaba a las cooperativas (hasta su legislación especial) o a las asociaciones de recreo por el simple hecho de no perseguir fines lucrativos. Y si se me responde que las sociedades «no son manos muertas», y las asociaciones sí, replicaré que el argumento no vale para las cooperativas ni para muchas asociaciones sin ánimo de lucro, pero no tendencialmente perpetuas; y que en el artículo 515 CC se menciona expresamente la Sociedad junto a la Corporación, dando el legislador a entender que plantean el mismo problema de duración indefinida. En todo caso, aquella contradicción de valoración no se ha visto reflejada en nuestra vida jurídica, en la que la personalidad jurídica plena de las asociaciones de interés particular no sociedades, al menos las oficialmente reconocidas, jamás se ha visto seriamente puesta en duda ni antes de la Constitución de 1978, ni antes de la Ley de Asociaciones de 1964.

Es obvio, por lo demás, que frente esta alternativa podrían oponerse las objeciones de las letras *b)* y *c)* del apartado anterior.

3.3. Recientemente, el profesor Paz-Ares ha vuelto sobre el tema en el marco de una importante contribución destinada a demostrar la necesidad de acoger, corrigiendo teológicamente la norma del artículo 1.665 CC, un concepto de sociedad desprovisto del requisito del ánimo de lucro, en el seno de una reconstrucción general del derecho de sociedades (y asociaciones) asentada sobre bases estructurales, en vez de sobre bases causales, como lo hace la doctrina mayoritaria. Ha escrito el citado profesor (32):

«La doctrina mayoritaria, con el fin de cerrar el círculo preservando la concepción lucrativa de la sociedad que defiende, considera que el *interés particular* ha de interpretarse como *ánimo de lucro*. A este resultado llega —según creemos percibir— mediante un silogismo de la siguiente

---

(31) Si algún lector está pensando que esta variante parece la opción interpretativa más rechazable, le diré de inmediato que los resultados de la presente investigación son éstos: o existió una errata en el artículo 36 CC, o la interpretación históricamente más correcta será la que sostenga que ni la Ley de Asociaciones de 1887 se preocupó de reconocer, ni el Código Civil reconoció personalidad jurídica a las asociaciones de interés particular no sociedades. Este es un buen momento para releer lo escrito en la nota 15.

(32) PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, pp. 737-739.



naturaleza: si la asociación de interés particular equivale jurídicamente a la sociedad [*premisa mayor* (arg. ex. art. 36)] y si la sociedad se caracteriza por el ánimo de lucro [*premisa menor* (arg. ex. art. 1.665)], la noción de interés particular ha de equipararse a la noción de ánimo de lucro (*conclusión*). Desde el punto de vista positivo, sin embargo, semejante conclusión no está libre de objeciones. A este respecto ha de recordarse que la única vez que el legislador se ha manifestado sobre la materia ha sido justamente con el fin de deshacer la correlación ánimo de lucro/interés particular. Nos referimos a la Ley de 27 de diciembre de 1956 sobre heredamientos de aguas [...]. Esta intervención del legislador [...] tiene, desde la perspectiva general del sistema, el valor de *interpretación auténtica* y, por tanto, permite afirmar sin ambages que la conclusión obtenida mediante el silogismo anteriormente transcrito es falsa: “interés particular” y “ánimo de lucro” no coinciden. La observación es importante de cara a nuestro *thema demonstrandum*, puesto que si la conclusión es falsa por fuerza hemos de admitir que alguna de las premisas falla. El fallo no está —según creemos percibir— en la premisa mayor. La equiparación a efectos normativos entre la llamada asociación de interés particular y la sociedad se halla claramente establecida en el artículo 36 y con la misma claridad presupuesta por el artículo 35.2.º, cuya clasificación de las asociaciones de interés particular coincide con la clasificación legislativa de las sociedades. El fallo está pues en la premisa menor, que postula el carácter necesariamente lucrativo de la sociedad. Este es el punto que precisamente queríamos alcanzar, pues de esta manera probamos, una vez más, que nuestro ordenamiento no ha consagrado una relación de correspondencia necesaria entre forma societaria y materia lucrativa. Este planteamiento, en fin, no puede ser objetado afirmando que el derecho de asociaciones excluye de su ámbito las asociaciones con fin lucrativo (art. 1.º LA de 1887 y art. 2 LA 1964). De ahí no cabe inferir la imposibilidad de sociedades sin fin lucrativo, sino solamente la imposibilidad de asociaciones con fin lucrativo».

Hasta aquí, las tesis de Paz-Ares no se diferencian de las sostenidas por Albaladejo y Vicent Chuliá más que en la cuestión de si reservar o no el término «sociedad» para las asociaciones de interés particular que persiguen fines lucrativos (33). Pero desde sus premisas, el prime-

---

(33) Si se está de acuerdo en que los aquí denominados fenómenos asociativos

ro no podía dejar captar y enfrentarse a la objeción que más arriba opusimos a las tesis de los segundos. Con la argumentación siguiente:

«El concepto de “asociación de interés público” que está detrás del artículo 35.1.<sup>o</sup> ha de entenderse referido únicamente o reservado únicamente para las asociaciones de estructura corporativa reconocidas con arreglo a la ley de asociaciones, aunque tengan un fin “particular”. Lo prueba la Ley de Asociaciones de 1887, a la que se refería el Código Civil en el artículo 35.1.<sup>o</sup>, que permitía que se constituyesen con arreglo a ella asociaciones de interés meramente particular como son las mutuas y las cooperativas (art. 1). La misma conclusión se alcanza examinando la Ley de 1964 (ver arts. 1 y 2). Por ello, en el momento presente, las asociaciones de interés público a que se refiere el Código Civil son las asociaciones constituidas con arreglo a la Ley de Asociaciones vigente, con independencia de la naturaleza —“pública” o “particular”— de su fin [siempre que no sea lucrativo (art. 2 LA)] y con independencia de que se declaren o no de utilidad pública (art. 4 LA). De otra manera no se podrían considerar asociaciones lo que nadie discute que son asociaciones con fines particulares (clubs deportivos, círculos de recreo, casinos, automóvil-clubs, sociedades cinegéticas, gastronómicas, de carreras, etc.)».

Añadiendo en nota: «En realidad, cuando el Código Civil utiliza el concepto de “interés público” no se refiere tanto a la índole del fin (aunque excluye el lucrativo) cuanto a su institucionalización y despersonalización: el fin es de “interés público” cuando se institucionaliza y despersonaliza mediante la erección de una estructura corporativa, cuya subsistencia se desvincula de las vicisitudes de los socios. Esta es la esencia de la asociación. Por ello resulta abiertamente improcedente aplicar a una asociación profesional estructurada corporativamente, so pretexto de considerarla de “interés particular”, normas de la sociedad civil (v. no obstante STS de 12 de julio de 1990)».

---

atípicos se rigen por las normas reguladoras de la sociedad civil (exceptuadas, claro está, las dictadas en atención al elemento del ánimo de lucro), es ya cuestión terminológica si son verdaderas sociedades, o figuras o contratos innominados. Cuestión terminológica en la que lo razonable es, a mi juicio (como al de Girón, Fernández de la Gándara o Paz-Ares, y frente al de Vicent Chuliá), inclinarse por la primera alternativa, sosteniendo que el ánimo de lucro no es requisito del concepto de sociedad, sino de los tipos legales de la sociedad civil (art. 1.665 CC), y de la colectiva y la comanditaria (art. 116.I CCom).

Para concluir diciendo: «El sistema, de este modo, se cierra sin fisuras: las asociaciones constituidas con arreglo a la Ley de Asociaciones —y, por tanto, dotadas de estructura corporativa— se rigen por dicha Ley especial. Todas las demás asociaciones y entidades —con independencia de la índole de su fin— se rigen por el derecho de sociedades. En el medio quedaría una figura híbrida —la «asociación no reconocida»— cuyo régimen ha de construirse también en el medio; con normas del derecho de asociaciones (a pesar de no estar reconocidas) y con normas del derecho de la sociedad civil (a pesar de tener estructura corporativa)» (34).

La argumentación, sin duda brillante, no puede convencer:

a) Está sujeta la crítica de orden lingüístico que dirigíamos contra la interpretación examinada en el apartado 3.1; aunque en menor medida, pues no considera «de interés público» los que en el apartado 1.2 hemos llamado fenómenos asociativos atípicos. El esfuerzo final del profesor Paz-Ares no es suficiente. La reflexión sobre el fin de las fundaciones enseña que no puede identificarse «fin impersonal» con «fin de interés público, general o social», que interés público no es igual a interés impersonal e interés general no es igual a interés genérico; por más que alguno los confunda (35), y exista, a lo que parece, una fuerte tendencia a confundirlos: la tendencia que defiende la admisión de las fundaciones de interés particular o privado, a excepción de las satanizadas familiares (36).

---

(34) Yo soy de la opinión, que más adelante reiteraré, de que, por principio, ni las normas de la sociedad civil, ni el artículo 16 LSA, que PAZ-ARES trae a colación más adelante («Animo de lucro...», *cit.*, p. 745, nt, 48), son aplicables a las asociaciones no reconocidas. Exceptuaría sólo aquellas normas que, incluidas en el Título de la sociedad civil, reflejen principios generales de la contratación plurilateral: básicamente, preceptos relativos a las aportaciones, riesgos e incumplimiento.

(35) Por ejemplo, J. J. LÓPEZ JACOISTE, «La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones». RDP 1965, p. 578; y parece, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, I, *cit.*, p. 660. Acertadamente, en cambio, CAPILLA, *Derecho Civil...*, *cit.*, pp. 529-530, y aunque menos claro, LACRUZ/LUNA, *Elementos...*, I-1, *cit.*, pp. 308-310.

(36) En mi opinión, es indudable que en nuestros ordenamientos no son admisibles las fundaciones cuyos fines, por impersonales que resulten, no tengan significativo valor o trascendencia social: no sean fines que, en épocas de normalidad financiera, las Administraciones públicas persigan o fomenten. El artículo 5.º 1 de la Ley catalana de Fundaciones privadas, como el artículo 2.º 2 de la Ley gallega, han separado, como diferentes requisitos del fin fundacional, «servir al interés general» y «beneficiar a personas no individualmente determinadas». Aciertan, sin embargo, quienes sostienen que no es necesaria una tipificación legal como «de interés público» del fin de que se trate. Que es la cuestión que más ha preocupado en esta materia al profesor CAFFARENA, *El régimen jurídico de las fundaciones: estudio para su reforma*, Ministerio de Asuntos Sociales 1991, pp. 85-90, sin duda por parecerle indiscutible el requisito de la trascendencia social del fin.

b) La conexión «asociaciones de estructura corporativa — Ley de Asociaciones — asociaciones de interés público», que podría ser correcta respecto de la Ley de Asociaciones de 1964 (aunque espero probar aquí que tampoco lo es, porque no lo es la premisa mayor del silogismo de la doctrina mayoritaria), en modo alguno puede serlo respecto de la Ley de 1887 —la única que el redactor del art. 35 CC pudo tener en cuenta— por la sencilla razón de que esta Ley no prevenía una estructura corporativa, no prevenía en realidad estructura de ningún tipo, para las asociaciones sujetas a sus disposiciones: no había en ella ningún precepto semejante al artículo 6.º de la vigente Ley de Asociaciones; y su artículo 4.º I se refería a «los estatutos, reglamentos, contratos o acuerdos» por los que se rigiera la asociación (también sus arts. 4.º III y 5.ºI).

c) Como ya hemos mencionado, en el Real Decreto de 3 de marzo de 1928 se afirmó que, en el amplio concepto de asociación particular a que se refiere el número 2.º del artículo 35, también se incluían «Asociaciones lícitas para los distintos fines de la vida, que se regulan por la ley de 1887».

d) No tiene buen sentido que el inciso final del artículo 39 CC pueda resultar aplicable a los círculos de recreo, los casinos o los automóvil-clubs. Pero a tal conclusión habría de llegarse, si se incluye a estas asociaciones «de fines particulares» en el número 1.º del artículo 35. No creo posible obviar esta objeción arguyendo que la hipótesis es imposible, pues el número 9.º del artículo 3.º2 LA 1964 (como ya hacía el art. 4.º I LA 1887) obliga a regular en los estatutos de las asociaciones la «aplicación que haya de darse al patrimonio en caso de disolución». El artículo 7.º5.b) del Decreto 1440/65, de 20 de mayo, dispone que la inscripción de disolución de las asociaciones comprenderá la «aplicación estatutaria o *legal* del patrimonio social». Por otra parte, una vez que se coincide en que también las asociaciones no reconocidas (no inscritas) tienen personalidad jurídica —en lo que, como se verá en el apartado 5.6 de este trabajo, coincidimos (con la jurisprudencia dominante) el profesor Paz-Ares y yo (37)—, la sugerida respuesta a la objeción se revela puramente formal (38).

---

(37) Cuestión distinta es el «grado de personificación» que uno y otro estemos dispuestos a reconocerlas. PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, p. 1359, sólo reconoce a las asociaciones no reconocidas una personalidad jurídica mínima o básica (la descrita en el art. 38 CC), que no conlleva, por ejemplo, la limitación de la responsabilidad de los asociados. Yo no puedo compartir esta opinión, como más adelante argumentaré. Pero a los efectos que nos ocupan, basta que se coincida en que existe un patrimonio autónomo cuyo destino en caso de disolución debe ser decidido jurídicamente.

(38) Esta argumentación podría haberse incluido ya a continuación del texto correlativo a la nota 19. Si no lo hicimos así fue porque, aunque la citada norma reglamentaria hubiera de considerarse ilegal y hubiera que negar la personalidad jurídica de las asociaciones no reconocidas, quedaría allí en pie la objeción referente a los fenómenos asociativos atípicos; salvo, naturalmente, para aquellos que mantengan que son también asociaciones sujetas a la Ley de 1964 (*vid. supra*, nota 20).

El destino lógico del haber existente tras la disolución y la liquidación de dichas asociaciones «de fines particulares» es, salvo disposición contraria de los estatutos, su reparto entre los últimos miembros de la asociación por partes iguales. Lo que, a mi juicio, no puede considerarse incongruente con la razonable tesis de que el abandono voluntario de la asociación no da al asociado saliente, salvo disposición contraria de los estatutos, derecho a exigir de la asociación una parte proporcional de patrimonio común (39): los que dejaron de ser asociados antes de la disolución no participan en el reparto. Se trata sólo de la aplicación que, conforme al fin egoísta de aquellas asociaciones, típicamente se hubiera prevenido en los estatutos, de haberse contemplado en ellos la cuestión. En caso de extinción de una de ellas por desaparición de todos los asociados, sus bienes pasarán al Estado como bienes sin dueño (correcta, así, en su resultado la STS 12 de noviembre de 1956).

Las anteriores objeciones no deben malinterpretarse. Como se verá en el apartado 5 de este trabajo, estoy completamente de acuerdo con los profesores Girón y Paz-Ares en que, hoy, la única articulación del derecho de asociaciones (y sociedades) apta para seleccionar adecuadamente la disciplina aplicable a los fenómenos asociativos atípicos es la que se vertebra sobre el llamado criterio estructural; y en que tal criterio reclama un concepto de sociedad desprovisto del elemento del ánimo de lucro. Pero yo creo, y éste es el muy secundario punto de discrepancia, que no cabe apoyar aquellas tesis (ni hace ninguna falta) en los artículos 35 y 36 CC, a los que reiteradamente la doctrina ha asignado una tarea que en forma alguna pueden desempeñar: la de seleccionar la disciplina aplicable a las distintas asociaciones en sentido amplio (40). Porque, anticipando ya algunas conclusiones: ni las aso-

---

(39) Cfr. MARÍN LÓPEZ, CCJC 23 (1990), p. 757, y la bibliografía allí citada, a la que puede añadirse STAUDINGER-COING, § 39 Rz 11; W. HADDING, en *Soergel BGB*, 12.<sup>a</sup> ed., I, Stuttgart-Berlín-Colonia-Mainz 1988, § 39 Rz 9; H. P. WESTERMANN, en *Erman BGB*, 8.<sup>a</sup> ed., I, Münster 1989, § 39 Rdz 3. Tampoco tiene derecho a que se le devuelva la contribución que haya podido hacer al patrimonio social. Lo que distingue a las referidas asociaciones, regidas por la Ley de Asociaciones, de otras entidades sin ánimo de lucro pero con fin económico, como las cooperativas (art. 80 Ley General de Cooperativas), las mutuas de seguros [arts. 13.2.f) y 14.2 Ley sobre Ordenación del Seguro Privado], o las sociedades de garantía recíproca (art. 27 R.D. 1885/1978, de 26 de julio). A mi juicio, son éstas, y no las de disolución de la sociedad civil, las normas a que debió acudir la STS de 12 de junio de 1990 para extraer el principio sobre el que fundamentar su fallo, en mi opinión jurídicamente, no sólo en equidad, correcto [de otra opinión, MARÍN LÓPEZ, CCJC 23 (1990), p. 759].

Una argumentación basada en la incongruencia que se niega en el texto ha sido utilizada por Galgano y De Giorgi en la polémica aludida *supra*, al final de la nota 19.

(40) A este respecto, la discrepancia con Paz-Ares se extiende, y con mayor motivo, ya que entiende el artículo 35 en clave «causal», al profesor CAPILLA, *Derecho Civil...*, cit., p. 473. Sin que la excepción que propone respecto de las agrupaciones con fines económicos alcanzables mediante el ejercicio de actividades también econó-

ciaciones reguladas por la Ley de Asociaciones están contempladas sólo en el número 1.º del artículo 35 CC, ni todas las asociaciones contempladas en el número 2.º se rigen por las disposiciones relativas al contrato de sociedad.

#### 4. LA ERRATA SOBREVENIDA DEL ARTÍCULO 36 CC

Acabamos de comprobar que muchos de nuestros mejores juristas se han ocupado de la interpretación de los artículos 35 y 36 CC y, no sólo han llegado a resultados absolutamente dispares, sino que todas y cada una de las tesis mantenidas al respecto son susceptibles de objeciones difícilmente rebatibles. Cuando tal cosa ocurre, el problema ha de estar en los datos normativos.

4.1. En el Anteproyecto de 1882-1888 no existía el que es Capítulo II del Título II del Libro Primero del Código Civil, «*De las personas jurídicas*». Al final del Título Primero de Libro Primero de aquél existía sólo un artículo 26, casi idéntico al artículo 33 del Proyecto de 1851 (que utilizaba la expresión «personas morales»), de este tenor: «Las corporaciones, establecimientos y asociaciones reconocidas por la ley se considerarán personas jurídicas para el ejercicio de los derechos civiles».

Ahora bien, los artículos de dicho Anteproyecto referentes a la sociedad se dividen en dos Títulos. El primero se corresponde con el que actual Título VIII del Libro IV del Código Civil, aunque con claras diferencias; sobre todo: el artículo 5.º de los Títulos del Anteproyecto, inspirado en el artículo 1.879 del Anteproyecto de revisión del Código Civil belga de Laurent, reza: «La sociedad civil no constituye una personalidad jurídica distinta de los asociados». Y el segundo de los Títulos del Anteproyecto de 1882-1888 tiene un Capítulo único, en que, bajo el epígrafe «*De las sociedades con personalidad jurídica*», y en ocho artículos (41) tomados también del Anteproyecto de Lau-

---

micas, aparte de difícil de justificar, sirva para salvar la tesis: es irrazonable aplicar la Ley de Asociaciones de 1964 a agrupaciones de estructura personalista, por el sólo hecho de que su finalidad no sea económica alcanzable con actividades económicas.

(41) Los artículos que componen este segundo Título son en realidad nueve. Pero el último de ellos dice así:

*Art. 55.* Las asociaciones que no constituyen una sociedad civil en conformidad al artículo 1.º y las que no adquieran el concepto de persona jurídica según el artículo 46 [léase artículo 47], se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.

En este caso serán considerados los socios, en los contratos con relación a terceros, como personas particulares.

En este artículo, si se entiende de una determinada manera —si las palabras «que no constituyan sociedad civil en conformidad al artículo 1.º» se interpretan «que

rent (42), encontramos lo que innegablemente es *una disciplina general de las asociaciones civiles de estructura corporativa dotadas de personalidad* (43). Muy bien lo muestran los artículos siguientes, en los que cabe constatar asimismo como, en esta época, asociación y sociedad eran términos intercambiables:

**Art. 49.** Las asociaciones a que se refiere este capítulo, sólo pueden contratar, poseer y comparecer en juicio por medio de sus administradores o gerentes establecidos en el título de concesión de la personalidad, o con arreglo a sus estatutos.

Los asociados carecen de personalidad para gestionar en nombre de la asociación, y sólo tienen derecho a la parte que les corresponda en los beneficios (44) y en el fondo social.

---

no constituyan una sociedad externa»—, tendremos el precedente nítido del artículo 1.669 CC (de diferente opinión, CAPILLA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* Edersa, XXI-1.º, Madrid 1986, págs. 43-45). Y se ofrece, además, una regulación de las asociaciones no reconocidas; aunque, como más adelante indicaremos, inaceptable hoy a la luz del artículo 22 CE.

(42) Laurent había dedicado la Segunda Parte del Libro Primero de su Anteproyecto (arts. 531 y sigs.) a las que, por su enemiga a las expresiones persona civil, moral o jurídica, llamaba «*corporations*». Allí se encuentran unos pocos artículos sobre la concesión de personalidad (*l'incorporation*) y la capacidad de las que nosotros llamaríamos personas jurídicas de interés público, únicas a las que como regla cabía otorgar personalidad, y muchos sobre las *corporations illégales*, previendo un régimen para ellas «capaz de erizar los cabellos» (FERRARA, «*Teoría...*, cit., pp. 97 y 937), que revela sin lugar a dudas los prejuicios del autor frente a las congregaciones religiosas (cfr. F. LAURENT, *Avant-projet de révision du Code civil*, II, Bruselas 1883, pp. 377 y ss.).

Ya allí avanzó Laurent que en el título *De la sociedad* se ocuparía de unas entidades a las que, a pesar de calificarlas como sociedades civiles y de interés particular, la jurisprudencia belga había reconocido personalidad jurídica: las *sociétés charbonnières*, sociedades mineras por acciones. Así lo hizo (arts. 1.940-1.942). Pero, tomando confesadamente la idea del Código holandés, aprovechó la oportunidad para introducir en un capítulo titulado «*Des sociétés personnifiées ou incorporées*» una disciplina más detallada de las asociaciones (de interés público) personificadas (arts. 1.943-1950) —que el propio Laurent indicaba que debería coordinarse con la contenida en el Libro Primero—, a la que antes se remitía para regular el funcionamiento de aquellas especiales sociedades civiles excepcionalmente personificadas; unas y otras, como es obvio, agrupaciones estructuradas corporativamente (cfr. LAURENT, *Avant-projet...*, V, Bruselas 1885, pp. 442 y ss.).

(43) Decimos asociaciones «civiles», porque las sociedades anónimas, sin duda de estructura corporativa, habían sido reguladas en los artículos 116 a 122 y 151 a 174 CCom. Y respecto de las mutuas y cooperativas, véase lo dispuesto en el artículo 124 CCom.

(44) La referencia a los beneficios parece no cuadrar con lo indicado en la nota precedente; pero puede estar pensada para las sociedades civiles con forma de sociedad anónima. En el Anteproyecto belga, estaba pensada ciertamente para las *sociétés charbonnières* mencionadas en la nota 42. Y entre nosotros se ha puesto autorizadamente a las sociedades mineras por acciones —a las que ya la STS 22 de marzo 1877 reconoció

*Art. 50.* El derecho a modificar los estatutos, cuando proceda, corresponde a la junta general de socios.

Los acuerdos se toman por mayoría, formada con arreglo a los estatutos, y a falta de disposición de éstos, por la mayoría absoluta de votantes.

*Art. 51.* Los acreedores de la sociedad carecen de acción contra los socios en particular, y sólo pueden reclamar contra la misma y cobrarse del fondo social.

*Art. 52.* Las sociedades con personalidad jurídica no se extinguen por la muerte ni por la renuncia de uno o varios de los asociados.

Y por su interés para los temas afrontados en este trabajo, conviene transcribir también en el texto el artículo 54, de que se deduce con absoluta claridad el concepto de asociación o sociedad «de interés público» que tenían los juristas de la época:

*Art. 54.* En caso de disolución de la sociedad, el activo social se dividirá entre los socios, a no tener la sociedad un objeto de interés público, en cuyo caso, si no se ha señalado en el acta de la constitución el destino que deba dársele, se adjudicará a la beneficencia o a la instrucción pública, según fuere el fin de la asociación.

Los restantes artículos rezan así:

*Art. 47.* Las asociaciones de personas, formen o no sociedad civil, sólo constituyen una entidad jurídica, independiente de la personal de los individuos que las componen, cuando tiene dicho concepto por ley o se forman con aprobación de la autoridad pública.

*Art. 48.* Las sociedades con personalidad jurídica pueden contratar, adquirir a título oneroso o gratuito, disponer de sus bienes, y comparecer en juicio.

*Art. 53.* La concesión de la personalidad puede revocarse por la ley o por la autoridad que la ha otorgado.

Cuando la asociación es de exclusivo interés privado, puede acabar por la voluntad unánime de los

---

personalidad jurídica distinta de los socios— como ejemplo paradigmático de sociedad civil con forma mercantil (DE CASTRO, *Temas...*, *cit.*, p. 84). Tesis que quizá compartiera el importador aquí del Anteproyecto de Laurent, pero que choca claramente con los artículos 117.II, hoy derogado, y 123 CCom (sobre el tema, PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, p. 1394). De cualquier forma, no son las mineras las únicas posibles sociedades civiles por acciones.



socios, a no impedirlo alguna de las cláusulas de la concesión (45).

4.2. El Capítulo del Código Civil en el que se contienen los hoy artículos 35 y 36 fue redactado entre abril y junio de 1888 (46), quizá para completar el nuevo Título II del Libro Primero, quizás acogiendo en una pequeña medida los deseos manifestados en la sesión del Senado del 11 de marzo de 1885 por Augusto Comas (47). Quien citó en su intervención, como modelos a seguir, los Códigos portugués de 1867 y argentino de 1870, que fueron probablemente, junto al Código chileno de 1855, la inspiración del anónimo autor de los artículos 35 a 39 CC (48); aunque se separara de estos modelos al adoptar un concepto más amplio de persona jurídica, que incluye las asociaciones civiles de interés particular (49), en congruencia con la flamante Ley de

(45) El artículo 47, y sobre todo el 53.I, reflejan, como el artículo 55, una escasa simpatía por la libertad de asociación, al dejar la vida jurídica de las asociaciones en las manos arbitrarias de la autoridad pública.

(46) Según J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española, 4. Codificación civil*, Ministerio de Justicia 1970, I, p. 419-420.

(47) *El Código Civil. Debates parlamentarios 1885-1889*, Senado 1989, I, pp. [161]-[163]. Aunque tales deseos habían triunfado antes y mejor en la Ley de Asociaciones de 1887.

(48) Lo apuntó DE CASTRO, *Formación...*, cit., pp. 79-80. Y con razón: el artículo 36 está claramente inspirado en el artículo 39 CC portugués y en el artículo 547 CC chileno; el artículo 38.I, en el innovador artículo 41 CC argentino, siendo la reserva del artículo 38.II provocada, seguramente, por los artículos 557 y 558 CC chileno; y el artículo 39, en cuanto al destino de los bienes, sigue la pauta de los artículos 561 CC chileno y 50 CC argentino.

(49) El artículo 32 CC portugués dispone: «*Dizem-se pessoas moraes as associações ou corporações temporárias ou perpetuas, fundadas com algum fim ou por algum motivo de utilidade publica, ou de utilidade publica e particular conjuntamente, que nas suas relações civis representam uma individualidade jurídica*». Añadiendo el artículo 39 que «*As associações de interesse particular são regidas pelas regras do contracto de sociedades*». Y ninguna de estas reglas atribuye a la sociedad personalidad jurídica.

Y el artículo 33.5.º CC argentino deja muy claro que las asociaciones únicamente son personas jurídicas cuando «tengan por principal objeto el bien común», añadiendo el artículo 46 que «las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas serán consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales o religiosas, según el fin del instituto». Y véanse las notas de D. Vélez Sársfield a los artículos 46 y 48.

En el Código Civil chileno no hay una norma tan clara; pero parece implícita en los artículos 559-561.

Y como indicamos en la nota 42, en el Anteproyecto belga LAURENT partía igualmente de un concepto estricto de persona jurídica, al disponer en el artículo 531 que «*l'incorporation ne peut être faite que pour cause de nécessité publique, par la loi ou en vertu de la loi*»; por lo cual, las únicas asociaciones de interés privado a las que se dotaba de personalidad eran las *sociétés charbonnières* por acciones, a las que nos referimos en el mismo lugar. Es probable que al mismo concepto estricto repondiera el primitivo artículo 26 de nuestro Anteproyecto de 1882-1888, análogo al artículo

Asociaciones de 1887 (50).

Cualesquiera que fueran las causas de su nacimiento y los modelos inspiradores, lo importante a nuestros efectos es señalar que los artículos 35 y 36 CC *se publicaron en la Gaceta de Madrid el día 9 de octubre de 1888.*

4.3. Hay que recordar ahora una muy citada intervención del diputado don Manuel Dánvila en la sesión del Congreso del 21 de marzo de 1889:

«Cuando la Comisión no podía ocuparse ya de discutir el Código Civil, es decir, en noviembre de 1888, cuando la delegación legislativa estaba terminada, y nadie podía atreverse a transformar el Código aprobado por S. M., el Sr. Gamazo presentó una ponencia especial de siete u ocho artículos, que constan en el acta, artículos tomados de la obra de Laurent, célebre autor de derecho y legislador en Bélgica. No pareció bien a la Comisión la solución de Laurent, y en las dos sesiones inmediatas el Sr. Gamazo presentó dos artículos que han venido a formar el 1669 y 1670, y los colocó la Comisión de Códigos en el libro 4.<sup>o</sup>, que es el que trata de los contratos. La adición se votó en 18 de noviembre, y claro es que en esa fecha ya no se oyó a la Comisión de Códigos [...]» (51).

Parece indudable que esos siete u ocho artículos (nueve en realidad) que contenía la ponencia de Gamazo eran los integrantes del segundo de los Títulos (arts. 47-55) que en el Anteproyecto se dedicaba a la sociedad (52). Y que, así, *hasta noviembre de 1888 no se desechó la incorporación al Código de dichos artículos*, a la vez que se reconocía personalidad jurídica a las sociedades civiles.

---

33 del Proyecto de 1851; y desde tal hipótesis, habría que sostener que el segundo de sus Títulos relativos a la sociedad no se pensó en un principio para otras asociaciones de interés privado que las sociedades civiles por acciones.

(50) Salvo que se entienda que la Ley de Asociaciones de 1887 no se pronunció sobre la cuestión de la personalidad jurídica de las asociaciones sometidas a sus disposiciones, y que dichas asociaciones civiles de interés particular con personalidad eran *exclusivamente* las sociedades civiles con forma mercantil. Recuérdese lo que dejamos escrito en la nota 31 y el texto correlativo, y en la nota 15.

(51) *El Código Civil, Debates...*, cit., II, p. [1540].

(52) Así, PEÑA, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, en «Cenitario de la Ley del Notariado», IV-I, Madrid 1965, p. 38, nt. 114. Según LASSO, *Crónica...*, IV-1, cit., p. 559, el redactor-importador de todos los artículos del Anteproyecto sobre la sociedad debió ser don Hilario Igón. En tal caso, don Germán Gamazo no habría defendido una obra propia. Pero la hipótesis de Lasso parece contradicha por las palabras de Dánvila que se transcriben en la nota siguiente.

Cabría preguntarse por qué no se conservó el contenido de ese segundo Título, cuya eliminación reprochó el propio Dánvila (53) en la línea de previas intervenciones de M. Durán y Bas criticando la ausencia en el Código Civil de una regulación más detallada de las personas jurídicas (54). Se ha avanzado la siguiente hipótesis (55):

«[E]l tratamiento que se dispensa a las sociedades con personalidad, poco o nada tiene que ver con el contrato de sociedad civil, siendo más bien el régimen general de las asociaciones, que probablemente vendría a sustituir a la vieja Ley de 11-19 octubre 1869. Acaso por razones de ur-

---

(53) Tras manifestar su satisfacción por la existencia de los artículos 35 a 39 CC, Dánvila dijo:

«[H]ubiera sido de desear que se hubiera acometido esta novedad sin temor, ya que cuando se ha tratado de las sociedades con personalidad jurídica, que allá en una de las sesiones del mes de noviembre de 1888 se llevaban por el señor Gamazo varios artículos para regular la vida de estas sociedades, y hasta dice el acta que la modestia de S.S. le aconsejó manifestar que los había copiado de Mr. Laurent, hubiera sido de desear, que la Comisión no se asustara de aquella obra, y no retrocediera en su camino progresivo, obligando al Sr. Gamazo a rectificar su ponencia, para venir después con dos artículos que examinaré más tarde [...]» (*El Código Civil. Debates..., cit., II, p. [1539]*).

(54) En la sesión de Senado de 23 de febrero de 1889 dijo don Manuel Durán y Bas:

«[V]osotos, Sres. Senadores, recordareis que en aquellos dos primeros libros que había presentado el Ministro de Gracia y Justicia de su tiempo, ni una palabra siquiera se decía de las personas jurídicas, y fue necesario que cuando se discutían en la otra Cámara y en este lugar las bases, posteriormente, se volviese a reclamar para que no se omitiera en el Código Civil lo que hay en los Códigos de todos los pueblos: los principios fundamentales de la organización de las personas jurídicas, como motivo de los cuales algo se ha dicho en este Código; pero desde el momento en que éste Código, en éste como en otros puntos, ha de contener aquellos preceptos generales que son las previsiones de la ley, yo hubiera deseado, y lo considero necesidad verdadera, que en él se hubiese dicho todo lo preciso para suplir la expresa voluntad de las partes [...]; que hubiésemos establecido en el Código todo lo que se refiere a las condiciones esenciales para la creación de la persona jurídica, y lo que es indispensable en toda persona jurídica, su representación [...]; y por tanto, era necesario que se hubiesen determinado los límites de las facultades, y a la vez las circunstancias de las que pueden ser personas jurídicas, como así bien lo que es la persona jurídica en relación a los bienes, a la propiedad, a la modificación de esa propiedad, lo que es respecto a la prestación de servicios o contratos, y siempre poner alguna restricción a esa persona jurídica [...]» (*El Código Civil. Debates..., cit., II, p. [1317]; vid. también p. [1359], sesión de 27 de febrero de 1889*).

(55) Por CAPILLA, *Comentarios..., XXI-1.º, cit., p. 42*.

gencia u otras cualesquiera, o por la necesidad de adaptar el régimen de las asociaciones al texto de la nueva Constitución (la de 1876), se dictó independientemente, y antes de que estuviera listo el Código Civil, una nueva Ley de Asociaciones: la de 30 de junio 1887. Por otra parte, en el Anteproyecto no existía un tratamiento de las personas jurídicas similar al que posteriormente se contendría en el Código Civil [...]. Por esos motivos, según parece, se acabó desechando lo que constituía el segundo título de sociedades, siendo sustituido todo él por los actuales artículos 1.669 y 1.670, que fueron propuestos por Gamazo».

Añadiéndose en nota, respecto del Anteproyecto: «Había la distribución de competencias que, de hecho, se acabó consagrando: las leyes específicas de asociaciones regulan el régimen jurídico de éstas; el Código civil solamente se preocupa de la atribución de personalidad jurídica. Aunque al final se trajeran al Código algunas normas de régimen jurídico, que seguramente tienen su antecedente en los preceptos del Título destinado a las sociedades con personalidad».

Pero ninguno de esos motivos puede convencer. La Ley de Asociaciones de 1887 no contenía, además de la definición de las asociaciones sujetas a ellas y una general remisión a los estatutos, más que «normas de policía»: en vano se buscarán en ella normas como los transcritos artículos 49 a 52 del Anteproyecto. Y espero haber probado antes que la disciplina de las personas jurídicas en nuestro Código Civil procede, aunque con el cambio de concepción señalado, de los Códigos chileno, portugués y argentino. Y añadiré ahora que hay buenas razones para pensar que el redactor de los artículos 35 a 39 CC contaba con la permanencia, al menos, de los citados artículos 49 a 52 del Anteproyecto sobre la sociedad: este sería el motivo por el que omitió importar los preceptos análogos de los Códigos chileno (arts. 549-552 y 560) y argentino (arts. 36-39 y 49).

No es fácil comprender a Romero Girón, cuando respondió a Durán y Bas arguyendo que la inexistencia de doctrina científica bien establecida sobre la materia aconsejaba descansar solamente en la libertad de estatutos y pactos; argumento éste último, en el que insistiría López Puigcerver en su respuesta a Dánvila (56). En mi criterio, la desaparición del referido segundo Título pudo deberse a dos razones. Una política: su disciplina era mucho menos liberal que la flamante

---

(56) *El Código Civil, Debates...*, cit., II, pp. [1342], [1378] y [1.575]. Las dos primeras corresponden a Romero Girón (sesiones del Senado de 26 y 28 de febrero de 1889) y la última a López Puigcerver (sesión de Congreso de 29 de marzo de 1889).

Ley de Asociaciones (57). Y otra técnico-sistemática: haberse dado cuenta de que, tras la incorporación de los vigentes artículos 1.669 y 1.670 CC, situando éste en el Código de Comercio el régimen de las sociedades civiles por acciones (58), ningún motivo ya justificaba la permanencia *en sede de sociedad* de los artículos (49 a 52) de dicho Título que convendría conservar. Su ubicación razonable sería el Capítulo II del Título II del Libro Primero; pero estaba ya en la Gaceta de Madrid.

4.4. Ahora bien, la circunstancia más importante ahora es que, cuando los artículos 35 y 36 CC se publican en la Gaceta, las «disposiciones relativas al contrato de sociedad» que cabía prever que existirían en el Código Civil eran los artículos componentes de los dos expresados Títulos del Anteproyecto; que en el primero se regulaba una sociedad civil sin personalidad jurídica; y que en el segundo existía una disciplina aplicable a todas las asociaciones de estructura corporativa, de interés público o particular, sometidas a la Ley de Asociaciones de 1887 (esto es, sin ánimo de lucro) (59).

Ha escrito el profesor Lacruz (60):

«El recién elaborado art. 1.669 reconoce a la sociedad civil una personalidad jurídica que los proyectos, hasta el último, le habían negado.

»Este precepto vendría a cambiar el sentido del art. 35.2.<sup>o</sup>, ya publicado entonces en la Gaceta, y que reconoce la personalidad de las “asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia”. A la vista del proyecto de 1888 (anterior al 18 de noviembre), único texto que el legislador tuvo en cuenta al redactar el art. 35, es seguro que “las asociaciones civiles de interés particular” eran, para el legislador, al publicarse el art. 35, no las sociedades encaminadas a la obtención de una ganancia, a las que negaba personali-

(57) *Vid. supra*, nota 45 y texto correlativo.

(58) Porque lo único que puede significar el inciso final, «en cuanto no se opongan a las del presente Código», del artículo 1.670 CC es que no son aplicables a las sociedades civiles con forma mercantil las disposiciones del Código de Comercio reguladoras del estatuto del comerciante (cfr. CAPILLA, *Comentarios...*, cit., XXI-1, pp. 63 y ss.; PAZ-ARES, *Comentario...*, II, cit., pp. 1381-1382.).

El propio LAURENT, *Avant-projet...*, V, cit., pp. 445, dudó si no sería preferible someter las *sociétés charbonnières* (v. *supra*, notas 42 y 44) a las reglas de protección de accionistas y terceros de las sociedades mercantiles. Pero creo que los antecedentes del artículo 1.670 CC bien pudieron ser los artículos 2.059-2.061 del Código Civil chileno.

(59) Y a las sociedades civiles con forma de sociedad anónima.

(60) En LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II-3, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1986, pp. 397.

dad, sino, exactamente, las asociaciones sin finalidad lucrativa, que “constituyen una entidad jurídica, independiente de la personal de los individuos que la componen, cuando tienen dicho concepto por la ley o se forman con aprobación de la autoridad pública”, como decía el artículo 47 del título referente a la sociedad en el propio proyecto: tales asociaciones venían reguladas en el proyecto a continuación de la sociedad, y su regulación se suprimió en el texto definitivo a la vez que el art. 1.669 otorgaba personalidad, en principio, a todas las sociedades civiles».

Es probable que, tras haber captado tan bien lo anterior (61), el profesor Lacruz, si no se lo hubiese impedido la muerte, habría modificado la interpretación que dejamos criticada en el apartado 3.1: ¿cómo mantenerla tras darse cuenta de que para el autor del artículo 35.2.º eran precisamente las sociedades civiles (con ánimo de lucro) las que no eran «asociaciones de interés particular civiles»; tras darse cuenta de que lo que desde el principio se quiso incluir bajo dicha expresión fueron asociaciones sin ánimo de lucro, bien que después quedarán también incluidas las sociedades civiles?

Ahora bien, si lo que sucedió en noviembre de 1888 con la regulación de la sociedad no exigía ningún cambio en la redacción del artículo 35 CC —simplemente, su número 2.º pasó a incluir más asociaciones civiles de interés particular, al contemplar asimismo las sociedades civiles—, *si requería un cambio en la redacción del artículo 36*, por la evidente razón de que entre las «disposiciones relativas al contrato de sociedad» contenidas en el Código Civil ya no iba a existir normativa aplicable a las asociaciones de interés particular no sociedades (sujetas a la legislación de asociaciones). Un cambio de redacción, por ejemplo, en el sentido siguiente: «Las asociaciones a que se refiere el número 2.º del artículo anterior, y no sujetas a la legislación especial sobre ejercicio del derecho de asociación, se registrarán por las disposiciones relativas al contrato de sociedad, según la naturaleza de éste» (62).

---

(61) Sólo cabría reprocharle el olvido de las sociedades referidas en la nota 59. Discrepará totalmente quien opine que la Ley de Asociaciones de 1887 no se pronunció sobre la cuestión la personalidad de las asociaciones sometidas a su disciplina, y que para los codificadores «asociaciones civiles de interés particular» con personalidad eran *exclusivamente* las sociedades civiles con forma mercantil (de sociedad anónima). Reléase lo dicho *supra*, en las notas 31 y 50, y los textos correlativos.

(62) Pretender que el inciso añadido al precepto hubiera dicho «*que estén estructuradas contractualmente según esquemas personalistas*», o de otra forma, «*que no estén estructuradas estatutariamente según esquemas corporativos*», sería, como es obvio, pretender un imposible. ¿Habremos de recordar que la clasificación de las asociaciones (en sentido amplio) entre asociaciones de estructura corporativa y de estructura personalista todavía no aparece en los manuales al uso de Derecho Civil?

Pero un cambio así no se produjo, y ello generó una errata sobrevenida en el artículo 36 CC, de cuya letra, sobrevenidamente errada, pudo desde entonces deducirse con total nitidez que en el número 2.º del artículo 35 sólo se contemplaban las sociedades. Y de ahí, todo lo demás (63).

4.4. Si se está de acuerdo en la existencia de dicha errata, se deberá aceptar que el artículo 35 CC es una disposición carente de utilidad normativa en lo que en esta sede importa: totalmente inhábil para seleccionar adecuadamente la disciplina aplicable a los distintos fenómenos asociativos (64).

En su número 1.º aparecen las asociaciones, lógicamente de estructura corporativa, que persiguen fines ideales (no lucrativos) de relevante trascendencia social (cuya actividad principal es una de las que las Administraciones públicas deben prestar también a sus ciudadanos, o fomentar su prestación mediante subvenciones directas o indirectas) (65). Sólo a estas asociaciones les es aplicable el inciso final del artículo 39 CC. Este es el núcleo de mi discrepancia con las opiniones expuestas y criticadas en los apartados 3.1 y 3.3 de este trabajo. Se ha llegado a afirmar, incluso, que la autonomía que el artículo 39 CC (y el

(63) No existirá errata, claro es, para quien se incline por la tesis que ha quedado apuntada en las notas 15, 31, 50 y 61 de este trabajo. El número 2.º del artículo 35 CC sólo contemplaría las sociedades por la simple razón de que no habría más asociaciones de interés particular *con personalidad* que las sociedades externas civiles o mercantiles. Y a las «manos muertas» de su número 1.º únicamente se les reconocería personalidad jurídica para fines de interés público. Lo mismo que no caben fundaciones de interés privado, no cabrían, con personalidad jurídica, asociaciones en sentido estricto de interés privado [Para comprobar la supervivencia de estas ideas, *cf.* C. M. BIANCA, *Diritto civile*, I, Milán 1982, pp. 300-301, 305, 333-334].

Ahora bien, el partidario de tales ideas ¿no tendría que admitir que, cuando menos desde la vigencia del artículo 22.1 CE, el artículo 36 CC deberá entenderse modificado en el mismo sentido que si hubiera existido la errata en cuestión? ¿O se atrevería a negar que el contenido esencial del derecho de asociación incluye la atribución de personalidad jurídica (cuando menos la elemental, que describe el art. 38 CC) a todas las asociaciones que deseen tenerla, aunque sea subordinando su adquisición a requisitos de publicidad registral? Y sin duda deberá admitir que, también antes de la Constitución, el tráfico y los tribunales han dado por supuesta la personalidad jurídica de las asociaciones de interés privado no sociedades, incluso en casos en que no estaban oportunamente reconocidas por la autoridad pública.

(64) A igual conclusión deberían llegar los imaginarios discrepantes a que se refiere la nota anterior, salvo que pretendieran mantener que las asociaciones de interés particular no sociedades siguen careciendo hoy de toda personalidad jurídica (incluso la mínima, descrita en el art. 38 CC). Lo que, a mi juicio, sería una tesis frontalmente contraria al artículo 22.1 CE, en relación con su artículo 53.1 (respeto al contenido esencial).

(65) A mi juicio, asociaciones de interés público del artículo 35.1.º CC son, dejando aparte las reguladas por leyes especiales, cabalmente aquellas que pueden ser reconocidas como de «utilidad pública» conforme al artículo 4.º LA y los artículos 2.º a 5.º del Decreto 1440/1965, de 20 de mayo, a los que remite implícitamente, por ejemplo, el artículo 20.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

núm. 9.º del art. 3.º LA) reconoce a las asociaciones de interés público para asignar estatutariamente la aplicación de sus bienes en caso de disolución está limitada en el sentido de que tendrían que continuar destinados a la consecución de fines de interés general (66). Pero siendo indudablemente lícitas las asociaciones de interés particular, lo más que puede afirmarse es que una disposición estatutaria que, para el caso de disolución, asignara el patrimonio social a los asociados impediría declarar la asociación de «utilidad pública» con los beneficios inherentes a tal declaración [cfr. art. 4.º LA, y arts. 2.º a 5.º D. 1.440/1965, de 10 de mayo; así debe entenderse el art. 17.2.f) de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, en relación con sus arts. 44.2 y 45].

Y el número 2.º del artículo 35 contempla todas las demás asociaciones en sentido amplio con personalidad: de una parte, las asociaciones en sentido estricto no contempladas en el número 1.º, y de otra, todas las sociedades (67). Y por tanto: asociaciones sin fin lucrativo y con ánimo de lucro; estructuradas corporativamente y de estructura personalista; sujetas al «control policial» previsto en las Leyes de Asociaciones, y no sujetas al mismo. No existe razón para aplicar a todas ellas las disposiciones relativas al contrato de sociedad (el art. 36 CC es una norma defectuosa). Este es el núcleo de mi discrepancia con la mayoría de las opiniones referidas en el apartado 3.2 de este trabajo (68).

---

(66) Así CAFFARENA, *Comentario...*, I, *cit.*, pp. 250-251, quien quizás haya extendido mecánicamente a las asociaciones una tesis que, respecto de las fundaciones, para las que primero la mantuvo (CAFFARENA, «El artículo 39 del Código Civil y la extinción de las fundaciones», *Centenario del Código Civil*, I, Madrid 1990, pp. 389-391), es seguramente atinada, pues no caben fundaciones de interés privado.

Que la *ratio* del artículo 39 CC no reside en la mera ausencia de fin lucrativo de las asociaciones a que se aplica lo prueban las normas sobre el destino del patrimonio social en caso de disolución de una cooperativa (art. 112 Ley General de Cooperativas), una mutua de seguros [art. 13.2.g) Ley de Ordenación del Seguro Privado] o una sociedad de garantía recíproca (art. 49 RD 1885/1978, de 26 de julio). Y parece indudable que lo dispuesto en el número 4.º del artículo 112.II de la Ley General de Cooperativas responde a los beneficios fiscales de que gozan las cooperativas en razón de su función social (cfr. Ley 20/1990, de 19 de diciembre). Algo semejante hay que decir sobre el número 12 del artículo 136 de la Ley de Propiedad Intelectual, que dispone que en los estatutos de las entidades de gestión de derechos de autor se hará constar «el destino del patrimonio o activo neto resultante en los supuestos de liquidación de la Entidad que, en ningún caso, podrá ser objeto de reparto entre los socios» (v. art. 140 LPI); entendiendo que el activo de la entidad sólo es neto tras la restitución de las aportaciones que, en su caso, tengan hechas los socios al patrimonio social (CAPILLA, en R. BERCOVITZ coord., *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid 1989, pp. 1787 y 1815, aunque no haya matizado este último extremo, ha subrayado la similitud entre cooperativas y entidades de gestión de derechos de autor en cuando al destino del haber existente tras la liquidación).

(67) Aunque hoy cabría excepcionar las sociedades de ente público que gestionan verdaderos servicios públicos en sentido material (v. *supra*, nota 22).

(68) En los resultados, las posiciones de los profesores Díez-Picazo y Gullón y, con mayor nitidez, del profesor Caffarena son las más próximas a las que aquí se man-



¿Cuál es, entonces, la lógica interna del artículo 35 CC?. La respuesta puede ser ésta: expresa los estratos de la evolución del concepto de persona jurídica durante el siglo XIX. Aparecen en su número 1.º aquellas entidades que responden al concepto estricto de persona jurídica acogido por la legislación francesa del pasado siglo, según la cual, como decía Capitant: «El derecho de asociación es ejercitado bajo la vigilancia y la autorización de gobierno. Pero las asociaciones, incluso las autorizadas, no gozan de personalidad jurídica, sino en cuanto son reconocidas como establecimientos de utilidad pública». Frente a dicho concepto estricto, se impuso en la jurisprudencia y la doctrina francesa un concepto muy amplio de persona jurídica, importado con gusto por la doctrina española de la segunda mitad del siglo, que está reflejado en el número 2.º del artículo 35 CC; después de haber triunfado mediante la atribución de personalidad a todas las sociedades mercantiles en el Código de Comercio (art. 116.II) y a todas las asociaciones no sociedades en la Ley de 1887, y poco antes de triunfar en la máxima medida, si bien *a contrario*, en el artículo 1.669.I CC (69).

---

tienen. Habría sido conveniente —aunque impropio del lugar en que escribía— que éste se manifestara sobre la cuestión de si las Leyes de Asociaciones de 1887 y 1964 se han pronunciado o no respecto de la atribución de la personalidad jurídica a las asociaciones sometidas a sus disposiciones, y en concreto, a las de interés privado no sociedades. Y si su respuesta hubiera sido (coherentemente) negativa, saber qué respondería a las preguntas planteadas en el párrafo segundo de la nota 63.

Y en otro orden de cosas, el análisis precedente habrá dejado claro, contra un apunte del profesor GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, p. 38 (objetado ya con tino por FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...*, *cit.*, 335-336, y nt. 106), que parece suscribir PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, p. 738, nt 20 y *Comentario...*, II, *cit.*, p. 1309, lo artificioso de utilizar el artículo 36 CC como argumento para justificar la existencia de un concepto normativo de «sociedad en sentido amplio» o «sociedad general».

(69) Sobre la evolución de uno a otro concepto de persona jurídica es clásico entre nosotros DE CASTRO, *Formación...*, *cit.*, pp. 53 y ss. Muy claro también FERRARA, *Teoría...*, *cit.*, pp. 89 y ss. (de donde hemos tomado la cita de H. CAPITANT), y 411 y ss., destinadas significativamente a demostrar que el carácter de utilidad pública del fin común no es requisito necesario de la personalidad jurídica.

Si yo hubiera tenido el valor de inclinarme por la tesis apuntada en las notas 15, 31, 50, 61 y 63 del presente trabajo (y la modestia, al desechar el hallazgo de una errata), diría ahora que nunca existió durante la mayor parte del siglo XIX una polémica notable entre un concepto estricto y uno amplio de persona jurídica, pues no se trataba de una cuestión ideológico o político-económicamente decisiva; y que esa dialéctica sólo pasó al primer plano de la discusión jurídica con la dogmática alemana de finales de siglo, y entendida básicamente así: atribuir personalidad sólo a las agrupaciones estructuradas corporativamente (y con limitación de responsabilidad de los asociados o socios) o atribuirla también a las de estructura personalista. Con anterioridad, la cuestión de la personalidad de las sociedades no era un tema importante (sí, el de la libertad de su creación, con el que se confundirá a veces: personalidad jurídica, valladar frente a la autoridad gubernativa), a diferencia de la decisiva cuestión de la personalidad de las asociaciones y las fundaciones, de la personalidad de las «manos muertas». La concepción amplia de los juristas franceses es la propia de quienes, no considerando el tema trascendente, encuentran una sencilla explicación de la preferencia sobre los bienes de la sociedad de los acreedores sociales. Lo mismo que hizo Gar-

El artículo 35 CC no tiene utilidad normativa en la materia que nos ocupa; pero tiene, sin duda, un gran valor de arqueología jurídica (semejante al del art. 388 CC, que pide una explicación de por qué el legislador le concedió la dignidad de integrar el sólo un capítulo del Código). Y la función de faro que ilumina al navegante por el ordenamiento español sobre lo muy amplio del concepto de persona jurídica que, a diferencia de otros Derechos, el nuestro ha acogido en sus textos jurídico-privados fundamentales.

## 5. ASOCIACIÓN Y SOCIEDAD: CRITERIOS DE DISTINCIÓN

Procede ahora pronunciarse sobre una cuestión que quedó aplazada en el apartado 2 de este trabajo, el criterio de distinción entre asociación y sociedad, desde la única perspectiva fructífera: la selección de la disciplina aplicable a los fenómenos asociativos atípicos e irregulares, y la cobertura de las lagunas existentes en la regulación de los tipos legales.

5.1. La respuesta a dicha cuestión durante la vigencia de la Ley de Asociaciones de 1887 parece clara: el criterio del ánimo de lucro distinguiría las sociedades (arts. 1.665 CC y 116.II CCom) de las asociaciones (art. 1.º LA 1887). Premisa desde la cual, el ya citado Real Decreto de 3 de marzo de 1928 hubo de recordar que:

«[N]o es potestativo de los interesados el calificar como pertenecientes a una u otra [clase] las personas jurídicas que crean con su consentimiento; sino que su cualidad viene impuesta por su naturaleza, conforme a las leyes, y por tanto, que todas aquellas en que faltan los esenciales requisitos que para las sociedades civiles señala el artículo 1.665 del Código Civil y para las mercantiles el artículo 116 del Código de Comercio, han de considerarse comprendidas en el concepto genérico de asociación que regula la expresada ley [de Asociaciones de 1887], ya que en su amplitud caben todas las modalidades en que, persiguiéndose la obtención de cualquier fin lícito por la cooperación humana, no aportan sus individuos bienes determinados ni verifican distribución de las utilidades o ganancias que con los mismos obtuvieren.»

---

cía Goyena en su glosa al artículo 1.549 del Proyecto de 1851, sin pensar que entrara en contradicción con el artículo 33 del mismo. Y ahora puede comprenderse como el Código civil chileno no fue incongruente al acoger un concepto estricto de persona jurídica respecto de las asociaciones (*vid. supra*, nota 49; y las fundaciones, art. 545.II), al mismo tiempo que dispuso en su artículo 2.053.II que «la sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados».

Si estas afirmaciones son correctas es porque, como se hizo notar anteriormente, la Ley de Asociaciones de 1887 no prevenía una estructura corporativa, no prevenía en realidad estructura de ninguna clase, para las asociaciones sometidas a sus disposiciones: no contenía normas sobre el funcionamiento interno o externo de las asociaciones distintas de las que podríamos llamar «normas de policía gubernativa». El criterio del ánimo de lucro, por tanto, sólo servía para establecer si a un concreto fenómeno asociativo le era o no aplicable el derecho administrativo-policia de asociaciones; pero no para seleccionar la disciplina jurídico-privada aplicable al mismo: llegándose a la Ley de Asociaciones, dicha disciplina no se hallaba, puesto que el legislador no había querido incluirla allí, o dicho con más precisión, no había podido, a causa de su voluntad de hacer del ánimo de lucro, o de su ausencia, el criterio exclusivo de delimitación del ámbito de aplicación de aquella Ley. En efecto, es imposible diseñar un régimen supletorio de funcionamiento de una entidad asociativa que quepa aplicar a todas las asociaciones sin ánimo de lucro, sencillamente porque es imposible diseñar un régimen supletorio mínimamente completo que pueda ser común a las asociaciones de estructura corporativa y a las estructuradas según esquemas personalistas. Resulta así comprobado que nunca podrá ser jurídico-privadamente satisfactoria una distinción entre asociación y sociedad fundada en el ánimo de lucro; porque, como advertía Ferrara, «la cualidad de fin no influye en la esencia de la relación», aunque pueda influir en su «peligrosidad política».

5.2. Desde la Ley de Asociaciones de 1964, una normativa propia de asociaciones estructuradas corporativamente (arts. 3.º y 6.º LA), es indudable que el correcto criterio de distinción entre asociación y sociedad no puede ser sino un criterio estructural: su estructura corporativa, organizada estatutariamente, caracteriza a las asociaciones frente a las sociedades, agrupaciones organizadas contractualmente, según esquemas personalistas. Conforme a este criterio, son asociaciones, junto a las reguladas en la Ley de 1964, las cooperativas, las entidades de previsión social, las sociedades de garantía recíproca, las sociedades anónimas, las comanditarias por acciones, las de responsabilidad limitada, etc. Y las sociedades civiles, las colectivas, las comanditarias simples, las agrupaciones de interés económico, las cuentas en participación, los condominios navales o las agrupaciones temporales de empresas serían tipos o formas de sociedades (70). Si se prefiere un nombre distinto para el conjunto de las asociaciones de estructura corporativa, y reservar el de asociación para las reguladas por la Ley de Asociaciones, yo sugeriría «corporación jurídico-privada».

---

(70) Vid. PAZ-ARES, *Comentario...*, cit., p. 1300.

Hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, y en concreto de su artículo 22, el criterio del fin lucrativo (*rectius*, del fin económico, lucrativo o mutualista), siguió siendo, sin embargo, un criterio decisivo para la selección de la disciplina aplicable en el ámbito de las que he propuesto llamar corporaciones jurídico-privadas, porque era indudable voluntad del legislador que todas las que persiguieran fines no económicos resultasen sometidas al régimen administrativo-policial de la Ley de Asociaciones. Lo que probablemente obligaba a mantener que las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada debían perseguir fines lucrativos (71).

5.3. Ya no hay razones para seguirlo manteniendo (72). Pero hoy como ayer sigue siendo cierto, en mi opinión, que el ejercicio de la actividad mercantil no puede llevarse a cabo fuera del rigor y las garantías de los tipos mercantiles. El ejercicio de actividades civiles no está reservado a las sociedades del Código Civil (arg. art. 1.670 CC) o a las asociaciones de la Ley de 1964; el de actividades mercantiles lo está, por el contrario, a «las formas reconocidas por el Código de Comercio» (arg. art. 122 CCom) o, sin fin lucrativo, por la legislación de cooperativas, de mutuas, etc. Aunque las partes hayan declarado querer constituir una sociedad de tipo civil, si el objeto de la misma es mercantil, la sociedad deberá considerarse colectiva (RDGR 16 de mayo de 1991), y la responsabilidad de los socios por las deudas sociales, solidaria (art. 127 CCom; comp. art. 1.698.I CC). Para ejercitar una actividad mercantil, aun sin ánimo de lucro, como la actividad principal de una entidad de estructura corporativa y responsabilidad limitada, tiene que constituirse una sociedad anónima, una sociedad de responsabilidad limitada, una sociedad comanditaria por acciones, una sociedad cooperativa, etc. Una agrupación con ese objeto principal, aun sin fin lucrativo, no puede ser reconocida como asociación de la Ley de 1964: sería un procedimiento muy simple para eludir las normas sobre el capital social («fondo de garantía» de los acreedores) de aquellos tipos de corporaciones. Y si comienza por la vía de hecho sus operaciones, tras constituirse sin voluntad electora de uno de referidos tipos (73), deberá

---

(71) Así PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, p. 741, nt. 39. Porque no era adecuada la tesis de GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, p. 36-37, de que también las sociedades anónimas y limitadas sin fin lucrativo estaban sujetas al control gubernativo establecido en la Ley de Asociaciones (DE LA CÁMARA, *Estudios...*, I, *cit.*, pp. 561-563).

(72) Por todos, PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, pp. 740-741, y allí oportunas referencias. Última y personalmente en contra, VICENT CHULÁ, RGD 1992, pp. 10281-10283, quien parece no reparar en que el verdadero residuo de leyes franquistas (del control franquista del asociacionismo no económico por la Ley de Asociaciones de 1964) es, precisamente, mantener la necesidad de un fin lucrativo para las sociedades de capitales.

(73) De otro modo, se trataría de una sociedad anónima, limitada, etc. irregular, de cuyo régimen nos ocuparemos en el apartado 6.3 del presente trabajo; pero véase ya el artículo 16.2 LSA.

ser considerada una sociedad colectiva irregular (y atípica, si estructurada corporativamente) (74), y por tanto, le será aplicable lo dispuesto en el artículo 127 CCom, reforzado por lo que dispone el artículo 120 CCom (75). Resulta muy razonable, en cambio, tolerar que una asociación regida por la Ley de Asociaciones ejercite con carácter accesorio una actividad mercantil poco significativa para la consecución de su fin principal no económico (el restaurante de un club deportivo; la editorial de una asociación religiosa); lo que no obsta a que, respecto de la actividad en cuestión, esté sujeta al estatuto de comerciante (76).

Y seguramente hay que llevar a sus lógicas consecuencias las últimas ideas expresadas y sostener que *las asociaciones de la Ley de 1964 no pueden tener por objeto principal actividades, no sólo mercantiles, sino, en general, económicas*: organizadas para la producción o para el intercambio de bienes o servicios valorables en dinero (77). En otras palabras, que no cabe ejercitar una actividad económica, aun sin ánimo de lucro, como la actividad principal de una agrupación con el privilegio de la responsabilidad limitada de sus miembros, sin una disciplina rigurosa del capital como cifra de retención permanente del patrimonio social, instrumento técnico de garantía de los acreedores que contrapesa tal privilegio (78). Esta tesis ha recibido un claro espal-

---

(74) En la doctrina alemana, véase por todos STAUDINGER-COING, § 54, Rz 54; SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 3. En el apartado 6.1 de este trabajo nos referiremos a la posibilidad de constituir en nuestro Derecho sociedades de personas estructuradas corporativamente.

(75) Asumimos plenamente la «tesis registralista» del fenómeno de la irregularidad, iniciada por el profesor GIRÓN, «Las sociedades irregulares», ADC 1951, pp. 870 y ss.; *Derecho de sociedades*, I, cit., pp. 226 y ss. La que no parece ya discutible, una vez que el propio legislador la ha aceptado con toda claridad en los artículos 16.2 LSA y 7.<sup>o</sup>2 de la Ley de Agrupación de Interés Económico (cfr. por todos, PAZ-ARES, *Comentario...*, II, cit., pp. 1340-1344; en PAU PEDRÓN coord., *Comentarios a la Ley de Agrupaciones de Interés Económico*, Madrid 1992, pp. 19-22; *La responsabilidad...*, cit., pp. 38-41; A. MENEDEZ, «Sociedad Anónima e inscripción en el Registro», *AAMN XXX-1*, pp. 44-47).

(76) El mejor tratamiento de estos temas es, de nuevo, el del profesor PAZ-ARES, *Comentario...*, II, cit., pp. 1382-1383, con quien he de discrepar, sin embargo, cuando parece sostener que las asociaciones pueden ejercitar actividades mercantiles con carácter principal, siempre que lo hagan sin ánimo de lucro.

(77) Si bien en la doctrina italiana parece aún dominante la opinión de GALGANO, *Delle associazioni...*, cit., pp. 73 y ss., de que las actividades económicas pueden ser también objeto de las asociaciones reguladas en los artículos 14 a 42 CC italiano, se advierte que ha resultado contradicha por la reciente experiencia sobre los clubs de fútbol que han asumido la forma de sociedades anónimas: DE GIORGI, *Le persone giuridiche...*, cit., pp. 222.

Entre nosotros, afirma en general que las asociaciones regidas por la Ley de 1964 pueden ejercitar actividades económicas sin ánimo de lucro, CAPILLA, *Derecho Civil...*, cit., pp. 505-506.

(78) Este ha sido el resultado alcanzado en la práctica por el § 22 BGB (v. por todos, SOERGEL-HADDING, §§ 21-22, Rz 5 y ss.) del que se ha llegado a afirmar que aho-

darazo legislativo en la imposición, por el artículo 19.1 de la Ley del Deporte, de la forma de sociedad anónima a los clubes deportivos, o sus equipos profesionales, que participen en competiciones deportivas de carácter profesional y ámbito estatal. Como explica el preámbulo del Real Decreto 1.084/1991, de 5 de julio, de Sociedades Anónimas Deportivas:

«La Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte propone un nuevo modelo de asociacionismo deportivo, una de cuyas bases es el establecimiento de un marco eficaz de responsabilidad jurídica y económica para los clubes deportivos que desarrollan actividades de carácter profesional.

---

ra carece de objeto (O. JAUERNING, en *Jauerning BGB*, 4.<sup>a</sup> ed., Munich 1987, § 22, Anm. 2; K. SCHMIDT, «*Der bürgerlich-rechtliche Verein mit wirtschaftlicher Tätigkeit*», AcP 182 [1982], p. 36). Sobre los criterios de distinción entre *nichwirtschaftlicher* y *wirtschaftlicher Verein*, en las pautas marcadas por K. SCHMIDT, AcP 182 (1982), pp. 9 y ss., D. REUTER, en *Münchener Kommentar zum BGB*, I, 2.<sup>a</sup> ed., Munich 1984, §§ 21, 22, Rdnr 4 y ss.; SOERGEL-HADDING, §§ 21-22, Rz 19 y ss.; ERMAN-WESTERMANN, § 21, Rdz 2 y ss.; H. HEINRICHS, *Palandt BGB*, 50.<sup>a</sup> ed., Munich 1991, § 21, Rn 2 y ss.

Sobre la conexión entre responsabilidad de los socios y sistema de dotación y preservación del capital, U. JOHN, *Die organisierte Rechtsperson System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht*, Berlín 1977, pp. 135 y ss., 250 y ss., y entre nosotros, especialmente, PAZ-ARES, «Sobre la infracapitalización de las sociedades», ADC 1983, pp. 1595 y ss.

Para evitar que el lector llegue a consecuencias demasiado injustas sobre la doctrina italiana aludida en la nota anterior, hay que recordar que en el Derecho italiano las asociaciones adquieren personalidad mediante un acto administrativo de reconocimiento (art. 12 CC italiano), en el que la autoridad —se sostiene— habrá de comprobar la existencia de un patrimonio suficiente a la luz del fin perseguido, tutelando de ese modo los intereses de los eventuales acreedores sociales, que en las asociaciones no reconocidas quedarían tutelados mediante la responsabilidad personal y solidaria de «*le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione*» (art. 38 CC) (GALGANO, *Delle persone giuridiche*, Bolonia-Roma 1969, «Comentario del codice civile Scialoja-Branca», Arts. 11-35, pp. 135 y ss.; B. BAREL, en CIAN-TRABUCCHI, *Comentario breve al codice civile*, 4.<sup>a</sup> ed., Padua 1992, p. 106). Me parece claro, sin embargo, que ni un mero control inicial del patrimonio de las asociaciones que tengan por objeto principal actividades económicas basta para proteger seriamente los intereses de los acreedores (podría devolverse al día siguiente al del reconocimiento), ni hay razón para que los miembros de las asociaciones no reconocidas con tal objeto principal no respondan personalmente de las deudas sociales, al menos si la actividad económica es una actividad mercantil, en un Derecho que establece la responsabilidad ilimitada de los socios de las sociedades en nombre colectivo no inscritas (art. 2297.I CC italiano; comp. art. 2267) (cfr. para el Derecho alemán STAUDINGER-COING, § 54, Rz 54; SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 25; PALANDT-HEINRICHS, § 54, Rn 12; pero también MunchKomm-REUTER, § 54, Rdnr 22-24, recordando que no existe precepto en el BGB que establezca la responsabilidad de los socios de la sociedad civil por las deudas sociales). Por lo demás, en nuestro Derecho no hay apoyo legal alguno para un control administrativo de la originaria suficiencia del patrimonio de las asociaciones regidas por la Ley de Asociaciones de 1964.

Ello se pretende lograr, mediante la imperativa adopción por tales clubes de la forma de Sociedades Anónimas Deportivas, nueva forma jurídica que, sujeta al régimen general de las Sociedades Anónimas, incorpora determinadas particularidades para adaptarse al mundo del deporte» (79).

Una agrupación de estructura corporativa que ejercite una actividad económica, pero no mercantil, como su objeto principal, constituida sin voluntad electora del tipo de la sociedad anónima, limitada, etc., deberá ser considerada una atípica sociedad civil de estructura corporativa (80). Y sus socios responderán por las deudas sociales conforme a lo dispuesto en el artículo 1.698.I CC (81).

5.4. Quien comparta lo dicho hasta aquí, estará de acuerdo en que son dos los criterios de clasificación de las asociaciones en sentido amplio típicas que hoy cabe razonablemente utilizar. Uno *estructural*, que distingue las que aquí he llamado «corporaciones jurídico-privadas» (asociaciones de estructura corporativa) de las que podrían denominarse «sociedades contractuales» (asociaciones estructuradas según esquemas personalistas). Y otro *objetivo*, que, en el ámbito de las corporaciones jurídico-privadas, distingue las asociaciones, cuyo objeto principal no puede ser una actividad económica, de las sociedades que ejercitan actividades económicas, con o sin ánimo de lucro, como objeto principal; asociaciones y sociedades, que podríamos llamar «estatutarias» (82).

---

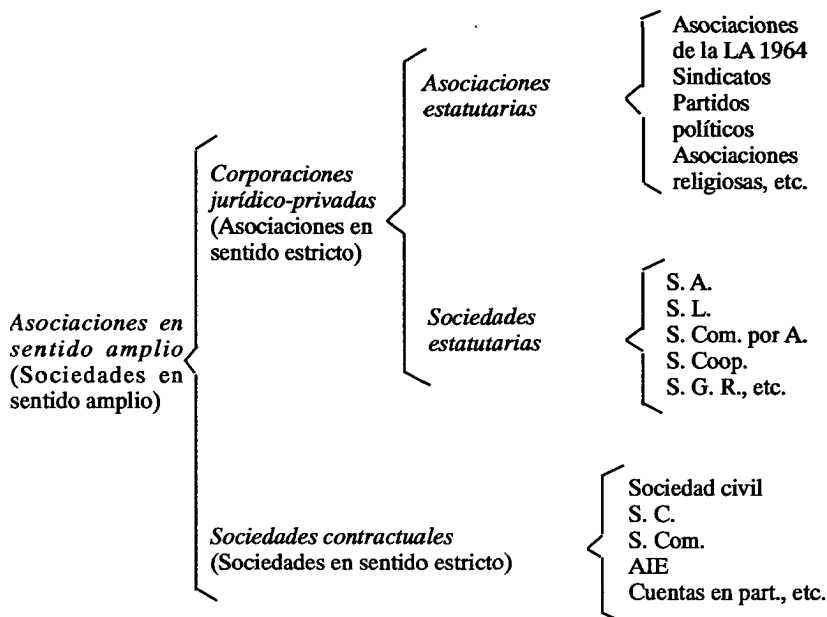
(79) Y véanse los requisitos, responsabilidades y garantías impuestos por las reglas de las disposiciones adicionales séptima y octava de dicha Ley para que los clubes de fútbol o de baloncesto actualmente existentes puedan conservar su actual estructura jurídica.

(80) Dese por íntegramente reproducido aquí el texto de las notas 73 y 74 de este trabajo, incluidas las citas de doctrina alemana.

(81) En la argumentación expuesta bajo la letra *d*) del apartado 6.2 de este trabajo hallará el lector razones para preconizar también en este caso la responsabilidad personal y solidaria de quienes actúen en nombre de la sociedad civil estructurada corporativamente.

(82) Es cierto que no hay ninguna razón legal ni dogmática sólida en contra de que una sociedad anónima, comanditaria por acciones o limitada tenga por objeto principal una actividad no económica. Pero, puesto que la Ley de Asociaciones no impide establecer en los estatutos de la asociación un sistema de órganos y adopción de acuerdos idéntico al de tales sociedades (cfr. art. 6.º1 LA), no se ve una razón poderosa para que aquél fenómeno se produzca. Por otra parte, en caso de producirse (VICENT CHULIÁ, RGD 1992, p. 10282, informa de la existencia de una anónima, «Biofraccionamiento S. A.» para la gestión de un banco de sangre), plantearía el problema de si a la sociedad en cuestión le sería aplicable lo dispuesto en el artículo 9.º LA; si este precepto no se estima inconstitucional (como lo juzgan LACRUZ/LUNA, *Elementos...*, I-2, cit., p. 293, y, parece, CAPILLA, *Derecho Civil...*, cit., p. 521), entendiéndolo conectado al problema de una excesiva acumulación de riqueza en «manos muertas» (v. art. 17 CC italiano, sobre el cual, GALGANO, *Delle persone...*, cit., pp. 241 y ss.; BIANCA, *Diritto civile*, I, cit., p. 305; BAREL, en CIAN-TRABUCCHI, *Commentario...*, cit., p. 113).

Este será, en consecuencia, el cuadro de las asociaciones en sentido amplio típicas:



Ya es hora de asignar a los criterios *causales* su muy pobre relevancia: el ánimo de lucro en sentido propio no es un requisito conceptual de la sociedad, sino un rasgo de caracterización de los tipos legales de las sociedades civil, colectiva y comanditaria (arts. 1.665 CC y 116.I CCom), al que obedece una parcela muy concreta de la disciplina de las mismas (arts. 1.689 a 1.691 CC y 140 a 141 CCom); y el criterio del fin económico no es, en mi opinión, sino un fracasado intento de adaptación *in extremis* del caduco ánimo de lucro a las exigencias de la realidad social.

## 6. FENÓMENOS ASOCIATIVOS ATÍPICOS E IRREGULARES

Las ideas anteriores quedan confirmadas cuando se aborda la tarea de determinar el régimen jurídico aplicable a lo que aquí hemos llamado fenómenos asociativos atípicos e irregulares.

---

Obviamente, objeto de las que he llamado «sociedades contractuales» puede ser cualquier tipo de actividad, y cualquiera también su fin. Lo que cabría plantearse es si la regla de la responsabilidad personal de los socios, deducible del artículo 1.698.I CC, resulta justificada para las sociedades civiles externas (con personalidad jurídica, con patrimonio separado) cuyo objeto principal sea una actividad no económica.



6.1. A poco que se reflexione sobre los casos de fenómenos asociativos atípicos propuestos en el apartado 1.2 de este trabajo, se alcanzará naturalmente la conclusión de que lo único adecuado a las expectativas normativas de las partes es la aplicación de las *normas reguladoras de la sociedad civil* a las relaciones existentes entre ellas. Sería manifiestamente inapropiado, representaría una injustificable violencia de la autonomía de la voluntad, aplicarles las normas de la Ley de Asociaciones (y en especial su art. 6.<sup>o</sup>) por el hecho de que las partes carezcan de ánimo de lucro o finalidad económica; o aplicar en los ejemplos del grupo *b*), dado el carácter meramente interno de las relaciones asociativas que contemplan, las normas que regulan la comunidad de bienes (y en especial, los arts. 398 y 400 CC); normas que, por lo demás, no cabría aplicar a los ejemplos del grupo *c*), en los que falta un patrimonio común (83).

Aceptada dicha conclusión, cabe afirmar que el de sociedad contractual o sociedad en sentido estricto no es un mero concepto doctrinal ordenador, sino un prototipo normativo, configurado por los elementos característicos, presentes en todos los tipos legales, de las sociedades de personas —el origen negocial, el fin común, la comunidad de la contribución, la estructura personalista—, y cuya disciplina, habida cuenta del carácter formalizado de los tipos de las sociedades mercantiles («formas sociales» en sentido propio, de carácter externo y habitualidad o continuidad en la actividad), se halla en las normas reguladoras de la sociedad civil, exceptuadas aquellas que responden a los restantes elementos configuradores del tipo legal de la sociedad civil (mero «tipo de frecuencia»), esto es, la actividad común no mercantil, el ánimo de lucro, el carácter externo (la personalidad jurídica) y el patrimonio común (84). Dicha disciplina es el «Derecho común» de las agrupaciones organizadas según esquemas personalistas: será la propia de los aquí llamados fenómenos asociativos atípicos —en los que deben encuadrarse las sociedades mercantiles ocasionales (constituidas para realizar una única operación mercantil o un número limitado de ellas), aunque sean sociedades externas (85) y las

---

(83) Cfr. PAZ-ARES, «Animo de lucro...», *cit.*, pp. 744-750. Sobre las relaciones sociedad-comunidad, J.M. MIQUEL, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales Edersa*, V-2, Madrid 1985, pp. 36-44; *Comentario del Código Civil M. de Justicia*, I, Madrid 1991, pp. 1069-1072, cuyas pautas sigue en lo esencial PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1369-1374. Véase también la importante contribución de CAPILLA, *Comentarios...*, XXI-1, *cit.*, pp. 132 y ss., en la que se aprecian reflejos de las posturas tradicionales en la materia de que nos ocupa (pp. 135-136).

(84) Como PAZ-ARES, *Comentario...*, I, *cit.*, p. 1303, dudo mucho que el carácter estable o duradero del objeto social sea un rasgo tipológico de la sociedad civil.

(85) PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, p. 1384. La contrapropuesta de GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, pp. 81-82, no es sino un lamento por el hecho de que nuestro Derecho no presuma la solidaridad ni en el ámbito de las obligaciones mercantiles.

sociedades mercantiles internas, aunque sean duraderas (86)— y cubrirá las lagunas existentes en las normativas de los tipos especiales de sociedades de personas (87).

Si siguiendo a Fernández de la Gándara (88), he denominado a la sociedad contractual o sociedad en sentido estricto «prototipo» y no «concepto (cerrado) normativo», resistiendo a la vez la natural tendencia a calificar de «esenciales» sus elementos configuradores, ha sido fundamentalmente para no generar la errónea impresión de que la estructura personalista constituye un límite innamemente a la libertad contractual. No sólo es factible pactar que la sociedad de personas sobreviva a las personas de los socios (arts. 1.704 CC y 222.1.º CCom; v. también art. 17 Ley de Agrupaciones de Interés Económico), o establecer válidamente en el contrato social la libre transmisibilidad de la condición de socio (frente a lo dispuesto en los arts. 1.696 CC y 143 CCom), o incluso, como ha venido a probar el artículo 12.3 LAIE, elegir a un no socio para ocupar la posición orgánica de administrador. Es que no existen motivos suficientes para impedir a los particulares constituir «sociedades de personas estructuradas corporativamente», cuyo régimen habrá de nutrirse de componentes de las disciplinas de las sociedades contractuales y de las corporaciones. La idea de una conexión inescindible entre *Haftung* y *Herrschaft* no tiene justificación normativa (89).

6.2. Llamamos «asociaciones (estatutarias) no reconocidas» a las agrupaciones de personas estructuradas corporativamente y cuyo objeto principal es una actividad «ideal» (no económica), que operan al margen del correspondiente sistema legal de publicidad por voluntad de sus miembros. A mi juicio, estas asociaciones:

---

(86) Exceptuadas las cuentas en participación, cuya normativa (arts. 239-234 CCom) deberá aplicarse también a las que se constituyan entre no comerciantes. Véase GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, pp. 78-79; PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1384-1385.

(87) «Sociedad en sentido estricto» no significa para mí lo mismo que para GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, p. 26, quien la identifica con el tipo legal de la sociedad civil (*vid.* también PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, p. 1301). Mi significado coincide con el que generalmente asigna a dicha expresión la doctrina alemana (por todos, MünchKomm-ULMER, Vor § 705, Rdnr 2), así como el propio PAZ-ARES en PAU PEDRÓN coord., *Comentarios...*, *cit.*, p. 15 y nt. 9.

(88) *La atipicidad...*, *cit.*, pp. 337-338.

(89) La obra fundamental entre nosotros sobre este complejo temario sigue siendo la muy valiosa monografía de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades*, especialmente pp. 339 y ss. En ella se inspiran las aportaciones al respecto de PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1306-1307, 1453-1454, 1472; en PAU-PEDRÓN coord., *Comentarios...*, *cit.*, p. 16. En dichos trabajos podrá hallar el lector referencias bibliográficas muy completas. Breves estados de las cuestiones en la doctrina alemana más reciente en MünchKomm-ULMER, Vor § 705, Rdnr 2-3, 96-97, § 709 Rdnr 5-6; ERMAN-WESTERMANN, Vor § 705 Rdz 3, § 709, Rdz 3-4.

a) Tienen capacidad de obrar y un patrimonio separado, es decir, son personas jurídicas conforme al muy amplio concepto de tal propio de nuestros Códigos Civil y de Comercio, cuyo reducido contenido describe con precisión el artículo 38.I CC. Lo que es una exigencia constitucional derivada, no del número 3 del artículo 22 CE (cuyas palabras «a los solos efectos de publicidad» no significan más que «no a los efectos de un control administrativo-policial de fines»), sino de su número 1 en relación con el artículo 53.1 CE: no se respetaría el contenido esencial del derecho de asociación si la nолuntad de pasar por el sistema legal de publicidad «se castigase» haciendo impracticable la vida externa de las asociaciones de que se trata; que es lo que ocurriría, si no se les reconociera capacidad de obrar o se considerase que sus bienes siguen siendo propiedad por cuotas de los asociados. Dicha personalidad jurídica elemental la adquieren las asociaciones desde que sus fundadores acuerdan constituir las, estructurándolas para tener relaciones externas: no se requiere la previa publicación de hecho de la asociación (90).

b) Sus relaciones internas y representativas se regirán por las mismas normas aplicables a las asociaciones reconocidas; y lo mismo ha de afirmarse, por ejemplo, de las causas de disolución y del destino del patrimonio común. Sería radicalmente contrario a las expectativas normativas de las partes aplicar la normativa de la comunidad de bienes o de la sociedad civil (91).

---

(90) A este respecto, se comparten plenamente las tesis de PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1354-1362, con referencia exhaustiva y certera crítica de las opiniones discrepantes de la doctrina española. Conviene sólo añadir que la tesis de vincular la personalidad jurídica, no a la publicidad registral ni de hecho, sino a la voluntad contractual de quienes se asocian, fue ya sostenida por DE COSSIO, *Comentarios...*, I, *cit.*, pp. 836-837. Contra la jurisprudencia dominante del Tribunal Supremo, CAPILLA, *Derecho Civil...*, *cit.*, p. 518, ha sostenido que la inscripción en el Registro de Asociaciones es atributiva de la personalidad jurídica.

En las doctrinas alemana e italiana se niega, naturalmente (dado el concepto estricto de persona jurídica de sus Derechos), que las asociaciones no reconocidas sean personas jurídicas; pero para afirmar su «subjetividad jurídica» o su condición de entes autónomos con capacidad jurídica parcial, y alcanzar resultados equivalentes a los que se derivan de nuestro artículo 38.I CC (v. por todos, MünchKomm-REUTER, § 54, Rdnr 4, 6 y ss., SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 16 y ss., 32 y ss., GALGANO, *Delle associazioni...*, *cit.*, pp. 104 y ss.; BASILE, *Gli enti «de fatto»*, en el «Trattato di diritto privato Rescigno», 2-I, Turin 1982, pp. 282 y ss., 320 y ss.).

(91) Se mueven en la línea acogida en el texto B. PELLITSE PRATS, voz «Asociación», NEJ Seix, III, Barcelona 1951, p. 94; M. GITRAMA, *Prólogo* a RUBINO, *Las asociaciones no reconocidas*, Madrid, s.d., pp. 6-7; PAZ-ARES, «Ánimo de lucro...», *cit.*, p. 745, nt. 48; sostienen, en cambio, la aplicación de la normativa de la comunidad de bienes, LACRUZ/LUNA, *Elementos...*, I-2, *cit.*, p. 296. En la doctrina alemana, superando la letra del § 54 BGB, véase por todos, SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 7 y ss., PALANDT-HEINRICH, § 54, Rn 6, 14. Y en la doctrina italiana, GALGANO, *Delle associazioni...*, *cit.*, pp. 177 y ss., 211 y ss., BAREL, en CIAN-TRABUCCHI, *Comentario...*, *cit.*, pp. 129 y ss. Se constata que la mayoría de la doctrina comparada se separa de las tesis del texto en sostener que, en caso de disolución de la asociación no recono-

c) Los asociados no responderán personal o ilimitadamente por las deudas de la asociación (92). Siendo patente que en el campo de las asociaciones estatutarias el privilegio de la responsabilidad limitada no está vinculado a una disciplina del capital social como la propia de las corporaciones jurídico-privadas, y que el trámite del reconocimiento no implica ningún control sobre la suficiencia del patrimonio de la asociación, no hay razón constitucionalmente admisible (no lo sería la «represión» de las asociaciones que optan por vivir al margen de los sistemas legales de publicidad) para no tratar a aquel respecto a las asociaciones no reconocidas igual que a las reconocidas (93).

d) En el § 54 BGB y el artículo 38 CC italiano se prescribe la responsabilidad personal y solidaria de quienes celebran negocios jurídicos en nombre de las asociaciones no reconocidas. Se podría pensar que cabe sostener la existencia la misma regla en nuestro Derecho, extrayéndola (analogía *iuris*) del principio que inspiraría los artículos 10.2.I, III LGCoop, 15.1 LSA, 7.º2 LAIE y 120 CCom (94). Pero la cuestión no es clara. Los dos primeros de estos preceptos, ¿no tienen su fundamento en la protección de los acreedores, a la que todavía no puede servir, al no estar aún inscrita la sociedad, la disciplina sobre aportación y mantenimiento

---

cida, sus bienes deberán repartirse en todo caso entre los asociados o los sucesores del último de ellos (v. también STAUDINGER-COING, § 54, Rz 84; BASILE, *Gli enti...*, cit., p. 313). Lo que es una consecuencia muy lógica de la negación de la personalidad jurídica de las asociaciones que nos ocupan, pero, a mi juicio, no una solución razonable, si la asociación disuelta tenía un fin puramente altruista. Los miembros de una asociación con un tal fin y oportunamente inscrita que se disuelva difícilmente podrían creer que si la asociación hubiera vivido al margen del Registro el patrimonio restante se habría repartido entre ellos.

(92) En contra, CAPILLA, *Derecho Civil...*, cit., p. 522. También, a lo que parece, PAZ-ARES, *Comentario...*, II, cit., p. 1359. Pero tanto el artículo 38 CC italiano, como la opinión unánime de la doctrina alemana a propósito de las *nichtwirtschaftlicher Verein* (por todos, STAUDINGER-COING, § 54, Rz 51 y ss.; MünchKomm-REUTER, § 54 Rdnr 20; SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 24), apoyan la tesis del texto.

(93) Se parte obviamente, pese al incomprensible silencio al respecto de nuestros textos legales, de la responsabilidad limitada de los miembros de las asociaciones reconocidas (vid. LACRUZ/LUNA, *Elementos...*, I-2, p. 294; CAPILLA, *Derecho Civil...*, cit., p. 521).

(94) Interpretando este último a la luz del anterior; lo que impide darle el sentido de que la responsabilidad de los administradores de la sociedad no inscrita se halla establecida porque antes de la inscripción no podrían entrar en juego los artículos 127 y 148.I CCom ya que las sociedades no inscritas no tendrían personalidad jurídica y no podrían, en consecuencia, ser titulares de obligaciones (acertadamente lo ha hecho notar PAZ-ARES, *Comentario...*, I, II, cit., pp. 1343-1344; en PAU PEDRON coord., *Comentarios...*, cit., p. 21, nt. 39; *La responsabilidad...*, cit., pp. 38-41). Cuestión diferente, e irrelevante, es cual fuera la verdadera intención de los redactores del artículo 120 CCom (que, a la luz del art. 118 CCom, bien pudo ser la contraria).

del capital, siendo así que el legislador ha descartado la responsabilidad ilimitada de los socios fundadores (v. arts. 10.2.II, III LGCoop y 15.2 LSA)? (95); ¿y no es evidente que, tratándose de las asociaciones estatutarias, el legislador no se ha preocupado de proteger de forma especial a los acreedores de la asociación frente al privilegio de la limitación de responsabilidad?; ¿no resulta obvio, por tanto, que tampoco en el extremo que ahora nos ocupa hay razón para tratar de manera diferente a las asociaciones reconocidas y a las no reconocidas? (96). En cuanto a los artículos 7.2 LAIE e, interpretado a la luz de éste, 120 CCom, ¿no reside su fundamento también en la protección de los acreedores que, por falta de inscripción, no pueden conocer de forma fácil y segura (v. art. 147 CCom) la identidad de quienes tienen que responder personalmente por las deudas sociales (arts. 5.º LAIE, y 127 y 148.I CCom) (97); mientras que por las deu-

---

(95) Se ha criticado al legislador de sociedades anónimas que no haya instaurado la responsabilidad ilimitada de los socios fundadores (A. ALONSO UREBA, «La sociedad en formación», en AA.VV., *Derecho de sociedades...*, I, cit., pp. 594-597). Dicha crítica no puede compartirse: sería injusto, o una *Vorbelastungsverbot* encubierta, imponer a quien aceptó ser socio de una sociedad anónima responsabilidad ilimitada durante ese inevitable período en que tales sociedades están «en formación». Pero si así se hubiera hecho, la justificación del artículo 15.1 LSA habría tenido que encontrarse en una «presión legal» para acelerar la inscripción de la sociedad (*Druckfunktion*; así, MünchKomm-REUTER, § 21, 22, Rdnr 87); la que en el Derecho vigente, aunque también servida por el artículo 17.2 LSA, cabría considerar sumada a la todavía relevante (aunque compartida con la *Differenzhaftung* del art. 15.4 LSA) *Sicherungsfunktion* del citado artículo 15.1 LSA.

Más clara es aún la *Sicherungsfunktion* de la norma contenida en el párrafo primero y en el inciso final del párrafo tercero del artículo 10.2 LGCoop, que evidentemente es todo él producto de la premisa de que, antes de la inscripción de la cooperativa, ésta no es un sujeto de derecho capaz de obligarse. Pero como esta premisa ha sido completamente desautorizada por el legislador en los artículos 15.2 LSA (MENÉNDEZ, *AAMN XXX-1*, pp. 16, 37; A. RODRÍGUEZ ADRADOS, «Constitución y nulidad de la sociedad anónima»; *AAMN XXX-1*, pp. 66-68, y sobre todo, ALONSO UREBA, *ibidem*, pp. 533 y ss., 586-587) y 16.2 LSA [FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La sociedad...», cit., pp. 639-640; hay que estar de acuerdo con este autor cuando aplaude la no repetición de una norma como la del inciso primero del art. 10.2.III LGCoop (*ibidem*, pp. 643-64), pero no en la explicación de su aplauso, que parece olvidar lo dispuesto en el art. 15.2 LSA], y como los artículos 15 y 16 LSA son también aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada (art. 6.º LSL) y comanditarias por acciones (art. 152 CCom), parece razonable sostener, a fin de recuperar la congruencia valorativa del sistema, que también lo son a las cooperativas, y que el artículo 10.2 LGCoop ha quedado implícitamente derogado por ellos: *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*.

(96) Así, STAUDINGER-COING, § 54, Rz 57.

(97) Así, PAZ-ARES, *La responsabilidad...*, cit., pp. 87-88. Una buena pregunta es ahora: ¿Por qué no se instauró en nuestro Código Civil para las sociedades civiles, no sujetas a publicidad legal, la responsabilidad personal de quienes actúan en nombre de la sociedad (comp. art. 2267.I CC italiano)? Una respuesta históricamente plausible sería: porque el artículo 120 CCom se concibió como remedio sustitutivo de la responsabilidad de la sociedad y de los socios (v. art. 118 CCom). Pero como tras el artículo 7.º LAIE ya no cabe contestar así (v. *supra*, nota 94), quizá no fuera descabellado afirmar hoy la responsabilidad personal de quienes actúan en nombre de la sociedad

das de las asociaciones estatutarias responde sólo el patrimonio social, la publicación del cual tampoco sirve de protección a los acreedores, al no existir una normativa que imponga su conservación?

Pero la argumentación puede ser otra. Es indudable que la norma del artículo 15.1 LSA es también aplicable a las sociedades irregulares de que se ocupa en el artículo 16 LSA (98); no sólo para las de objeto mercantil —bastaría el art. 120 CCom, al que remitiría el inciso primero del art. 16.2 LSA—, sino también para las de objeto civil (99). Las palabras que ponen fin al propio artículo 16.2 LSA no pueden significar sino que la posterior inscripción de la sociedad no hace cesar la responsabilidad solidaria de quienes actuaron en nombre de la sociedad irregular (100). Bien sentado que los socios de ésta responden personalmente por las deudas sociales (solidaria o mancomunadamente, arts. 127 CCom ó 1.698.I CC, a que remite el art. 16.2 LSA), una posible justificación de la *Handelndenhaftung* en esta sede sería la antes sugerida para los artículos 7.º2 LAIE y 120 CCom. Pero cabe concebir otra convincente. Es razonable que el ordenamiento, en pro de la fluidez del tráfico, trate de impedir que una sociedad de estructura corporativa, caracterizada por su «hereroorganicismo» u «organicismo de terceros» (*Drittorganschaft*, frente al *Selbstorganschaft* típico de las sociedades contractuales), opere indefinidamente sin publicar de forma fácilmente accesible y segura para los terceros la identidad de los componentes de sus órganos de representación: no es eficiente que, para contratar con una de tales sociedades, haya que incurrir en relevantes costes de transacción al efecto de comprobar que no se está negociando con un *falsus procurator*. Y un buen modo de lograrlo es, por un lado, poner en todo caso a disposición de los eventuales cocontratantes la garantía que representa la responsabilidad personal y solidaria de quienes hayan actuado en nombre de la corporación (no sólo la responsabilidad genérica o por el interés en el cumplimiento, sino la

---

civil. Que será útil en la hipótesis no contemplada por el legislador (v. arts. 1.692-1.695 CC), pero no imposible (PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1453-1454), de que dichas personas no sean socios.

Obviamente, nada de lo anterior tendrá sentido para quien sostenga que los artículos 7.º2 LAIE y 120 CCom tienen una exclusiva *Druckfunktion*. Pero desde esta premisa, habría de mantener que la responsabilidad de que se trata desaparecerá con la inscripción, a partir de la cual responderán la sociedad y, subsidiariamente, los socios exclusivamente, también respecto de los contratos celebrados antes de la inscripción.

(98) Como ya indiqué en la nota 95, este artículo es también aplicable a las sociedades limitadas y comanditarias por acciones irregulares, y cabe sostener que lo es incluso a las cooperativas irregulares, habiendo quedado implícitamente derogado el artículo 10.2.III LGCoop.

(99) Esto es importante, por lo obviamente discutible de la tesis que se sugirió, sin mucha convicción, en el primer párrafo de la nota 97.

(100) Lo que demuestra que esta responsabilidad no cumple aquí una mera *Druckfunktion*.

responsabilidad específica o por el cumplimiento) (101). Y por otro lado, que los administradores sociales tengan de apechar con que, mientras no procedan, con la inscripción, a publicar sus relaciones representativas, y salvo que los terceros contratantes se avengan a pactar lo contrario, responderán personal y solidariamente por los contratos celebrados en nombre de la corporación; en primera línea (cuando contraten ellos mismos, o apoderados que actúen en nombre del consejo de administración), o ante la repetición de sus mandatarios que contraten en nombre de la sociedad irregular. El precepto de que se trata desplazaría, en fin, por su mayor rigor a las normas de los artículos 1.725 CC y 247.II CCom.

Pues bien, esta justificación de la responsabilidad prevista en el artículo 15.1 LSA, en conexión con el inciso final del artículo 16.2 LSA, nos parece perfectamente trasladable, y justificable por ello la aplicación analógica de ambos preceptos a las asociaciones no reconocidas (102); interpretados del modo que acaba de indicarse en cuanto a sujetos responsables, contenido de la responsabilidad, posibilidad de excluirla por pacto específico, y pervivencia tras la inscripción de la asociación de la responsabilidad ya contraída (103).

e) El tenor de algunas normas especiales hace depender la adquisición de la personalidad jurídica por determinados tipos de asociaciones —partidos políticos, asociaciones religiosas, sindicatos (arts. 2.º Ley de Partidos Políticos, 5.º Ley Orgánica de Libertad Religiosa, 4.º, 7 Ley Orgánica de Libertad Sindical)— de distintos requisitos ex-

---

(101) Una garantía que, para quienes contrataron confiando en ella, no puede desaparecer por efecto de la posterior inscripción de la sociedad. Esta sería la explicación del inciso final del artículo 16.2 LSA.

(102) *Cfr.* MünchKomm-REUTER, § 54, Rdnr 27. No, por el contrario, a las asociaciones en formación. Si se entiende aplicable a ellas por analogía la norma del artículo 15.1 LSA, lo será con una exclusiva *Druckfunktion* (v. *supra*, nota 95), y congruentemente la responsabilidad de quienes actuaron en nombre de la asociación en formación desaparecerá con la inscripción (opinión dominante en la doctrina alemana: por todos, STAUDINGER-COING, § 54, Rz 70; MünchKomm-REUTER, §§ 21, 22, Rdnr 90; PALANDT-HEINRICH, § 54, Rn 13; en contra, SOERGEL-HADDING, Vor § 21, Rz 70); sin que exista, a mi juicio, base suficiente para imponer a los asociados fundadores una suerte de *Differenzhaftung* semejante a la que en el artículo 15.4 LSA se impone a los fundadores de las sociedades de capitales (v. STAUDINGER-COING, § 21, Rz 34; en contra, MünchKomm-REUTER, § 21, 22, Rdnr 68). Y razonable parece también excluir a los meros mandatarios del círculo de responsables. En lo demás, la disciplina de las asociaciones en formación debe ser la misma que la de las asociaciones no reconocidas.

(103) Pese a autorizadas discrepancias (especialmente, STAUDINGER-COING, § 54, Rz 57 y ss.), la interpretación mayoritaria del inciso segundo del § 54 BGB se mueve en las líneas del texto (v. MünchKomm-REUTER, § 54, Rdnr 25 y ss.; ERMAN-WESTERMANN, § 54, Rdz15-16; SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 28 y ss.; PALANDT-HEINRICH, § 54, Rn 13). En la doctrina italiana, existe una radical división de opiniones (v. por todos, de un lado, GALGANO, *Delle associazioni...*, *cit.*, pp. 223 y ss., y en contra, BASILE, *Gli enti...*, *cit.*, pp. 329 y ss., a mi juicio con mayor razón).

trínsecos (depósito de los estatutos, inscripción). Sólo una interpretación de los citados preceptos es constitucionalmente aceptable: hasta que concurren dichos requisitos, la personalidad jurídica de las referidas asociaciones no será «plena» o «perfecta», porque responderán personalmente los que actúen en nombre de ellas. Y quizás cabría ir más allá respecto de los partidos políticos y los sindicatos: ante su especial relevancia constitucional (arts. 6.º y 7.º CE) y la actuación típicamente pública de sus representantes, excluir aquí la *Handelndenhaftung* (104) y predicar, en consecuencia, la inconstitucionalidad de los artículos 2.º1 LPP y 4.º1, 7 LOLS. Se trata, sin embargo, de una tesis muy atrevida.

6.3. El régimen de las sociedades estatutarias irregulares, entendiéndose por tales aquéllas cuyos socios, aunque verificada su común voluntad de no inscribirlas, consienten unánimemente que sigan existiendo para iniciar o continuar sus operaciones (105), cabe esquematizarlo así:

a) Tienen capacidad de obrar y un patrimonio separado; lo que es también aquí una exigencia constitucional, pues el derecho fundamental de asociación cubre también las sociedades (106). Y eso es precisamente lo que significa en nuestro Derecho (v. arts. 35.2.º, 38.I y 1.669.I CC, y 116.II CCom) que son personas jurídicas. Que el régimen jurídi-

---

(104) Cfr. MünchKomm-REUTER, § 54, Rdnr 22.

(105) De esta definición se deduce mi opinión sobre el apartado 1 del artículo 16 LSA: no es una norma aplicable a las sociedades irregulares —no sería lógico otorgar facultad de disolución a quienes han consentido seguir siendo socios de la sociedad que ninguno quiere ya inscribir (ni a quienes pactan constituir una sociedad de estructura corporativa no inscribible)—, sino a las sociedades en formación: se atribuye a cualquiera de sus socios la facultad de poner fin a la sociedad, por desaparición de la base del contrato, una vez verificada la voluntad unánime de no inscribirla [puede inscribir cualquiera de los fundadores; v. art. 17.1 LSA], y en todo caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que haya sido solicitada su inscripción. El no ejercicio de aquella facultad en un plazo razonablemente breve habrá de considerarse consentimiento a continuar siendo socio de la sociedad en trance de devenir irregular.

Cuestión completamente distinta, que se abordará en el texto, es la de si los socios de las sociedades irregulares tienen la facultad de exigir su disolución en los términos de los artículos 224 CCom y 1.700.4.º, 1.705 y 1.707 CC, o solamente la facultad de separarse de las mismas.

(106) Es opinión dominante que el artículo 22 CE tutela las sociedades: por todos, CAPILLA, *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid 1984, pp. 118-119, y *Derecho Civil...*, cit., p. 511; L. AGUIAR, «Artículo 22 de la Constitución. Derecho de asociación», en O. ALZAGA dir., *Comentarios a las Leyes políticas. Constitución Española de 1978*, II. Madrid 1984, pp. 628 y ss.; en contra, FERNÁNDEZ FARRERES, *Asociaciones...*, cit., pp. 175-176, 190. No es esta la ocasión para discutir si la protección constitucional de las sociedades que ejercitan actividades económicas es tan extensa como la de las asociaciones estatutarias; pienso, sobre todo, en el número 4 del artículo 22 CE, y en que el Gobierno dirige la política económica. La STC 23/1987, de 23 de febrero, distinguió al efecto entre sociedades de personas y sociedades de capitales; lo que, a mi juicio, tiene muy poco sentido.



co que define su personalidad no es igual al que caracteriza, con la más perfecta autonomía, la personalidad de las sociedades estatutarias inscritas, es lo que ha querido expresar el artículo 7.<sup>o</sup> LSA al disponer que «con la inscripción adquirirá la sociedad anónima su personalidad jurídica»; y consecuentemente, así han de entenderse hoy los artículos 5.<sup>o</sup> LSL, 6.<sup>o</sup> LGCoop, etc. (107). La propuesta de acudir a la figura de la «comunidad funcional» de carácter germánico para compendiar el régimen de las sociedades de capitales en formación e irregulares, antes de crear una nueva categoría de personalidad jurídica, distinta de la que nace tras la inscripción registral (108), es difícil de comprender para quien tiene claro que la categoría de personalidad jurídica que con propiedad ha de calificarse de «nueva» es la que nuestra doctrina de los años cincuenta y sesenta importó acriticamente de los autores italianos y alemanes (que, por cierto, cada vez en mayor número reconocen la subjetividad jurídica elemental de la *Gesamthand* «externa») (109), y que acabó por suplantar al concepto de persona jurídica propio de nuestros Códigos de Derecho privado en el ámbito de la legislación especial. Si como demuestra el artículo 1.<sup>o</sup> LAIE, el más reciente legislador ha vuelto al concepto codificado, consciente sin duda de su ventaja en claridad, no veo razones científicas para no aplaudirle. Nunca he comprendido la extraña afición por desechar lo muy poco en que, aunque sea casualidad, nuestros Códigos aventajan a los mejores europeos.

b) Junto a la sociedad, responderán personalmente por las deudas sociales de origen negocial, solidariamente, quienes hayan actuado o contratado en nombre de aquella (responsabilidad ésta, que no cesa con la ulterior inscripción de la sociedad; art. 16.2, *in fine* en relación con art. 15.1 LSA); y subsidiariamente responderán personalmente por todas las deudas sociales los propios socios, ya solidariamente, si el objeto social es mercantil (art. 127 CCom, por remisión del art. 16.2 LSA), ya mancomunadamente, si se trata de un objeto civil (art. 1.698.I CC, por remisión del art. 16.2 LSA) (110).

---

(107) PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1358-1359. Véase también MENÉNDEZ, *AAMN XXX-1*, pp. 49 y ss.

(108) Así, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La sociedad comanditaria por acciones*, en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA dirs., «Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles», XIII, Madrid 1992, pp. 93-94. También ha negado la personalidad jurídica a las sociedades irregulares CAPILLA, *La persona...*, *cit.*, p. 118.

(109) Por todos, ERMAN-WESTERMANN, Vor § 21, Rdz 8; MünchKomm-ULMER, § 705, Rdnr 127 y ss.; SOERGEL-HADDING, § 54, Rz 16. También los citados por PAZ-ARES, *La responsabilidad...*, *cit.*, pp. 144-145, nt. 203.

(110) Respecto de la subsidiariedad de la responsabilidad de los socios colectivos, véase el artículo 237 CCom y las contrapuestas interpretaciones del mismo de GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, *cit.*, pp. 520, 522-525, y PAZ-ARES, *La responsabilidad...*, *cit.*, pp. 165-169. Sobre la subsidiariedad de la responsabilidad de los socios de la sociedad civil, CAPILLA, *La sociedad civil*, Bolonia 1984, pp. 304 y ss. y PAZ-ARES, *Comentario...*, II, *cit.*, pp. 1483, y en ellos las oportunas referencias.

c) Lo prescrito en el artículo 62 LSA justifica que los socios dispongan de un derecho de separación, con análogo fundamento y régimen al previsto en el artículo 15 LAIE. Solución preferible a la de reconocerles las facultades de disolver la sociedad previstas en los artículos 224 CCom y 1.700.4.<sup>o</sup>, 1.705 y 1.707 CC, porque es más consecuente con la voluntad inicial de las partes reflejada en la escritura de sociedad —que no hay razón alguna para entender unánimemente modificada por la unánime nolutad de inscribir— de estructurar corporativamente sus relaciones (111).

d) Por esa misma razón, porque el legislador debe respetar también aquí la autonomía privada salvo que la medida en que lo exija la protección de los terceros, debe afirmarse, como principio general de solución, que las relaciones internas y representativas de las sociedades irregulares se regirán por las normas del tipo de sociedad estatutaria elegido, y no por la disciplina de la sociedad colectiva o de la sociedad civil (112). Las excepciones y matizaciones que sea preciso hacer a dicho principio no son de este lugar; pero sí reiterar que no existe una conexión de Derecho necesario entre responsabilidad ilimitada y estructura personalista.

6.4. La lectura de los apartados precedentes habrá dejado clara la razón de mi oposición a la idea de un concepto normativo (no, como yo pienso, meramente doctrinal, ordenador y lógico) de «asociación en sentido amplio» o de «sociedad general», entendida como la disciplina general de cualquier fenómeno asociativo, que se obtendría de la regulación de la sociedad existente en el Código Civil, adecuadamente depurada de aquellos datos normativos que responden a los elementos del tipo (de frecuencia, no formalizado) de la sociedad civil distintos del origen negocial, el fin común y la comunidad de contribución (113). No es que rechace la existencia de una disciplina común a todos los fenómenos asociativos, definidos por los tres citados elementos; aunque no afirmaré muy deprisa ni que es exclusiva de aquéllos, ni que toda ella está ubicada en el Código Civil. Se trata fundamental-

---

(111) La argumentación de texto es trasladable a todas las sociedades de personas estructuradas corporativamente. Y es lógico que la analogía se localice en la disciplina de las Agrupaciones de Interés Económico: las más «corporativas» de las sociedades contractuales típicas (v. PAZ-ARES, en PAU PEDRÓN coord., *Comentarios...*, cit., pp. 15-16).

Que el derecho de denuncia reconocido a los socios de las sociedades colectivas, comanditarias y civiles puede ser excluido convencionalmente si se sustituye por un derecho de separación, es indudable (GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, cit., p. 637; PAZ-ARES, *Comentario...*, II, cit., p. 1509; en la doctrina alemana, por todos, MünchKomm-ULMER, § 723, Rdnr 50).

(112) PAZ-ARES, *Comentario...*, II, cit., p. 1315; además, las acertadas reflexiones de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La sociedad...», cit., pp. 630-631, quien sin embargo no se pronuncia explícitamente sobre el problema; en contra, MENÉNDEZ, *AAMN XXX-1*, p. 48.

(113) Véanse las notas 6 y 34 de este trabajo.

mente de que, para desempeñar la función que se asigna a dicha «sociedad general» en el sector de los que he venido denominando «fenómenos asociativos atípicos», es preferible el prototipo normativo de la «sociedad contractual» o «sociedad en sentido estricto» (*supra*, apartado 6.1). Y en el ámbito de los aquí llamados «fenómenos asociativos irregulares», una idea como la combatida podría conducir a afirmar que las asociaciones no reconocidas se registrarán por las normas de la sociedad civil —¿y con qué argumento podría negarse la aplicación a las asociaciones no reconocidas del art. 1.698.I CC, especialmente?—; o que por las mismas normas (¿o por las de la sociedad colectiva, si su objeto es mercantil?) se registrarán las relaciones internas y representativas de las sociedades irregulares.

## 7. A MODO DE EPÍLOGO

En las páginas anteriores —acogiendo en no pocos temas tesis, todavía minoritarias, de los profesores Girón, Fernández de la Gándara y, en su última y más acabada elaboración, Paz-Ares—, proponemos la ruptura de binomios aparentemente inescindibles: asociaciones de interés particular-sociedades; interés particular-ánimo de lucro; sociedades-ánimo de lucro; personalidad jurídica-publicidad (al menos fáctica); responsabilidad limitada-publicidad legal; responsabilidad ilimitada-estructura personalista; *Haftung-Herrschaft*. La labor de provocación podría continuar preguntando si no es hora ya de dejar de inventarse «comunidades germánicas con relaciones externas» y sostener que la sociedad de gananciales es una verdadera sociedad con personalidad, o que la comunidad de propietarios tiene personalidad jurídica.

Pero estas son «herejías» cuya propagación, si procede, hay que dejar para tiempos más propicios.

# Autonomía privada y derechos fundamentales<sup>(1)</sup>

JESÚS ALFARO AGUILA-REAL

Area de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I. Introducción. La afirmación de la *Drittwirkung*.— II. El punto de partida: los derechos fundamentales como mandatos de protección dirigidos a los poderes públicos.— III. Las funciones del Tribunal Constitucional, del legislador y de los Tribunales en la garantía de la efectividad de los derechos fundamentales.— IV. Efectos del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales sobre la *regulación* legal de las relaciones entre particulares.— V. Efectos del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales sobre la *regulación autónoma* de las relaciones entre particulares. Planteamiento.— VI. Límites de la libertad de pactos como consecuencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales.— VII. Límites de la libertad de celebración de los contratos como consecuencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales: el problema de la negativa a contratar.— VIII. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN. LA AFIRMACIÓN DE LA *DRITTWIRKUNG*

1. No es exagerado afirmar que la promulgación de la Constitución ha supuesto la alteración más profunda y generalizada que han sufrido todos los sectores de nuestro ordenamiento desde la época de la Codificación. No obstante, es igualmente cierto que ha sido el Derecho Privado del tráfico el que en menor medida se ha visto afectado por la

---

(1) El contenido de este trabajo fue objeto de discusión en el Seminario de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. El autor desea manifestar su agradecimiento a los participantes en el mismo y a los profesores Cándido Paz-Ares, Fernando Pantaleón y Manuel Aragón que han leído distintas versiones de este trabajo y han hecho comentarios de gran utilidad. El agradecimiento se hace extensivo a Antonio Troncoso, Magdalena Nogueira, Lourdes López Cumbre y M. Angel Limón.

norma fundamental. La razón se percibe fácilmente si se tiene en cuenta que la Constitución no alteró el sistema económico de mercado (fundamento del Derecho Privado del tráfico) y mantuvo su unidad (en el reparto de competencias con las Comunidades autónomas) y que, por tanto, no parecían deducirse de su vigencia consecuencias trascendentales para el ordenamiento privado preexistente en 1978. Esta es, probablemente, la razón que explica la (relativamente) escasa atención que nuestros privatistas han dedicado a los efectos que, sobre el Derecho Privado, resultan del reconocimiento y la garantía constitucional de los derechos fundamentales. En las páginas que siguen nos proponemos realizar una modesta aportación al análisis de este conjunto de cuestiones. En concreto, trataremos de examinar en qué medida y de qué forma están vinculados por los derechos fundamentales los distintos poderes públicos que actúan en el tráfico privado (básicamente el legislador y los jueces y tribunales) (*infra* II-IV) y en qué medida y de qué forma lo están los propios particulares cuando se relacionan con otros sujetos igualmente titulares de derechos fundamentales (*infra* V-VII).

2. El *status quaestionis* respecto a este conjunto de problemas es bastante insatisfactorio (2). Si bien las discrepancias respecto a la solución de los casos planteados no son grandes, no hay consenso acerca de la fundamentación dogmática de tales soluciones (3). Así, existe unanimidad respecto a que los derechos fundamentales vinculan directamente a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE); también existe amplio acuerdo respecto a que los derechos fundamentales han de tener algún tipo de *vigencia social* en el sentido genérico de que los particulares deben gozar de algún tipo de protección en el ejercicio de sus derechos fundamentales frente a su no reconocimiento por parte de otros particulares; asimismo, se admite generalizadamente que el reconocimiento de los derechos fundamentales implica consecuencias *diferentes* para poderes públicos y particulares. El problema central consiste en diseñar una construcción dogmática que dé cuenta de tales conse-

---

(2) Para la exposición del *status quaestionis* puede consultarse, entre nosotros, J. GARCÍA TORRES/A. JIMÉNEZ-BLANCO *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986; sobre la evolución en Alemania, de donde procede la discusión v. J. SCHWABE, «Bundesverfassungsgericht und «Drittwirkung» der Grundrechte» *AöR* 100 (1975) p. 442 ss.; entre las aportaciones de los privatistas, la más influyente es, sin duda alguna, la que ofrece K. W. CANARIS, «Grundrechte und Privatrecht» *AcP* 184 (1984), p. 210 ss.

(3) Esto explica que R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, 1986 pp. 481 ss., considere que todas las doctrinas sobre la *Drittwirkung* conducen a resultados similares. A nuestro juicio, la apreciación es correcta (v. por ejemplo, la exposición de T. QUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, p. 73 ss.) no porque la cuestión sea irrelevante, sino porque, como veremos, de la afirmación de la *Drittwirkung* tal y como la entiende gran parte de nuestra doctrina se deducen muy pocas limitaciones para la solución de los casos concretos.

cuencias y responda a la valoración constitucional que ha sintetizado el art. 10.1 CE al consagrar un equilibrio entre el respeto a la autonomía individual («libre desarrollo de la personalidad») y el respeto a la dignidad humana (y a «los derechos inviolables que le son inherentes»).

3. La forma más simple de explicar tales consecuencias consiste en afirmar que los derechos fundamentales vinculan no sólo a los poderes públicos, sino también a los demás particulares, lo que conduce a postular la eficacia inmediata en las relaciones entre particulares de los derechos fundamentales (*unmittelbare Drittwirkung*), es decir, el carácter vinculante de los derechos fundamentales para los demás particulares sin necesidad de la mediación legal. En su formulación inicial, debida a Nipperdey (4), la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales se concebía como una garantía limitada en un doble sentido: subjetivamente, sólo debía operar en las relaciones sociales estructuralmente desiguales, esto es, entre individuos y «poderes (privados) sociales»; objetivamente, sólo algunos derechos tenían *Drittwirkung*, fundamentalmente, el derecho a no ser discriminado y la libertad de expresión (5). Lógicamente, bastará la crítica de la posición

---

(4) «Si incluso el Estado está vinculado por los derechos fundamentales, mucho más lo estarán los ciudadanos» La tesis de la *Drittwirkung* fue formulada originariamente en H.C NIPPERDEY, *Die Würde des Menschen*, 1954, al cual no hemos podido acceder (en nuestra literatura informa al respecto, GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales* pp. 21 ss.). Esta doctrina no fue aceptada por el Tribunal Constitucional alemán, y se encuentra en una posición muy minoritaria en la doctrina alemana. Incluso el propio Nipperdey modificó su opinión en L. ENNECCERUS/H.C. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, en L. ENNECCERUS- Th.KIPP-M. WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I-1, 15 ed., Tubinga 1959 p. 93 ss., expresamente p. 97, aceptando la crítica de Dürig tras la sentencia *Luth* del Tribunal Constitucional alemán en el sentido de que la posición de particulares y del Estado en relación con los derechos fundamentales no podía ser idéntica. Aunque seguía afirmando la eficacia directa de los derechos fundamentales, en realidad sus referencias no son a los actos de los particulares sino al Derecho privado. Sobre la situación actual en la doctrina alemana, v. CANARIS, AcP 184 (1984) p 203; sobre la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, v. *infra* II.6.

(5) V. GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, pp. 22-23; en ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, p. 98 ss. se añade la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, la libertad de asociación, el secreto de las comunicaciones etc. Sin embargo, prácticamente todos los ejemplos aducidos por Nipperdey son relativos al derecho del trabajo. En nuestro país, puede afirmarse que la doctrina se ha pronunciado mayoritariamente a favor de la eficacia entre particulares de derechos fundamentales; v., por ejemplo, A.E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1988 p. 67; L. PRIETO SANCHIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1990, p. 205 ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO/M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid 1986, p. 268 ss. en relación con la discriminación; M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ «La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional» en AAVV *Derecho del Trabajo y Constitución*, Madrid, 1992, pp. 161 ss. p. 173; F. VALDÉS DAL-RE, «Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador» *Relaciones laborales*, 1990, n. 8 p. 289; J. L. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Madrid, 1988, p. 41; MOLINA NAVARRETE «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los dere-

de Nipperdey para que podamos descartar, igualmente, las propuestas más ambiciosas que pretenden la extensión de la eficacia horizontal a todos los derechos fundamentales. Las objeciones que cabe dirigirles son de muy diversa índole.

a) La primera es de carácter *positivo*. Aún cuando ha de admitirse que no proporcionan datos concluyentes, los preceptos constitucionales relativos a los derechos y sus garantías permiten deducir, en efecto, que los destinatarios de tales normas son sólo los poderes públicos (6). Así, el art. 53.1 CE sólo declara expresamente vinculados por los derechos fundamentales a los poderes públicos (7). Una declaración semejante no se contiene en relación con los particulares (8). Es cierto que el art. 9.1 CE afirma la sujeción a la Constitución de poderes públicos y particulares, pero a nuestro juicio, tal precepto se limita a recordar el sometimiento de poderes públicos y particulares *al Derecho* y no permite en modo alguno identificar el término «sujeción» con el de «vinculatoriedad» del art. 53 CE (9). Si esta equiparación fuera correcta, sería incomprensible que el constituyente repitiera la vinculación de los poderes públicos en el art. 53 CE, donde ya los particulares no apa-

chos fundamentales» RTSS, 3(19913), por ejemplo, p. 79 y 81 p. 93; M. BALAGUER, *El derecho fundamental al honor*, Madrid, 1992, p. 147 ss., en relación con el derecho al honor; J. BALLARÍN IRIBARREN «Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La «Drittwirkung» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional» REDC 1988 p. 283 ss., p. 291; sobre el principio de igualdad entre particulares, v. *infra* VII.

(6) Esto es mucho más evidente en el Derecho alemán, *cfr.* GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, p. 19 ss. y sobre todo, K.W. CANARIS, «Grundrechtswirkungen und Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts», JuS 1989 p. 162.

(7) Esto vale para el legislador, el Tribunal constitucional, la administración de justicia y la administración pública. Dado el carácter normativo de los convenios colectivos en nuestro país, también vinculan a éstos los derechos fundamentales de los trabajadores: v., por ejemplo, art. 17.1 ET y, por todos, M. RODRÍGUEZ PIÑERO, «Comentario al art. 17.1 ET» en E. BORRAJO (dir), *Comentarios a las leyes laborales*, tomo V, Madrid, 1983; v. recientemente la STC 145/91 de 1.7 y STC 9.3.92.

(8) *Contra* BALLARÍN, REDC 1988 p. 289; igualmente se pronuncia en sentido contrario PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 210.

(9) V. al respecto, por todos, F. GARRIDO FALLA, en F. GARRIDO FALLA/M. BAEÑA DEL ALCÁZAR/R. ENTRENA CUESTA, *La administración en la Constitución*, Madrid, 1980 p. 18 ss. quien recuerda que el que el art. 9.1 proviene del art. 20.3 de la Constitución alemana, que se refiere exclusivamente a los poderes públicos y que, de hecho, el añadido de los ciudadanos es completamente inútil y responde claramente a la experiencia histórica de un país en el que las violaciones de la Constitución (golpes de Estado) han procedido de instancias ajenas a los poderes públicos. En realidad, como señalamos en el texto, el art. 9.1 se limita a recordar el sometimiento de todos al Derecho. La opinión contraria, sin embargo, está bastante extendida, v. por ejemplo, RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 268; PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 210 quien mantiene, sin embargo, la distinción entre el art. 9.1 y el art. 53 CE sobre la base de afirmar que los particulares están obligados a respetar los derechos fundamentales, pero no a satisfacerlos o protegerlos.

recen y que, junto a la Constitución, aparezca el resto del ordenamiento jurídico en el art. 9.1 CE. Esta interpretación resulta reforzada por el hecho de que en el art. 53.1 CE aparezca la reserva de ley como límite a la regulación de los derechos fundamentales. En efecto, «la posibilidad de limitar los derechos fundamentales por los particulares —especialmente a través de negocios jurídicos— no está regulada en absoluto en la Constitución, a pesar de que debería estarlo si los derechos fundamentales vincularan directamente a los particulares» (10). Si el constituyente hubiera pretendido regular los efectos de los derechos fundamentales en relaciones entre particulares habría establecido, —además de afirmar su carácter vinculante para todos— una prohibición de su limitación o supresión (no sólo por ley sino también) por contrato.

Además, un repaso del articulado que recoge la declaración de derechos confirma esta conclusión. Es evidente respecto a los principios rectores de la política económica y social («Los poderes públicos aseguran...» art. 39 CE; «la ley garantizará» art. 37 CE; «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad social» art. 41 CE etc.) y bastante clara en el caso de los derechos protegidos por el recurso de amparo (arts. 14 a 29 CE) en cuanto que al reconocimiento del derecho sigue una referencia a sus límites o excepciones *por ley* (p. ej. arts. 19; 20; 21; 28 CE ...). El art. 18.3 CE se refiere a la «resolución judicial» como excepción al secreto de las comunicaciones, lo que significa que «crea un derecho subjetivo que vale sólo... frente a los poderes públicos» (11). En el caso de los derechos de prestación, alguno de los cuales, como el derecho a la educación (art. 27 CE), está protegido por el recurso de amparo, es evidente que sus destinatarios son sólo los poderes públicos. Sería precisamente su vigencia entre particulares lo que habría que calificar como abiertamente inconstitucional (12). Puede señalarse, además, que el art. 41.2 LOTC exige un acto de los poderes públicos como presupuesto del recurso de amparo, requisito que se reproduce en el art. 43.1 y en el art. 44.1 (ambos de la LOTC) respecto a los órganos judiciales (13).

b) La segunda objeción es de orden *valorativo*. La *Drittwirkung* inmediata —que, por ej., conduce a afirmar que la libertad de expresión o la prohibición de discriminación tienen eficacia horizontal—

---

(10) CANARIS, AcP 184 (1984) p. 204. El argumento es contundente. La reserva de ley se encuentra justo tras la afirmación de la vinculatoriedad a los poderes públicos.

(11) J. JIMÉNEZ CAMPO «La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones» REDC 20 (1987) p. 56.

(12) Así, STC 129/89 referida al derecho a elegir turno de trabajadores que realizan simultáneamente estudios; PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 210.

(13) Es cierto que, como señala un sector muy importante de la doctrina, el argumento no es definitivo, en cuanto que el hecho de que un derecho no sea protegido mediante el recurso de amparo no significa que carezca de reconocimiento o existencia constitucional; así, E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, p. 377 y RODRÍGUEZ-PINERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 269; GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, pp. 59 ss., p. 63; sobre este problema v. *infra* III.



contradice valoraciones fundamentales de nuestra Constitución (14) al limitar indebidamente el derecho de los particulares a disponer de su esfera jurídica como tengan por conveniente. En efecto, una sociedad libre —y una economía de mercado— tienen como correlato un sistema jurídico-privado basado en que las decisiones individuales no necesitan justificarse (valen porque son queridas, aunque sean absurdas o injustas objetivamente [*stat pro ratione, voluntas*]) (15). Las personas, en el ejercicio de su autonomía individual, asumen voluntariamente limitaciones a sus derechos en función de otros intereses, y dichas limitaciones no sólo son perfectamente «constitucionales» sino que constituyen manifestaciones evidentes del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ámbito en el que el Estado no puede interferir injustificadamente (art. 10.1 CE) (16).

Este tipo de autolimitaciones son muy frecuentes. Así, por ejemplo, y dejando al margen casos dudosos (17), los trabajadores que se comprometen a trabajar en domingo al autolimitan su derecho al ejercicio de la libertad reli-

(14) Al margen de que, llevada a sus últimas consecuencias, produciría consecuencias absurdas, como las señaladas por GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales* p. 15.

(15) V. J. ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 56 ss. con más indicaciones.

(16) v. *infra* V. La protección constitucional de la libertad contractual no constituye desgraciadamente todavía «un lugar común» en nuestra literatura jurídica (v. una excepción, con más indicaciones, en M. ARAGÓN, «Las fuentes. En particular el problema de los Estatutos de los Bancos y de las circulares del Banco de España» en R. GARCÍA VILLAVARDE (dir), *Contratos bancarios*, Madrid, 1992, pp. 39-41). La tradición *iusnaturalista* de nuestra doctrina privatista (v. sobre todo, F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 cap. I) y la insistencia de la actual (especialmente la más progresiva) en la necesidad de limitar los abusos de la libertad contractual han ocultado la estrecha relación entre la libertad contractual y valores fundamentales del ordenamiento como la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad. En el tema que nos ocupa, los efectos no han tardado en dejarse sentir. Así, es frecuente que se acepte sin discusión la validez de una regulación (legal o reglamentaria) que establezca límites a la libertad de contratación injustificados. Para un planteamiento acorde con el aquí expuesto y muy extendido en la doctrina alemana, v. especialmente K.W. CANARIS, «Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermassverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht», *JZ* 1987 p. 994-995 donde enfatiza que afirmar la protección constitucional de la libertad contractual —como derecho subjetivo— es importante porque tiene como efecto principal la exigencia de proporcionalidad y necesidad para todas las intervenciones legislativas o administrativas que limiten tal libertad; v. también, otros dos trabajos del mismo autor en *AcP* 184 (1984) p. 205 y *JuS* 1989 p. 162, con referencias; recientemente v., W. ZÖLLNER, «Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen» en LUTTER/ULMER/ZÖLLNER, *100 Jahre GmbH-Gesetz*, Colonia 1992, p. 85 ss, p. 100.

(17) Como, por ejemplo, el del contrato de arrendamiento de una vivienda por el que el arrendatario se compromete a no contraer matrimonio durante un período de tiempo, que se ha considerado nulo (v., QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, p. 74), aún cuando, a nuestro juicio, es susceptible de producir efectos jurídicos, v. al respecto, *infra* V.4

giosa (18). Los trabajadores que aceptan trabajar en una empresa «de tendencia» tienen limitada su libertad de expresión (19). Muchos contratos entre empresarios (de distribución fundamentalmente) implican limitaciones temporales al derecho a la libre iniciativa económica (art. 38 CE) o al libre ejercicio de la profesión u oficio (art. 35.1 CE) —pactos de prohibición de competencia— (20) etc. Es más, los derechos de dominio (propiedad en todas sus manifestaciones) prevalecen sobre los derechos de los arts. 14 a 29 CE en muchos casos: un propietario de un inmueble no tiene por qué soportar que alguien ejercite la libertad de manifestación en su inmueble ni aún cuando al inmueble tenga acceso el público.

Al margen de lo anterior, la protección de la intimidad y de la libertad individual obligan a aceptar que los particulares pueden ser arbitrarios (y discriminatorios) en la selección de sus cocontratantes y en la regulación de sus relaciones con ellos (21) e —igualmente— que no tengan por qué justificar sus decisiones (22).

Así, el titular de una vivienda puede discriminar a los que tienen acceso a ella (art. 14 CE) sin alegar justificación alguna. Alguien puede decidir no comprar nunca en una tienda regentada por un árabe por motivos puramente racistas sin que sea posible obligarle a contratar.

c) Estos argumentos tienen alguna eficacia incluso sobre los partidarios de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares que, como hemos señalado, admiten que la posición de los poderes públicos y la de los particulares no pueden ser equiparadas en relación con los derechos fundamentales (23) y que vinculan a los particulares «en términos mucho más atenuados y con-

(18) Así, STC 19/85 13. (BOE 5.3) y STS 30.10.78. En la primera resolución, se trataba de una conversa que pretendía de su empleador modificar su horario de trabajo para poder cumplir sus obligaciones religiosas. En la segunda, de un trabajador que se negaba a construir armas; al respecto v. M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ «Libertad ideológica y prestación de servicios» *Relaciones Laborales*, 1985 II p. 429. Sobre las consecuencias jurídicas en estos supuestos v. *infra* IV.4 con otras indicaciones.

(19) V. al respecto, ampliamente, FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Relaciones laborales*, 1985 II, p. 421 ss.

(20) V. la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 7.2.90 NJW 1990 p. 1469 ss. criticada ampliamente por C. HILLGRUBER, «Grundrechtsschutz im Vertragsrecht» AcP 191 (1991) p. 69 ss.

(21) V. especialmente, *infra* VII.

(22) V. al respecto, K. COLE, «Federal and State “State action”: the Undercritical Embrace of a Hypercriticized Doctrine» *Georgia L. Rev.* 24 (1990) p. 326 ss., p. 368 señalando que una prohibición genérica de discriminar obligaría a la gente a explicar por qué actúa en una forma y otra y, a la larga, se reduciría el «ejercicio de derechos potencialmente impopulares o de derechos por razones que pueden ser malentendidas».

(23) P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional y poder judicial*, Madrid, 1985 p. 184 citando a S. VARELA DÍAZ «La idea de deber constitucional» REDC 4 (1982) p. 71. Esta es la concepción que, a nuestro juicio, se deduce también de otras exposiciones: así, QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo, passim*, pp. 68 ss. esp.; PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 214.

dicionados» (24), entre otras razones porque hay que hacer compatible dicha vigencia con el respeto a la autonomía privada. Estas matizaciones ponen al descubierto la debilidad *metodológica* de la doctrina que criticamos (25): la *Drittwirkung* inmediata es un instrumento demasiado simple para resolver problemas prácticos tan variados y complejos como los que plantea la vigencia social de los derechos fundamentales. En realidad, afirmar la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales no es dar una respuesta, sino sólo plantear la pregunta de los efectos que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales tiene en las relaciones entre particulares (26). Nadie ha negado nunca que tal reconocimiento tenga efectos sobre las relaciones entre particulares (27). Lo que se discute es cuáles son y de qué modo han de lograrse esos efectos, y la sim-

---

(24) S. Tribunal Central de Trabajo 20.2.87 citada y aprobada por MOLINA, RTSS, 3 (1991) p. 78 nota 38. Esta forma de hablar oculta un uso incorrecto del lenguaje: no se dice lo mismo cuando se afirma que los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos que cuando se dice que los derechos fundamentales vinculan a los particulares; más matizada es la posición de PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 209.

(25) No es que «ontológicamente» no sea posible la extensión de la eficacia de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares. Tiene razón, al afirmarlo, PRIETO *Derechos fundamentales*, p. 209. Pero, en sentido contrario, tampoco nos parece correcto afirmar que existan derechos que «ontológicamente» estén llamados a desplegar su eficacia en relaciones entre particulares, como suele afirmarse en relación con el derecho de huelga (art. 28.2 CE), la cláusula de conciencia (art. 20.1 d) CE) o la libertad de cátedra (art. 20.1 c) CE) (derechos «que por su propia estructura tienen influencia directa ilimitada en las relaciones entre particulares» QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, pp. 55-56; E. ALONSO, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, p. 376; RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 269 y M. RODRÍGUEZ PIÑERO, «Principio de igualdad y Derecho del Trabajo» en AAVV, *Principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid 1991, II p. 1084). A nuestro juicio, podrá decirse que la no imposición de obligaciones a otros particulares de respeto hacia los citados derechos reduce extraordinariamente su vigencia social, pero en ningún caso cabe afirmar que un derecho de huelga o una libertad de cátedra sólo frente a los poderes públicos constituya una declaración sin sentido, sobre todo si recordamos los tiempos en los que la huelga era considerada como un delito y los profesores disconformes con el régimen político eran separados de sus cátedras.

(26) Prueba de ello es la escasa precisión con que una parte de la doctrina española utiliza la expresión *Drittwirkung* en este contexto; v., por ejemplo, PÉREZ LUÑO, *Derechos fundamentales*, p. 67 quien afirma que la interpretación sistemática del art. 53 en relación con el art. 9.1 CE «avala la extensión del carácter vinculatorio de los derechos fundamentales no sólo a los poderes públicos sino también a todos los ciudadanos. De forma que en nuestro sistema constitucional no debe existir ninguna reserva... para admitir una *Drittwirkung* de los derechos fundamentales» y en p. 23 señala sin embargo que la *Drittwirkung* hace necesaria la «actuación de los poderes públicos» lo que parece hacer referencia a que dicha eficacia no es *inmediata*, sino que se produce a través de la actuación de los poderes públicos; tampoco es demasiado preciso, MOLINA, RTSS, 3 (1991), p. 79 y 81, p. 93.

(27) La opinión contraria sólo puede ser mantenida en un entorno que conciba la Constitución exclusivamente como un marco *limitador* de la actividad estatal, lo que sucede cabalmente con un sector importante de la doctrina norteamericana; v., al respecto, *infra* II.3.

ple afirmación de que algunos derechos fundamentales tienen *Drittwirkung no proporciona criterio alguno* para su delimitación. Como tendremos ocasión de comprobar, sólo afirmando la necesidad de mediación de los poderes públicos es posible dar respuestas ajustadas a la variedad de casos que se han planteado en la jurisprudencia constitucional.

d) Por último, postular la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales contradice el carácter democrático de nuestro Estado en la medida que, dado que son los jueces los que imponen coactivamente la *Drittwirkung*, supone atribuir a los jueces una competencia que sólo puede ser del legislador: la de determinar el equilibrio entre el respeto a la libertad individual y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (28).

## II. EL PUNTO DE PARTIDA: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO MANDATOS DE PROTECCIÓN DIRIGIDOS A LOS PODERES PÚBLICOS

1. Como hemos señalado, incluso los partidarios de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares reconocen que la posición de los poderes públicos y de los particulares no es idéntica. En efecto, mientras el Estado es sólo *sujeto pasivo* (obligado) de los derechos fundamentales, los particulares son *sujetos activos* (titulares) de tales derechos (29). Consecuentemente, el problema se plantea de forma muy diversa en relación con el Estado o con el particular. Frente al Estado, el problema consiste en decidir si alguno de sus órganos ha infringido el derecho de un particular mientras que en relación con el particular el problema consiste en dilucidar cómo se resuelve una *colisión entre derechos*. En la medida en que corresponde al Derecho resolver tales conflictos, el problema en las relaciones entre particulares se plantea como *un dilema para el Estado*: no intervenir legitimando el resultado de la actuación libre de los particulares, o intervenir afectando a esferas individuales protegidas por derechos fundamentales

---

(28) Como tendremos ocasión de argumentar en detalle, afirmando la *Drittwirkung* podría llegarse a la absurda consecuencia de que la jurisprudencia podría imponer límites al desarrollo legislativo mediante el expediente de fundar las soluciones judiciales no en la ley sino en la Constitución (v. *infra* III.2).

(29) Sobre la posibilidad de que personas jurídico-públicas sean titulares de derechos fundamentales, ofreciendo una respuesta negativa, v. J.M. DÍAZ LEMA, «¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?», en *Introducción a los derechos fundamentales* (X Jornadas D.G. Ser. Jur. Estado), Madrid, 1988 II p. 1153 ss. esp. pp. 1175 ss.

(30). Por lo tanto, debe aclararse inmediatamente que el problema no se limita a determinar —mediante el «balance equilibrado» entre derechos fundamentales— cuándo alguien tiene derecho a que se respete por otro particular su derecho a la igualdad o a la libre expresión de ideas etc., sino que es necesario decidir si tal interés debe prevalecer (no sólo frente al otro derecho implicado sino también) frente al derecho de los particulares (incluido el del sujeto aparentemente protegido) a que el Estado no interfiera en su actuación individual (protegida por la libertad genérica de actuación, la libertad de expresión, la libertad contractual, el derecho de asociación, derecho a la intimidad etc.) (31).

2. De conformidad con este punto de partida, el problema de la vigencia social de los derechos fundamentales debe plantearse a partir de *la forma en que vinculan a los poderes públicos*. Los derechos fundamentales vinculan a los poderes públicos como mandatos para que respeten la esfera de libertad reconocida a los ciudadanos (*prohibición de intervención*) y, simultáneamente, como mandatos para que establezcan medios de protección eficaces frente a su infracción por otros particulares (*exigencias de protección*) (32). Del cumplimiento equilibrado de estas dos funciones resulta la garantía de la *vigencia social* de los derechos fundamentales: «es decir, la garantía de los derechos fundamentales frente a los particulares a

---

(30) Esta concepción coincide con la mantenida por un sector de la doctrina norteamericana en relación con la *State action* (v. *infra*, notas 36-37); v., J.E. NOWAK/R. D. ROTUNDA/J. N. YOUNG, *Constitutional Law* 3, St. Paul Minn. 1986, § 12.5. p. 448 (con indicaciones doctrinales en p. 450: cuando el Estado permite que sus ciudadanos discriminen a otros, está optando implícitamente por el derecho de uno frente a otro. Por lo tanto, hay *infracción del derecho por parte del Estado* cuando dicho «balance» es incorrecto; v. también, Th. G. QUINN, «State Action: A Pathology and a Proposed Cure» 64 *Cal. L. Rev.* 1976 p. 146 ss. p. 155.

(31) V., ampliamente, *infra* IV ss. Por esta razón no pueden identificarse los términos «contenido esencial» de un derecho y «mínimo de protección». Ambos términos son sinónimos cuando se trata de evaluar la constitucionalidad de reglas elaboradas por los poderes públicos para regular las relaciones entre particulares. Ahora bien, constituyen parámetros diferentes cuando lo que se enjuicia es la «constitucionalidad» de la regulación que los particulares se dan a sí mismos en el ejercicio de la autonomía privada. Al escrutar la compatibilidad de la regulación autónomo-privada con la Constitución, el juez no está legitimado para exigir que la regulación privada garantice el contenido esencial de los derechos fundamentales de los contratante. Por el contrario, ha de limitarse a garantizar únicamente que al declarar válido el contrato, él mismo —como juez— no está infringiendo el mandato de protección que le impone la constitución. V. más detall. *infra* V.

(32) Cfr. CANARIS, ACP 184 (1984) p. 210 ss.; L. HENKIN «*Shelley v. Kraemer*: Notes for a Revised Opinion» *U. Pa L. Rev* 110 (1962) p. 473 ss. p. 487 ss.; entre nosotros, O. ALZAGA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1979 p. 347 y sobre todo, P. CRUZ VILLALÓN, «Derechos fundamentales y Derecho privado» *Academia Sevillana del Notariado*, (1988) p. 97 ss.; también puede verse, J. JIMÉNEZ CAMPO, REDC 20 (1987) pp. 57-58; P. PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional*, p. 187; sobre la función de los derechos fundamentales como mandatos de protección, en general, E. KLEIN «Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates» *NJW* 1989 p. 1633 ss.

*través de y por medio del Estado»* (33). Consiguientemente, la vinculación de los poderes públicos a la Constitución permite hablar de la existencia de un «*derecho fundamental a la tutela (no sólo judicial) efectiva*» (34), en cuanto que los poderes públicos no sólo han de abstenerse de intromisiones ilegítimas en la esfera jurídica de los particulares, sino que están obligados también a garantizar a los particulares un *mínimo* de protección frente a su desconocimiento por parte de otros particulares (arts. 1; 9.2 y 53.1 CE).

3. Tal afirmación es una obviedad respecto de Constituciones que contienen una cláusula de *estatalidad social* como la nuestra (art.1 CE) y que ordenan al Estado que remueva los obstáculos para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos sean reales (art. 9.2 CE). La opinión contraria sólo puede ser mantenida en un ámbito constitucional donde la Carta Magna sea concebida exclusivamente como un instrumento limitador de los poderes estatales, como sucede con un sector muy importante de la doctrina respecto a la Constitución norteamericana (35). Como es conocido, en el Derecho Constitucional norteamericano, sólo los poderes públicos pueden ser acusados de haber violado la constitución (salvo el caso especial de la decimotercera enmienda que prohíbe la esclavitud) y, por lo tanto, un particular que considere infringido un derecho fundamental por la actuación de otro particular carece de acción *ex Constitutione* y ha de probar que en la actuación del otro particular había *State action*, es decir, que de algún modo podía imputarse a un poder público la actuación del demandado. Para lograr la eficacia entre particulares de derechos fundamentales es necesaria la intervención del legislador federal o estatal y, en tal caso, el tribunal habrá de comprobar si el legislador tenía el poder para limitar la libertad de actuación de los particulares con la finalidad de salvaguardar derechos fundamentales (36). Pues bien, este sector doctrinal afirma

---

(33) CRUZ VILLALÓN, ASN, 1988 p. 97 ss., p. 101. Como ha recordado este autor, en la teoría clásica del Estado «el poder político nace y se legitima como poder frente a los particulares en la medida en que es capaz de asegurar dichos bienes (la libertad, la seguridad y la propiedad) en las relaciones entre los individuos». La doctrina constitucionalista alemana señala que el fundamento de tal deber se encuentra en el monopolio de la violencia que asume el Estado y que priva del derecho a la autodefensa a los particulares (*protectio trahit subiectionem - subiectio trahit protectionem*): v. KLEIN, NJW 1989, p. 1636, con más indicaciones.

(34) (*Grundrecht auf Schutz*). La expresión la hemos tomado de G. HERMES, «Grundrechtsschutz durch Privatrecht auf neuer Grundlage» NJW, 1990 p. 1764 ss., p. 1765 y 1767; v. también, ALEXY, *Theorie der Grundrechte* p. 488 y 489: «el ciudadano tiene un derecho a que se tengan en cuenta en la medida necesaria los principios relativos a los derechos fundamentales correspondientes a su posición»; v. STC 129/89 (BJC 100-101 [1989] p. 1303) que reproduce la misma idea.

(35) Para una comparación entre ésta y las constituciones «keynesianas» como la alemana, española o italiana, v. D.P. CURRIE, «Positive and Negative Constitutional Rights» *U. Chi. L. R.* 53 (1986) p. 864 ss., quien reconoce que los constituyentes norteamericanos «were not modern social democrats» (p. 871-872).

(36) Para la información sobre la *State action*, puede verse, NOWAK/ROTUNDA/YOUNG, *Constitutional Law*<sup>3</sup>, p. 421 ss.; LOCKHART y otros, *Constitutional Law*<sup>6</sup>, St. Paul (Minn), 1986 p. 1410 ss. En todo caso, en el análisis de la situación en los Estados Unidos debe tenerse en cuenta que en los *Civil Rights cases* donde se sentó esta

expresamente que los derechos fundamentales limitan la actuación del Estado sólo negativamente y no le obligan a actuar para proteger a unos ciudadanos frente a otros, porque no hay una obligación constitucional para los Estados de la Unión de intervenir en los conflictos entre particulares: «no hay un derecho constitucional a ser protegido por el Estado contra la posibilidad de ser asesinado por criminales o locos. Es monstruoso si el Estado no protege a sus residentes contra tales criminales, pero no infringe la *due process clause* de la enmienda 14.<sup>a</sup> ni —entendemos— ninguna otra norma de la Constitución. La Constitución es una carta de libertades negativas; ordena al Estado que deje en paz a la gente; no obliga ni al gobierno federal ni a los Estados a que proporcionen servicios, ni siquiera un servicio tan elemental como el mantenimiento de la ley y el orden» (37). En realidad, responde a la corriente contraria al «activismo judicial» que ha llevado a jueces muy conservadores al Tribunal Supremo bajo el mandato de Reagan. El argumento es de carácter democrático: la lucha contra la discriminación racial —problema fundamental de fondo— debe realizarse en la arena política (en el debate legislativo), no en los tribunales federales (38).

---

doctrina se estaba discutiendo, en realidad, una cuestión de competencias entre la federación y los Estados. Lo que el Tribunal Supremo afirmó fue que el Congreso no podía utilizar la 14.<sup>a</sup> enmienda (*due process and equal process clause*) a la constitución para promulgar normas que regulasen relaciones entre particulares, competencia que correspondía a los Estados: v. al respecto, QUINN, 64 *Cal. L. Rev.* 1976 p. 146 ss. pp. 149-151 y recientemente, con más indicaciones, H.C. STRICKLAND «The State Action Doctrine and the Rehnquist Court» *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 18 (1991) p. 587, p. 591 ss.

(37) Así, el Juez Posner, en *Jackson v. City of Joliet* 715 F.2d 1200, 1203 (7th Cir), *cert. denied*. 465 US 1049 (1983). Un automóvil sufrió un accidente y comenzó a arder. Un policía llegó al sitio del accidente y comenzó a desviar el tráfico sin preocuparse de si había gente en el coche. Los ocupantes murieron y sus herederos demandaron a la ciudad porque el policía y, por tanto, la ciudad habían privado a los ocupantes de su derecho a la vida por omisión; conforme, STRICKLAND, *Hastings C.L.Q.*, 18 (1991) p. 608 nota 111. Expresiones similares pueden encontrarse en recientes decisiones del Tribunal Supremo norteamericano, v. A.R. MADRY «State Action and the Obligation of the States to Prevent Private Harm: the Rehnquist Transformation and the Betrayal of Fundamental Commitments» *South. Cal. L.R.* 65 (1992) p. 781 ss., p. 783-784 que recoge igualmente la cita de Posner en p. 798-799; para las posiciones contrarias, v. además del anteriormente citado, entre muchos, Ch. BLACK «The Supreme Court. 1966 Term. Foreword: «State Action», Equal Protection, and California's Proposition 14» *Harvard L. Rev.* 81 (1967) p. 69 ss., pp. 98: «equal protection of the laws against racism is always denied if law... is not being used to eradicate racial inequality»; HENKIN, *U. Pa. L. R.* 110 (1962) p. 473; QUINN, *Cal L. Rev.*, 146 (1976) p. 146 ss.; L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola (NY) 1988 pp. 1691 ss., con un planteamiento que resulta —si lo hemos entendido bien—, sustancialmente conforme con el sostenido aquí: v. por ej. p. 1706: el problema es «whether government actors can constitutionally decide to leave certain kinds of decisions to private actors»; matizadamente, reconociendo un deber de intervención del Estado en determinadas circunstancias, S. SUNDBY, «Is Abandoning State Action Asking Too Much of the Constitution?» *Hastings C. L. Q.*, 17 (1989) p. 141.

(38) Los conflictos entre particulares deben ser resueltos «a través del proceso político o a través de decisiones legales reversibles mas que a través de decisiones judiciales de aplicación de la enmienda 14.<sup>a</sup>»: v. STRICKLAND, *Hastings C.L.Q.* 19 [1991]

4. Esta concepción es, además, la que se deduce, a nuestro juicio, de la jurisprudencia constitucional que ha negado expresamente la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares pero que afirma la «vigencia social» de los derechos fundamentales a través del deber de los poderes públicos de proteger tales derechos (39). Estas ideas quedan expresadas claramente en la S. 18/84, de acuerdo con la cual los arts. 53.2 y 161.1 CE y 41.2, 42, 43 y 44 LOTC:

«no debe(n) interpretarse en el sentido de que sólo sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos... lo que sucede, de una parte, es que existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos... y, de otra, que *la sujeción de los poderes públicos a la Constitución se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social*, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales en el ámbito de sus funciones respectivas» (40).

---

p. 612 nota 129 con más indicaciones; sobre el debate acerca de la función de la *judicial review*, v. críticamente, G. CALABRESI, *The Supreme Court 1990 Term. Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (what the Bork-Brennan Debate Ignores)* *Harvard L. Rev.* 105 (1991) p. 80 ss., quien califica de igualmente activistas a los jueces conservadores y recuerda que la función del *judicial review*, esto es, del control de constitucionalidad de las decisiones legislativas responde, principalmente, a la necesidad de garantizar, por vía judicial, la protección de las minorías infrarrepresentadas en la lucha legislativa.

(39) STC 75/84 de 27.6 (BOE 30.7): «ni del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales ni de la proclamación que la Constitución hace de otros bienes jurídicos que sin ser propiamente derechos, deben ser respetados y protegidos por el Estado, nace para los ciudadanos (titulares todos ellos frente al Estado de los derechos fundamentales) obligación alguna conminada con la amenaza de sanción penal»; *contra*, RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 271 ss. que afirman que el Tribunal Constitucional se ha mantenido en la indefinición; v. también, las SSTC 34/84 de 9.3 y 161/91 de 18.7, ambas comentadas por FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, pp. 217-218 quien, no obstante, no reconoce la negativa del Tribunal Constitucional a admitir la vigencia del art. 14 CE entre particulares y augura que el hecho de que el TC haya reconocido la vigencia del principio en las relaciones laborales en las que el empleador es la Administración Pública conduce inevitablemente a que «será extensible también a los poderes ejercitados por los empresarios privados» p. 218.

(40) V. GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales* p. 99. Estos autores critican las afirmaciones del Tribunal Constitucional (p. 100 ss.) acusándole de hacer una petición de principio. A nuestro juicio, el Tribunal no hace una petición de principio, lo que sucede es que no establece qué nivel de protección en las relaciones entre particulares es imprescindible para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales en la vida social, pero da por supuesto que vigencia han de tener, lo que, según hemos argumentado es una exigencia de los arts. 1; 9.2 y 53.1 CE. Tampoco nos parece acertada la interpretación de esta sentencia que realiza PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 212, afirmando que se trata de «el reconocimiento más claro de la eficacia horizontal de los derechos». En sentido similar a la propuesta en el texto, la STC 171/89 de 19.10.



A la misma doctrina se reitera en otras decisiones del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, en la STC 53/85 11.4 (BOE 18.5) se afirma que

«(L)os derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste... la garantía de su vigencia ha de ser asumida también por el Estado».

Por consiguiente, del sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales

«sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan».

Afirmaciones similares pueden leerse, igualmente, en varias sentencias dictadas en juicios de amparo:

«la significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos el deber de garantizar su efectiva vigencia y especialmente... al legislador... reconociendo en su caso las titularidades y obligaciones subjetivas que reputa a tal fin necesarias» (41).

5. El planteamiento de nuestra jurisprudencia constitucional ha sido criticado bajo la acusación de constituir lo que se ha denominado expresivamente «una finta alemana» (42). La jurisprudencia constitucional alemana trató de justificar la diferente posición de poderes públicos y particulares frente a los derechos fundamentales afirmando que si bien los derechos fundamentales no tienen eficacia directa en las relaciones entre particulares porque en ellas, ambas partes pueden alegar su propio derecho fundamental, tal eficacia se consigue *a través de la influencia indirecta o mediata de los derechos fundamentales sobre el Derecho privado*. La Constitución contiene principios y valores que valen para todos los ámbitos jurídicos incluido el Derecho privado. Su contenido se desarrolla por medio de la concreción de las cláusulas generales del Derecho privado y demás conceptos indeter-

---

(41) V. STC 129/89 de 17.7. (BJC 100-101 [1989] pp. 1303 ss. p. 1306) que cita otras anteriores; v. también, STC 231/88 de 2.12 (BOE 23.12.88) y STC 47/85 de 27.3 (BOE 19.4) «los jueces y tribunales ordinarios están obligados por el art. 53.2 de la Constitución a la tutela de los derechos y libertades».

(42) V. GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, pp. 59 ss., p. 83.

minados(43). Dado que los poderes públicos encargados de la concreción de tales cláusulas son los jueces y tribunales, la infracción podía imputarse a éstos (y no al legislador) por no haber desarrollado adecuadamente dichos preceptos.

6. Esta jurisprudencia es criticable básicamente porque contra la afirmación del Tribunal Constitucional alemán, la influencia de los derechos fundamentales sobre el *Derecho* privado —obra del legislador— no es indirecta o mediata, sino directa. Como veremos inmediatamente, el legislador de Derecho privado es un poder público en el sentido del art. 53 CE y, por tanto, está vinculado por los derechos fundamentales (44). El Tribunal Constitucional alemán equiparaba injustificadamente *Derecho* privado y la *regulación autónomo-privada* producida por los particulares en uso de la autodeterminación individual (45). En la actualidad, el Tribunal Constitucional alemán ha modificado su posición y ha aceptado la concepción que aquí hemos atribuido al tribunal español (46).

7. Del mismo modo —se afirma— el Tribunal Constitucional español ha negado formalmente la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, pero ha logrado los mismos efectos que con su reconocimiento bajo el expediente de imputar la infracción del derecho no al particular (v. art. 44.1 b) LOTC), sino al juez que no reparó la infracción (47). De este modo, las infracciones perpetradas por particulares se convertirían en infracciones de los poderes públicos (jueces) a los que se les imputa la deficiente tutela o déficit de protección. Con ello, el debate se amplía; no solo se examina la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales sino que se discute igualmente

---

(43) El resumen lo hemos tomado de HERMES, NJW, 1990 p. 1764-65. V. ampliamente, en nuestra doctrina, GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ, *Derechos fundamentales*, pp. 19-38, por todos.

(44) SCHWABE, AÖR, 100 (1975) p. 442 ss., p. 446-447; CANARIS, AcP 184 (1984) p. 217 ss., p. 230 s. y, antes ya, el propio NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil*, I-1, p. 97). Piénsese además, que hay derechos fundamentales que exigen una regulación tradicionalmente considerada como de Derecho privado. Por ejemplo, el art. 20.4 CE al establecer los límites a la libertad de expresión se refiere al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Es evidente que el legislador, al compatibilizar la libertad de expresión con estos derechos ha de proceder a una valoración equilibrada de los intereses en conflicto limitando la primera sólo en la medida necesaria y proporcional para proteger los segundos. Es decir, ha de delimitar derechos fundamentales *entre particulares*. Resulta absurdo afirmar que en tal labor el legislador sólo está vinculado indirectamente por los derechos fundamentales.

(45) Acusación que creemos puede dirigirse, igualmente, a la exposición de QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, p. 76 ss.

(46) V. BVerfG, 7.2.1990, NJW 1990, 1469 y el comentario de C. HILLGRUBER, AcP 191 (1991) p. 69 ss., con más indicaciones.

(47) V. por ejemplo, STC 55/83 de 22.6 y el comentario de la misma en PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 217 y la exposición de la inicial jurisprudencia constitucional realizada por M.C. PALOMEQUE, *Despidos discriminatorios y libertad sindical*, Madrid, 1983 p. 87 ss.

sobre la competencia de los jueces, el legislador y el Tribunal Constitucional en la materia. A continuación nos ocupamos del segundo problema enunciado (*infra* III) para concluir con el análisis detallado del problema más difícil de resolver: el nivel de protección exigido constitucionalmente (*infra* IV a VII).

### III. LAS FUNCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, DEL LEGISLADOR Y DE LOS TRIBUNALES EN LA GARANTÍA DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Como veremos inmediatamente, las decisiones del Tribunal Constitucional imputando la infracción del derecho fundamental al tribunal sentenciador por déficit de protección han proporcionado, en general, resultados razonables, pero tienen el grave inconveniente de no aclarar *las relaciones entre el legislador y los jueces*, o dicho de otro modo, no determina qué tareas corresponden a los jueces y qué tareas corresponden al legislador en el objetivo de lograr la vigencia de los derechos fundamentales en la vida social (48). El Tribunal Constitucional alemán, al afirmar la eficacia mediata de los valores constitucionales sobre el Derecho privado y nuestro Tribunal Constitucional al imputar la infracción al Tribunal sentenciador ocultan un problema de fondo, a saber: *si la falta de protección del derecho fundamental que el Tribunal Constitucional considera intolerable se debió a una interpretación incorrecta por parte del tribunal del Derecho aplicable (vigente) o, por el contrario, supuso una correcta aplicación del Derecho vigente pero éste no contiene normas (o las que contiene no lo hacen) que garanticen un nivel de protección suficiente* siendo, por lo tanto, responsabilidad del legislador cubrir el citado déficit. La cuestión tiene especial trascendencia cuando son posibles varias soluciones y todas ellas son constitucionalmente admisibles (49). Una comprensión del problema desde las bases aquí expuestas permite justificar decisiones de nuestro Tribunal Constitucional que han sido calificadas por un sector doctrinal como supuestos de reconocimiento de la *Drittwirkung* (50).

2. En general, ha de partirse de la premisa de que la competencia para determinar el nivel de «vigencia social» de los derechos fundamentales exigido por su reconocimiento constitucional o conveniente en un momento histórico determinado corresponde al legislador y no a los jueces (51). Esta competencia puede argumentarse sólidamente, a

(48) V. HERMES, NJW 1990 p. 1765.

(49) *Ibid.*, p. 1765.

(50) GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, p. 64 ss.

(51) Entre nosotros, con exactitud, CRUZ VILLALÓN, ASN 1988 pp. 113-114: «la *Drittwirkung* debe ser cosa del legislador. Es, en efecto, el legislador el llamado a determinar, en la medida de lo posible, cuales son las consecuencias que para las relacio-

nuestro juicio, sobre dos proposiciones. La primera se funda en el hecho de que configurar la vigencia entre particulares de los derechos fundamentales promulgando —por ejemplo— leyes antidiscriminatorias en el ámbito laboral (art. 17.1 ET) o mercantil (art. 16 LCD) limita notablemente la libertad individual (libertad de empresa etc.), y tales límites deben imponerse por el legislador (art. 53.2 CE). La segunda nos recuerda que el nivel de eficacia entre particulares de los derechos fundamentales *constituye una opción de política legislativa* porque la Constitución no impone un *nivel determinado* de vigencia social de los derechos fundamentales, sino únicamente un nivel mínimo, de forma que el juez, (incluido el juez constitucional) que carece de legitimación democrática, carece de competencia para establecerlo (52). De hecho, «el verdadero debate sobre si los derechos constitucionales pueden oponerse frente a actores privados se refiere a si los jueces deberían emprender pasos en este sentido sin legitimación legal» (53). La afirmación es justa porque se trata de decidir no si el legislador puede regular las relaciones entre particulares como tenga por conveniente, sino si los jueces (y el Tribunal Constitucional en último extremo) pueden, aplicando directamente la Constitución a las relaciones entre particulares, modelar tales relaciones. Si la jurisprudencia determina que —vgr.— se deriva de la Constitución una prohibición para los particulares de discriminar a otros particulares, la consecuencia lógica es afir-

---

nes entre los particulares se derivan del hecho de que la constitución haya reconocido como derechos fundamentales, por ejemplo, la libertad de expresión, el derecho a la intimidad o el principio de igualdad. Ciertamente... al juez le quedará siempre una importante función que realizar en la concreción última de esta eficacia horizontal... Pero no cabe negar que en la actual situación de neto protagonismo de la jurisdicción en la concreción de la *Drittwirkung* hay un elemento de anormalidad»; en el mismo sentido, KLEIN, NJW, 1989 p. 1640.

(52) Así, como hemos señalado (*supra* II), de la Constitución se deriva un «Untermassverbot», es decir, la prohibición de desprotección o, a contrario, la garantía de un mínimo de protección, v. CANARIS, AcP 184 (1984) p. 210 ss., p. 212; p. 217; CANARIS, JuS 1989 p. 162. Este argumento democrático y de separación de poderes es utilizado frecuentemente por los autores que defienden en EE UU la *State action doctrine*, según la cual sólo puede exigirse la vigencia de derechos constitucionales frente a actos de los poderes públicos, v., *supra* autores citados en nota 36 y, además, COLE, *Georgia L. Rev.* 24 (1990) p. 326 ss., p. 347 con más indicaciones y pp. 363-364.

(53) J. FRIESEN «Should California's Constitutional Guarantees of Individual Rights Apply Against Private Actors?» *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 17 (1989), p. 112 («unaided by statute» en el original, lo que tiene gran trascendencia, puesto que para esta autora [v. p. 116] -y para otros v. p. ej. COLE, *Georgia L. Rev.* 24 [1990] p. 327 ss. la mayoría de los problemas que se conciben como supuestos de *State action* pueden ser «rebajados» desde su consideración como problemas constitucionales a simples problemas legales de regulación de relaciones extracontractuales, respecto de las cuales, en cuanto parte del *common law*, los jueces norteamericanos crean derecho). Entre nosotros reconoce que tal es el significado de la afirmación de la *Drittwirkung*, por ejemplo RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Principio de igualdad*, p. 1084: «sin necesidad de intermediación legislativa».

mar que queda vedado al legislador establecer una regulación diferente, porque la solución jurisprudencial no tiene su base en la ley (que el legislador puede cambiar) sino en la Constitución (a la que está sometido también el legislador) lo que trastoca la relación entre los poderes del Estado (art. 117 CE) (54).

Es una obviedad afirmar que en el ejercicio de esta competencia el legislador del Derecho privado está sometido a la Constitución igual que cuando regula aspectos administrativos o penales, de forma que ha de garantizar el respeto a la igualdad y al contenido esencial de todos los derechos (art. 53 CE) (55). El derecho a la tutela efectiva le vincula también a él, de modo que una regulación defectuosa legitimará el amparo. (v. art. 55.2 LOTC). Serán inconstitucionales las regulaciones que al decidir conflictos entre particulares no delimiten adecuadamente los intereses de una y otra parte, es decir, porque sean, por ejemplo, discriminatorias (56), o porque, para salvaguardar el derecho de una de las partes limiten desproporcionadamente el derecho de la otra. Estos límites no implican, en modo alguno, la inexistencia de un *amplio margen de actuación* para el legislador (v. *infra* IV 1 y 2).

3. A los jueces corresponde en competencia con la *interpretación* del ordenamiento, en el control de la *licitud de los usos* y sobre todo en la *concreción de las cláusulas generales* del Derecho privado. Por lo

---

(54) No afirmamos, obviamente, que el legislador no pueda modificar la solución jurisprudencial. Lo que queremos destacar es que la ausencia de regulación legal *específica* de un conflicto entre derechos de dos particulares no puede ser interpretada por los jueces como una autorización para desarrollar la Constitución. El desarrollo de la Constitución en el sentido fuerte de la palabra, esto es como *opción* entre varias alternativas de política legislativa todas ellas compatibles con el marco constitucional es competencia exclusiva del legislador. Por lo tanto, ante la ausencia de una regulación legal específica, los jueces deben limitarse a la concreción de cláusulas generales del Derecho Privado —en su sentido más amplio— de tal forma que sea cual fuere la regulación que de dicho conflicto estableciese el legislador, la solución material del caso quedaría cubierta por cualquiera de ellas.

Esto se traduce en que como veremos, en el caso de relaciones entre particulares no regulados por éstos, sino por los poderes públicos, la concreción de las cláusulas generales ha de garantizar el respeto al contenido esencial de los derechos en conflicto y, en el caso de las relaciones reguladas por los propios particulares en el ejercicio de su autonomía, la concreción ha de garantizar que las renunciadas a derechos no resultan incompatibles con un sistema jurídico fundado en el respeto a la dignidad humana, porque —es obvio— los particulares, al regular sus propios asuntos no están vinculados por el contenido esencial de los derechos (art. 53.1. CE: es la Ley la que ha de respetar el contenido esencial de derechos). Para la exposición del argumento del texto v., S. E. SUNDBY «Is Abandoning State Action. Asking Too Much of the Constitution?» *Hasting C. L. Q.*, 17 (1989) pp. 144 145.

(55) Sobre esto, fundamental, CANARIS, AcP 184 (1984) p. 210 ss., p. 212; p. 217; CANARIS, JuS 1989 p. 162; v. también, MEDICUS, «Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Privatrecht» AcP 192 (1992) p. 41 ss., p. 44 para quien basta la «consonancia» con los valores constitucionales de la regulación de Derecho privado.

(56) STC 10.11.81; STC 24.7.84; para los convenios colectivos de trabajo, v. por ejemplo, STC 177/88 de 10.10.

tanto, nos parece evidente que los jueces han de apoyar la vigencia entre particulares de un derecho fundamental en una norma de rango legal, aún cuando ésta sea una cláusula general. Esto no significa admitir la «finta alemana». La labor de los jueces se extiende a la interpretación de *cualquier norma jurídica*, pero en la interpretación de las cláusulas generales es especialmente importante porque, como es sabido, es en este ámbito donde está presente una mayor discrecionalidad judicial. En efecto, las cláusulas generales constituyen auténticas «normas de delegación» al juez por parte del legislador para que aquél «componga» la norma concreta aplicable al caso, de forma que la tarea de los jueces no se limita a la interpretación legal en sentido estricto sino que, mediante un proceso de «concretización», ha de ir construyendo normas más específicas que sean susceptibles de aplicación al caso concreto (57). En lo que aquí interesa, normas como la contenidas en los arts. 6.2, 7.2 y 1255 CC establecen los límites a la autonomía privada tras pasados los cuales el ordenamiento niega reconocimiento a la actuación de los particulares. En la interpretación de lo que sea «antisocial» o «contrario al orden público» el juez debe incorporar los valores recogidos en la Constitución. En esta medida, los jueces contribuyen a dotar de vigencia social a los derechos fundamentales, pero no están autorizados a dotar de vigencia entre particulares a los derechos fundamentales más allá de tal delegación legislativa.

Lógicamente, una interpretación de cualquier norma de Derecho privado —o un desarrollo judicial del Derecho dirigida a concretar cláusulas generales o cubrir lagunas— que provoque una desprotección

---

(57) El mejor tratamiento de estos temas en nuestra doctrina es, sin duda, el de J.M.<sup>a</sup> MIQUEL, «Comentario al art. 7.<sup>o</sup> 1.» en C.PAZ-ARES/L.DIEZ-PICAZO/R.BERCOVITZ/P. SALVADOR (dirs) *Comentario al Código Civil. Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, I, pp. 37-39; para un planteamiento, a nuestro juicio, desenfocado del significado de la buena fe atribuyéndole funciones de dirección política-económica v. C. MOLINA NAVARRETE, «Hacia una revisión constitucional de la función de la buena fe contractual en las relaciones jurídico-laborales» *Relaciones Laborales*, 1992 n. 11 p. 10 ss. Así, en p. 26 puede leerse que corresponde a la buena fe contractual funciones tales como «impulsar una nueva estrategia socioeconómica del empresario en la gestión y dirección de la empresa... no ya sólo centrada en objetivos de pura racionalidad y eficiencia económica, sino también... en objetivos... de mayor calidad de trabajo... una nueva ética o cultura de empresa» o como una «vía adecuada... que, aún pudiendo introducir efectos obligacionales derogatorios de la voluntad de las partes (!), no tiene sin embargo, —como sucede con la ley— un carácter realmente autoritario, puesto que su función es básicamente introducir en las formas jurídicas la idea de los valores sociales. Valores cuya internalización —si son auténticamente sociales— no pueden sino prescindir por definición de la dimensión coactiva» (salvo que los contratantes no cumplieren con las ideas vigentes socialmente añadimos nosotros). Resulta sorprendente la confianza que se deposita en la jurisprudencia (ya que se le encarga tan formidables tareas con el sólo instrumento de la buena fe contractual) a la vez que critica la incapacidad de ésta para cumplir sus funciones (v. pp. 14 ss).

de un ciudadano en uno de sus derechos fundamentales constituirá el supuesto de hecho del art. 44.1 b) LOTC y, consiguientemente, será revisable en amparo (58). La eficacia de los derechos fundamentales sobre el Derecho privado no se produce solo a través de las cláusulas generales, (como pretendía el Tribunal Constitucional alemán) sino que rige para cualquier norma (incluido el «Derecho judicial») del Derecho privado.

Así, por ejemplo, el principio de igualdad en la aplicación de la ley prohíbe a los jueces tener en cuenta al aplicar una norma legal circunstancias particulares del demandado o demandante que no vengan exigidas o autorizadas por la norma. Un ejemplo reciente nos lo suministra la STC 69/91 de 8 de abril (59), donde un juez, al aplicar una norma de la ley de arrendamientos urbanos tuvo en cuenta la edad de la demandante, siendo así que ni la finalidad ni el tenor de la misma lo permitía. La interpretación errónea devino inconstitucional al suponer trato discriminatorio por parte del juez.

4. La función revisora del Tribunal Constitucional respecto de la actuación del legislador y de los tribunales es sustancialmente idéntica pero debe determinar con claridad a qué poder público es achacable que se produzcan resultados incompatibles con la Constitución. En los casos en los que no se haya garantizado el mínimo de protección del derecho frente a la injerencia de otro particular por la ausencia de regulación legal o por lo defectuoso de la valoración contenida en ésta, la infracción será imputable al legislador (60). Cuando la desprotección sea consecuencia de la interpretación errónea del Derecho privado,

(58) Así, BALLARÍN, REDC 1988 pp. 304-305 y 307 ss.

(59) BJC 121 [1991] p. 24 ss.

(60) V., en sentido parecido, aunque a efectos de decidir sobre la competencia del Tribunal Constitucional, BALLARÍN, REDC 1988 p. 312; *contra*, tendencialmente al menos, M. RODRÍGUEZ-PÍÑERO, «Justicia constitucional y Derecho del trabajo» en *AAW Derecho del Trabajo y Constitución*, Madrid, 1992, p. 427 ss., p. 439: «ello se correspondería con la visión tradicional de la Constitución como mero límite externo al legislador, y no (de la ley) como instrumento de desarrollo y puesta en práctica de la Constitución, como mecanismo intermediador necesario para que la Constitución pueda encarnarse en las relaciones interindividuales. En este campo la jurisprudencia constitucional no se limita al mero papel de legislador negativo, para expulsar del ordenamiento los preceptos legales contrarios a los mandatos constitucionales, sino que, en su función de garante de la Constitución, ha de asegurar la adecuada coordinación entre el precepto constitucional y la legislación que lo desarrolla. Esta coordinación impone a su vez a los tribunales laborales una mayor sensibilidad en relación con la compatibilidad con la norma constitucional, de la norma legal que la desarrolla, también para justificar la conformidad de la ley... a la Constitución». A nuestro juicio, este autor extiende excesivamente los poderes del Tribunal Constitucional. Al margen de su carácter de legislador negativo, el Tribunal sólo puede censurar la actuación (o la omisión) del legislador cuando la misma implique incumplimiento de un mandato de protección *ex Constitutione* y no, como parece deducirse del texto transcrito cuando el legislador no haya desarrollado el programa constitucional en la forma que los jueces del Tribunal Constitucional consideran que se deriva de la Constitución. La posibilidad de normas que sean «compatibles» con la Constitución pero que no sean «conformes» es expresiva de la opinión del autor en este sentido.

(sobre todo, pero no sólo, en la concreción de las cláusulas generales) la infracción del derecho es imputable al órgano jurisdiccional, en particular, del derecho a la tutela judicial efectiva (61).

5. Consecuentemente, la vía correcta para reponer en su derecho al particular en caso de *infracciones de derechos fundamentales imputables al legislador* —dado que los particulares no pueden recurrir al Tribunal Constitucional directamente por medio del recurso de inconstitucionalidad— debería ser la *cuestión de inconstitucionalidad* (62). El juez debería remitirse al Tribunal Constitucional no sólo —como ya hace— en los casos en los que la regulación le parezca inconstitucional sino también en los casos en que, no siendo posible un desarrollo judicial del Derecho *conforme con la Constitución, la ausencia de (protección, es decir, de regulación)* sea inconstitucional.

Un ejemplo extraído de la jurisprudencia alemana refleja bien la especificidad del problema. Una viuda había heredado, junto con su hija menor de edad, un negocio. La viuda permanece al frente del mismo en nombre propio y como representante de la hija. Como consecuencia de la actividad empresarial se producen deudas muy elevadas. Los acreedores demandan también a la hija. El Tribunal Constitucional alemán consideró inconstitucional que se afirmara la responsabilidad de la menor (es decir, que su patrimonio resultase afecto al pago de las deudas del negocio) afirmando que «los padres no pueden obligar ilimitadamente a sus hijos a través de la representación legal que ostentan. El legislador debe tomar las medidas pertinentes para que los que llegan a la mayoría de edad puedan organizar su vida autónomamente sin que se lo impidan cargas desproporcionadas que no les son imputables» (63). En estos supuestos, la infracción del derecho al libre desarrollo de la personalidad (profundamente afectado por la condena al pago de las deudas en su totalidad) viene provocada no por la decisión judicial sino por la norma legal que obligaba a tal solución (art. 1911 CC). A los jueces no les quedaban más alternativas que plantear una cuestión de inconstitucionalidad (64) dirigida a reducir el ámbito de aplicación de la norma del art. 1911 CC al patrimonio existente hasta el momento de alcanzar la mayoría de edad, no teniendo que responder con los bienes adquiridos por él con posterioridad (65). La reduc-

---

(61) También será imputable a los jueces cuando hayan aplicado un *uso* o un *desarrollo judicial del Derecho* inconstitucional, porque de acuerdo con el sistema de fuentes, corresponde a los jueces comprobar la constitucionalidad de los usos (art. 1.3 CC).

(62) V. STC 51/88 de 22.3 recogida en GARCÍA TORRES, P. J., 10 p. 31; o, en el caso de que los tribunales ordinarios no hayan apreciado que la falta de protección es debida a la inconstitucionalidad de la norma, por el propio TC mediante el procedimiento previsto en el art. 55.2 LOTC; en este sentido, KLEIN, NJW, 1989 p. 1640. Sobre las funciones de la cuestión de inconstitucionalidad, ampliamente, PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional*, pp. 126 ss.

(63) Para el análisis de esta sentencia, v. MEDICUS, AcP 192 (1992) p. 41 ss. y p. 63.

(64) Sin entrar ahora en los supuestos en los que por tratarse de normas preconstitucionales el juez puede afirmar la inconstitucionalidad sobrevenida, sobre lo cual, v. ampliamente, PÉREZ TREMPES, *Tribunal constitucional*, pp. 144 ss. esp. p. 150 ss.



ción del art. 1911 CC no compete, sin embargo, a los jueces (ni al Tribunal Constitucional) porque las soluciones alternativas son plurales y corresponde al legislador la opción por una u otra (66).

6. Si, por el contrario, la protección del derecho puede realizarse mediante la cobertura de la laguna (bien en vía analógica, bien por medio de una reducción teleológica) de forma conforme con la Constitución, entonces, el juez debe proceder a la misma y, caso de no hacerlo, la infracción del derecho fundamental habrá de ser sanada a través del recurso de amparo (67).

Este supuesto puede ejemplificarse recurriendo al caso frecuente del acceso a establecimientos públicos (bares, discotecas) (68). Como argumentaremos más adelante (*infra* VI.2), una interpretación «constitucional» del art. 7.º 2 CC conduce a afirmar que ejercita abusivamente su derecho el titular de un establecimiento abierto al público que se niega a contratar cuando dicha negativa implica un trato vejatorio para el otro particular. Consiguientemente, puede afirmarse que los particulares tienen derecho a exigir que los poderes públicos garanticen que no van a ser discriminados a la hora de entrar en el local por razones de raza, por ejemplo (69). ¿Qué debe hacer el juez al que se

---

(65) Esta argumentación es extensible a los casos en los que un sujeto es responsable civilmente ex. art. 1902 CC en unas cuantías tales que se tiene la certeza de que nunca podrá pagar la indemnización debida y, de exigírsele, estaría condenado al «salario mínimo» durante toda su vida; v. al respecto *infra*, IV.1 *in fine*.

(66) Por ejemplo, limitar el nivel de endeudamiento del patrimonio de menores, limitar la responsabilidad del menor al patrimonio que poseyeran en el momento de alcanzar la mayoría de edad, hacer responder a los padres por el exceso de deudas sobre dicho patrimonio, o exigir la autorización judicial para que el tutor o titular de la patria potestad pueda endeudar al menor, etc.

(67) Como se deduce del texto, las amplias posibilidades de desarrollo judicial del Derecho reducen notablemente la necesidad de la intervención del legislador. Los jueces pueden «reponer en su derecho» al demandante, bien recurriendo a cláusulas generales (por ejemplo afirmando que una cláusula contractual es contraria al orden público constitucional) y, por tanto, permaneciendo *formalmente* en el ámbito de la (corrección de la) interpretación (judicial), bien, descubriendo «lagunas ocultas» en el ordenamiento (es decir, la ausencia de restricciones a la aplicación de normas que no tienen en cuenta las diferencias de hecho).

(68) V. al respecto, el Reglamento general de policía de Espectáculos públicos y actividades recreativas, RD 2816/82 de 27 de agosto, art. 58 que reconoce el derecho a participar al público en general y el art. 16 del Estatuto Ordenador de empresas y actividades turísticas privadas (D. 11-1-65); en relación con los casinos, v. el Reglamento de Casinos de Juego (OM 9-1-79).

(69) V. art. 7.2.º *in fine*. Al margen de lo que se argumentará más adelante, alguien que abre un local público afirma su voluntad de contratar, en principio, con cualquiera que acepte sus precios y condiciones de venta. Aunque no puede hablarse de que exista una obligación de contratar (en la medida en que no haya auténticas ofertas), la apertura del local implica, al menos, la renuncia a seleccionar *sobre bases individuales* su clientela (lo que es propio de otras formas de distribución de productos y servicios). En todo caso, carece de relevancia constitucional la prohibición de la entrada en un local público sobre bases distintas de las del art. 14 CE; v. no obstante, STC 73/85 de 14.6 (BOE 17.7) que argumenta, sobre la base de que los casinos no son en-

dirige la persona a la que no han dejado entrar en un local por razón de su raza? Le caben tres opciones. En primer lugar, negar que el titular del establecimiento esté obligado a contratar. En segundo lugar, condenar al titular del establecimiento afirmando que su «negativa a contratar» constituye una actuación que excede los límites de la autonomía privada (ejercicio «anticonstitucional» del derecho a [no] contratar) o, por último, plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la inexistencia de límites a la libertad contractual del empresario. A nuestro juicio, la segunda es la respuesta correcta. Al condenar, el juez está concretando la cláusula general del art. 7.º.2 CC (abuso de derecho) y no necesita esperar al legislador o al Tribunal Constitucional para ello (70). Por tanto, de no hacerlo (porque desestime la demanda) es imputable directamente a su actuación la infracción del derecho fundamental a la tutela. Tampoco debería admitirse por el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad porque el juez podría cubrir la laguna actuando en el ámbito de la interpretación (71).

El supuesto de la sentencia 5/81 de 13.2 (LOECE) puede explicarse en términos similares. Se trataba de determinar los límites de la libertad de cátedra y el conflicto entre ésta y la libertad de enseñanza del titular del centro (privado) en relación con el ideario. Nuevamente, corresponde al legislador dictar una regulación que haga compatibles ambos derechos y, precisamente, lo que se ventilaba en el recurso de inconstitucionalidad era si la regulación legislativa que compatibilizaba dichos derechos —la LOECE— garantizaba (cumplía con el mandato de protección de los derechos fundamentales) los derechos de profesores y titulares de centros docentes. En lo que aquí más interesa, el Tribunal Constitucional afirma que la valoración del legislador es admisible constitucionalmente, pero que eso no excluye que puedan existir conflictos en su aplicación. Consecuentemente, los conflictos a los que diera lugar «la diferencia de criterio entre el titular del centro privado y el profesor que en él presta sus servicios» sobre el ejercicio de la libertad de enseñanza profesoral (derivados no de la inconstitucionalidad sino de la *interpretación* de la norma) deberán solventarse ante la jurisdicción competente «y en último término, y en cuanto haya lesión de derechos fundamentales o libertades públicas (ante) este mismo tribunal por la vía de amparo» (72). A nuestro juicio, la argumentación de la mayoría del Tribunal Constitucional es plenamente compartible (73). El Tribunal ha establecido, en primer lugar, que la solución

---

tidades respecto de las cuales pueda predicarse un derecho ilimitado de libre acceso, lo cual, es más que discutible.

(70) En cuanto a la conclusión, en el mismo sentido, E. ALONSO GARCÍA, RAP 100-102, 1983 I, p. 91-92.

(71) Nuestro planteamiento difiere, por lo tanto, del de J. GARCÍA TORRES, PJ, 10 (1989) p. 29-30. A nuestro juicio, en los supuestos de desarrollo judicial del derecho, corresponde a los tribunales ordinarios delimitar las esferas de ejercicio de los derechos fundamentales en relaciones entre particulares. Como veremos más adelante, al Tribunal Constitucional no le corresponde tal tarea sino únicamente la de decidir qué delimitaciones efectuadas por los tribunales ordinarios son incompatibles con la Constitución.

(72) V. GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, p. 66.

(73) No hay que lamentar «que la comodidad de las fórmulas circulares haya prevalecido una vez más» GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *ibidem*, p. 67; tampoco es

del conflicto entre particulares (cada uno de ellos amparado en su derecho fundamental) que la ley da es conforme con la Constitución. En segundo lugar, señala que esto no impide que puedan producirse conflictos en el ejercicio de ambos derechos (*rectius*, en la interpretación de la norma legal). Por último afirma, también correctamente, que la solución de dichos conflictos corresponde a los jueces y podrán llegar al amparo si la interpretación de la norma por parte de los tribunales ordinarios, por errónea deviene inconstitucional al implicar desprotección del derecho fundamental del profesor o del titular del centro (74).

7. La concepción que se acaba de exponer se enfrenta a dos objeciones fundamentales, y las dos tienen que ver con la relación entre *Poder Judicial* y *Tribunal Constitucional*. La primera hace referencia a la incompatibilidad de la misma con el art. 44.1 b) LOTC que exige para admitir la protección vía recurso de amparo que la violación «sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso». Aunque esta es una cuestión que afecta exclusivamente al acceso al recurso de amparo (75) y no al «reparto de competencias» entre legislador y jueces, conviene resumir las posiciones de la doctrina sobre el particular dada su influencia para discernir el papel del Tribunal Constitucional en la materia.

A nuestro juicio, no tienen razón quienes afirman que al admitir recursos de amparo contra sentencias que no repusieron en su derecho a un particular, cuyo derecho fundamental fue violado por otro particular, el Tribunal Constitucional se ha «saltado» el tenor literal del art. 44.1 LOTC (76). La jurisprudencia constitucional es básicamente correcta si se interpretan los derechos fundamentales como mandatos de protección (77). Lo que ha hecho el Tribunal Constitucional es una interpretación *conforme con la Constitución* del art. 44.1 b) LOTC (78).

aceptable la crítica de PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 212 («la contradicción entre ambos pronunciamientos resultaba patente»).

(74) V. un supuesto concreto en el recurso de amparo resuelto por la STC 47/85 de 27.3, BOE 19.4. comentada por FERNÁNDEZ LÓPEZ, RL, 1985 II p. 421 ss.; v. también, SCHWABE, AÖR, 1975 p. 445.

(75) Por todos, ALONSO *Interpretación*, p. 377.

(76) GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO (*Derechos fundamentales*, p. 83; sobre el distinto sentido del recurso de amparo en el caso de actos de órganos ejecutivos y de órganos judiciales, v. ampliamente, PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional*, pp. 221 ss. A nuestro juicio, no se hace violencia al lenguaje si se afirma, desde el planteamiento que aquí se ha propuesto, que una violación de un derecho fundamental tiene su origen inmediato y directo en un acto u omisión judicial cuando un tribunal, en el marco de un proceso ordinario no garantiza la protección de un derecho fundamental, protección que era un acto debido para dicho órgano por el carácter de mandatos de protección que, según se ha venido exponiendo, tienen los derechos fundamentales (art. 24 CE).

(77) *Contra* GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO *Derechos fundamentales* p. 84; en el sentido del texto, BALLARIN, RUDC 1988 p. 301-302.

(78) Así también, PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 218.

En particular, la que resulta de examinarlo de forma coherente con los arts. 53.2 y 24 CE. El art. 53.2 CE otorga el recurso de amparo como medio de tutela de los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 CE (más la objeción de conciencia). Entre dichos derechos se encuentra el derecho a la tutela *judicial* efectiva de dichos derechos. Si esa tutela no se produce (*in procedendo* o *in iudicando*) se infringe el art. 24 CE y procede el amparo (79). Otra solución —afirmando que cuando un tribunal no remedia la violación por un particular del derecho fundamental de otro dicha violación no es imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial a los efectos del art. 44.1 LOTC y consecuentemente no es accionable en amparo conduce, como se ha señalado acertadamente, a resultados absurdos. Así, en un supuesto de conflicto entre derecho al honor y libertad de expresión, un fallo condenatorio podría considerarse como origen inmediato y directo de la violación de la libertad de expresión, mientras un fallo absolutorio no sería sino un acto confirmatorio de la lesión al honor producida por el particular que prefirió las expresiones injuriosas (80). De acuerdo con ello, a las expresiones origen «inmediato y directo» no puede atribuírseles un significado idéntico en los supuestos en los que un órgano judicial revisa la actuación de otro poder público (la administración) y los supuestos en los que el órgano judicial examina la actuación de un particular. Cuando la actuación impugnada es de la administración, no puede imputarse la lesión a la sentencia confirmatoria de dicha actuación, porque en tal caso no cabría amparo más que frente a resoluciones judiciales (81).

8. La segunda objeción se formula afirmando que con la tesis que propugnamos se corre el peligro de que el Tribunal Constitucional se convierta en una instancia de revisión de cualquier decisión judicial, porque, en último extremo, cualquier aplicación errónea del Derecho por los jueces afecta al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)

---

(79) Así BALLARIN, REDC 1988 p. 304; sobre el significado de la expresión «en su caso» del art. 53.2 CE, v. QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, p. 18; PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional*, pp. 234-235; J.M. BILBAO, «Algunas consideraciones sobre el significado y los límites funcionales del recurso de amparo Constitucional» en *Estudios Jurídicos en Memoria de Luis Mateo*, I, Santander, 1993, p. 123 ss. p. 126 (dejar al legislador libertad para configurar el ámbito del recurso).

(80) QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo* p. 92; BALLARIN, REDC 1988 p. 305.

(81) BALLARIN, REDC 1988, p. 304 ss. Podría afirmarse que cuando el tribunal revisa la actuación de la administración está actuando como «tribunal de amparo de primera instancia» siendo su función idéntica a la del Tribunal Constitucional. Así desde la STC 6/81, el recurso de amparo contra los actos definidos en el art. 43 LOTC funciona como vía última instancia jurisdiccional: «en tales supuestos las sentencias judiciales no son el objeto del recurso de amparo, puesto que aunque no estimaron la pretensión ante la vía judicial deducida no son en sí mismas causantes de la lesión» F. TOMÁS y VALIENTE, «Poder judicial y Tribunal Constitucional» en PJ núm. esp. XI, 1989 p. 13 ss. p. 26 citando a PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional*, p. 233.

o a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) o, fuera del recurso de amparo, al derecho de propiedad (art. 33) (82). A nuestro juicio, ese riesgo queda perfectamente limitado, en lo que se refiere a la revisión por el Tribunal Constitucional de la *interpretación de las leyes* realizada por los tribunales, por dos vías (83).

a) En relación con la aplicación de las leyes que articulan la relación entre derechos fundamentales de particulares (Ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por ejemplo [(84)], la función del Tribunal Constitucional en el ámbito del recurso de amparo es, inevitablemente, revisora de la interpretación de los tribunales ordinarios (85). Este carácter de «cuarta instancia», sin embargo, queda reducido porque la revisión debe limitarse a comprobar si la interpretación legal (y la solución del conflicto) dada por el tribunal *a quo* es incompatible con la Constitución, de forma análoga a la revisión constitucional del desarrollo *legal* de normas constitucionales. La razón es evidente: la interpretación de las leyes es una labor atribuida «exclusivamente» a los tribunales ordinarios y éstos sólo están sometidos a la ley y a la Constitución (art. 117.1 y 3 CE). Pero, al mismo tiempo —y en esta medida es inevitable la revisión— el Tribunal Constitucional tiene atribuido el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal, para lo cual tiene que interpretar la ley y señalar qué interpretaciones son rechazables (86). Por lo tanto, y como ha señalado la mejor doctrina, la interpretación de la ley por el Tribunal Constitucional de forma vinculante para los tribunales sólo se produce cuando una norma es constitucional *sólo en una de las interpretaciones posibles* (87). Fuera de este supuesto, el Tribu-

---

(82) V. QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, p. 97 y ss. con ejemplos; PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional*, 229 *in fine*; MEDICUS, AcP, 192 (1992) p. 48.

(83) Respecto a la revisión de los hechos, v. QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, p. 98.

(84) LO 1/82 de 5.5. También las normas que desarrollan el derecho de huelga o el derecho de asociación.

(85) V. STC 197/91 de 17.10 (BJC 127 [1991] p. 90 ss.); 105/90 de 6.6. (BJC 111[1990] p. 71 ss.) BALLARIN, REDC 1988 p. 304 ss., con otros ejemplos; PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional*, p. 232 con más indicaciones doctrinales.

(86) F. RUBIO LLORENTE «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional» REDC 4 (1982) p. 35 ss. pp. 46-47) quien recuerda una cita de Kelsen (*Teoría General del Estado* p. 306): «la Constitución prohíbe que las leyes tengan cierto contenido y ordena que posean tal otro, de modo que la ley es ejecución de la constitución de la misma manera que la sentencia es ejecución de la ley» Con ello se reduce la eficacia de la objeción de GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales*, p. 83 en el sentido de acusar al Tribunal Constitucional de no haberse querido privar del poder de reaccionar contra las que a su juicio pudieran ser interpretaciones erróneas o lesivas de los órganos del poder judicial.

nal Constitucional debe respetar la potestad de los jueces para interpretar la ley del mismo modo que debe respetar las diferentes «interpretaciones» de la Constitución que el legislador realiza sobre la base de opciones políticas, al menos en lo que se refiere a la revisión de la valoración de los derechos de los particulares en conflicto (88). De todo lo cual se sigue que antes de «casar» la interpretación de la ley llevada a cabo por los jueces, el Tribunal Constitucional debe justificar suficientemente que si tal interpretación se encontrara expresamente establecida en una norma legal, sería inconstitucional y no sólo que hay otra interpretación más acorde con la Constitución (89). En otro caso, el Tribunal Constitucional se estaría convirtiendo en el legislador y Tribunal Supremo en materia de derechos fundamentales (90).

Juzgamos atinada, en este sentido, la STC 136/90 de 19.7 (BJC 111[1990] p. 228 ss.) donde, en relación con un delito de injurias, se revisa la decisión

---

(87) RUBIO LLORENTE, REDC 4 (1982) pp. 53-54.

(88) Dada la atribución exclusiva a los jueces de la interpretación de las normas, no hay razón alguna para que el Tribunal Constitucional sea más respetuoso con el legislador (sentencias interpretativas, interpretación en el sentido más favorable a la constitucionalidad de la norma, presunción de constitucionalidad de la norma) que con los jueces. *Contra*, atribuyendo un papel excesivamente amplio, a nuestro juicio, al Tribunal Constitucional, PÉREZ TREMPES, *Tribunal Constitucional*, p. 236-237. Tampoco estamos de acuerdo, por tanto, con la opinión de GARCÍA TORRES (PJ 10 [1989] p. 28-29) cuando exige que «si la decisión de conceder *Drittwirkung* a los derechos fundamentales la adopta el Tribunal Constitucional, nuestra tesis es que debe fundamentar explícitamente esta opción y no sostenerla con la finta del déficit de protección judicial». A nuestro juicio, el Tribunal Constitucional no es competente para realizar la valoración de los derechos fundamentales en conflicto que implica *de facto* la protección de derechos frente a otro particular. Tal valoración, como se ha mantenido en el texto corresponde al legislador y a los tribunales ordinarios. La función del Tribunal Constitucional se limita a comprobar que las valoraciones del legislador y de los tribunales son compatibles con la Constitución.

(89) Como el propio Tribunal Constitucional señaló en relación con el legislador, no es su función comprobar si la interpretación de la ley hecha por el Tribunal *a quo* es la más acertada o la más conveniente políticamente, *ni tampoco la más acorde con la Constitución*, «lo cual entrañaría juicios de valor o de preferencia» en los que el Tribunal no puede entrar (STC 53/82 de 22.7 FJ 3. En sentido parecido, BILBAO, *Estudios Mateo*, I p. 175: «los esfuerzos del Tribunal Constitucional deberían centrarse, por tanto, en el control de la legitimidad constitucional de las interpretaciones que los órganos judiciales hacen de los derechos fundamentales, depurando sólo aquéllas que considere inadmisibles *ex Constitutione*»).

(90) Sobre el riesgo de que el TC se convierta así, en el «supremo intérprete constitucional de la ley», v. con más indicaciones, BILBAO, *Estudios Mateo* I, p. 149; posibilidad que, al menos tendencialmente, admite también, RODRÍGUEZ-PINERO, *Justicia constitucional*, p. 434 donde se afirma que es función del Tribunal constitucional «precisar y definir el contenido de los derechos fundamentales por la vía del recurso de amparo». A nuestro juicio, la jurisprudencia sobre derechos fundamentales corresponde unificarla al Tribunal Supremo. Nuevamente, no obstante, el control de la constitucionalidad de las sentencias obliga al TC a corregir dicha jurisprudencia cuando la misma implique ponderación de los derechos en conflicto que resulten incompatibles con la Constitución. Nuestra posición es más restrictiva, por tanto, que la de BILBAO, *Estudios Mateo* p. 177 nota 129.

judicial únicamente para examinar si la valoración judicial era incompatible con la Constitución (91). Por el contrario, no nos parece correcta la STC 214/91 de 11.1 (92) —Caso «León Degrelle»— que otorgó el amparo anulando las sentencias judiciales que habían negado la existencia de legitimación activa de una señora que había estado internada en Auschwitz donde murió gaseada toda su familia, para ejercitar acciones en el marco de la ley de protección del honor contra León Degrelle el cual había hecho unas declaraciones antisemitas y racistas y puesto en duda la existencia de las cámaras de gas. El Tribunal Constitucional, al margen de afirmar que los sujetos colectivos pueden ser titulares del derecho al honor, reconoció a la demandante su derecho al honor en lugar de limitarse (como propusieron el voto particular y el ministerio fiscal) a obligar al Tribunal Supremo a admitir la legitimación activa y a que examinase el problema (sólo) desde el ángulo del conflicto entre ambos bienes pero partiendo de la existencia de un sujeto legitimado ofendido en su honor (93). Si de lo que se trata es de dar la posibilidad al tribunal de corregir la falta de protección, nos permitimos dudar de que la motivación del Tribunal Supremo hubiera sido la misma si no tuviera posibilidad de utilizar el argumento de la falta de legitimación activa de la demandante. Con su decisión, el Constitucional sustituyó a los tribunales en la interpretación de la LO 1/82 en lugar de limitarse a comprobar si la interpretación de la misma hecha por los tribunales era constitucionalmente admisible. El Tribunal Constitucional reconoce el problema y en el FJ 6 admite que «tal ponderación (entre libertad de expresión y derecho al honor) ha de hacerla, en principio, el órgano jurisdiccional... (pero) corresponde a este Tribunal revisar la adecuación de la ponderación realizada por los... Tribunales ordinarios, con el objeto de determinar si el ejercicio de la libertad reconocido en el art. 20 cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad y se manifiesta o no constitucionalmente legítimo». El razonamiento conduce a que sólo sea admisible

---

(91) v. también, STC 120/83 de 15.12 (BOE 11-1-84) «debiendo este tribunal aceptar tales criterios porque tiene que respetar y reconocer el margen de apreciación de los tribunales ordinarios en el ejercicio de su competencia reconocida en el art. 117.3 CE de modo que sólo en el supuesto de que tal apreciación de legalidad hubiere sido claramente irrazonada podría estimar producida la vulneración»; STC 94/84 de 16.19 (BOE 31.10); STC 88/85 de 19.7 (BOE 14.8); STC 1790/87 de 30.10 (BOE 21.11); STC 6/88 de 21.1 (BOE 5.2); STC 184/92 de 16.11 (BOE 18.12). En tales casos, como veremos, el problema no estriba en haber realizado una interpretación inconstitucional de un precepto, sino en haber actuado arbitrariamente en contra de lo dispuesto en los arts. 9.1 y 24 CE; v. también, BILBAO, *Estudios Mateo*, I, p. 140 ss. y p. 167 ss. reflejando un cambio de criterio del Tribunal según el cual, en un principio habría controlado exclusivamente la existencia de una ponderación entre los derechos en conflicto en la sentencia recurrida en amparo para pasar, a partir de 1989, STC 105/89 de 6.6. —caso «J.M. García»— a revisar la ponderación hecha por el tribunal ordinario. Como hemos señalado, a nuestro juicio, el TC debe revisar la ponderación, pero sólo «casarla» cuando sea incompatible con la Constitución.

(92) BJC 128 [1991] p. 24 ss.

(93) Aún cuando la argumentación técnica del Tribunal Constitucional se basa en que la legitimación activa era una cuestión de fondo y en que el Tribunal Supremo había valorado el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor (FJ 5). Todo ello al margen de lo discutible de afirmar que los pueblos tienen un honor jurídicamente protegido.

constitucionalmente una valoración concreta del conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor. A nuestro juicio, la argumentación del Supremo, haciendo prevalecer la libertad de expresión, era discutible pero, perfectamente admisible constitucionalmente (94).

Discutible es también la STC 231/88 de 2 de diciembre (BOE 23-12-88), —Caso «Paquirri»—. El Tribunal Constitucional revocó una decisión del Tribunal Supremo en la que se determinaba que no había vulneración del derecho a la intimidad en la comercialización de un video en el que aparecía el torero en la enfermería. El Tribunal Constitucional consideró que la interpretación del art. 8 LO 1/82 era errónea (95). A nuestro juicio, el problema carecía de relevancia constitucional.

b) Fuera de este tipo de normas, el riesgo de convertir el recurso de amparo en una nueva instancia de revisión de la interpretación legal realizada por los tribunales se reduce a través de la doctrina constitucional sobre el valor del precedente en caso de de *decisiones judiciales contradictorias* (96). El Tribunal Constitucional contempla únicamente las «situaciones en que resoluciones coetaneas o sucesivas de un mismo órgano jurisdiccional (97), en supuestos sustancialmente idénticos, tienen sentidos distintos. En estos casos el Tribunal llega a las siguientes consecuencias: la decisión que se separa del criterio de la

---

(94) El razonamiento del Tribunal Constitucional es, en efecto, escasamente liberal. La libertad (sobre todo la de expresión) no ha de ejercitarse «proporcionadamente» y su ejercicio no puede ser «legítimo» o no. Lo que cabe es, simplemente, limitarlo *porque colisiona* con otro derecho, pero *sólo para proteger ese derecho*. Por lo tanto, lo que debió discutirse no es si el señor Degrelle se había excedido en el ejercicio de la libertad de expresión, sino si al rechazar la demanda, los tribunales no habían protegido en su honor a la señora Friedmann. El Tribunal Supremo denegó la pretensión, precisamente porque consideró que las manifestaciones del primero (odiosas por lo demás) no habían ofendido el honor de la demandante, probablemente porque no eran un ataque personal contra ella. Para una crítica en cierta medida similar, F. SANTAOLALLA, «Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre libertad de expresión. Una valoración» RAP 128 (1992) p. 185 ss., p. 199.

(95) Es dudoso que la valoración del Tribunal Supremo haciendo prevalecer la libertad de expresión fuera inconstitucional. V. el voto particular, con argumentos que aunque no convencieran a la mayoría de que la decisión del Supremo no era errónea, debieron haberle convencido de que no era inconstitucional. En particular el de la previa difusión de las imágenes por televisión e *in fine* «no corresponde a este Tribunal revisar si es correcta o no la... (interpretación del art. 8 LO 1/82)... en la que se apoya la sentencia recurrida. V. otros supuestos de «activismo» constitucional frente al poder judicial en BILBAO, *Estudios Mateo* I, p. 169 ss. esp. nota 116.

(96) Sobre este extremo v. A. OLLERO, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, 1989; J. A. XIOL RÍOS, «El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal constitucional» PJ núm. 3 (1986) p. 25 ss. a quien seguimos en la exposición de la doctrina del TC; también puede verse E. ROCA, «Principio de igualdad y aplicación de la ley» en VARIOS, *Introducción a los derechos fundamentales* (X Jornadas D.G.Serv.Jur. Estado), Madrid, 1988 II p. 989 ss.; I. DE OTTO, *Derecho constitucional*, pp. 291-292; PÉREZ TREMPAS, *Tribunal Constitucional*, p. 229 ss.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, pp. 196 ss.; BILBAO, *Estudios Mateo*, I, p. 155 ss.

(97) Por tanto, la exigencia de coherencia (no contradicción) se aplica al órgano y no al juez individual v. STC 161/89 de 16.10 BOE 7.11; una sección de una audiencia se considera tribunal independiente, v. STC 134/91 de 17.6 BOE 8.7.



anterior, o de la coetanea, debe contener una motivación del cambio de criterio; esto es una *exigencia del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos* (arts. 9.3 y 24 CE) y, por lo tanto, se funda en el derecho a la tutela judicial efectiva y no en el principio de igualdad (98). Esta doctrina tampoco consagra el principio de vinculación al propio precedente, por cuanto el tribunal puede cambiar de opinión. Lo único que exige el Tribunal Constitucional es que dicho cambio sea fundamentado razonablemente (99). La estimación del amparo no se extiende a los casos de contradicción entre resoluciones judiciales de *distintos* órganos. El Tribunal Constitucional señala que «en este caso, la... independencia de los órganos judiciales exige afirmar que el restablecimiento de la igualdad corresponde exclusivamente a los órganos superiores o supremos por vía de los recursos ordinarios y extraordinarios» (100).

#### IV. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOBRE LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.

1. La cuestión más difícil de resolver consiste en determinar los efectos concretos que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales tiene sobre las relaciones entre particulares. Es decir, desde el planteamiento que aquí se ha propuesto, la tarea que está por hacer estriba en señalar los criterios que permitan determinar en cada caso concreto si los poderes públicos han de intervenir en una relación entre dos particulares o han de abstenerse de hacerlo por exigencias, en ambos casos, de su vinculación a los derechos fundamentales. De la propia formulación de la cuestión se

---

(98) Como nos ha recordado el prof. Pantaleón; *contra*, XIOL, PJ, 1986, p. 26; REQUEJO, REDC 24 (1990) p. 232; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 201; v. también STC 161/89 de 16.10 y STC 69/91 de 8.4 (BJC 121 [1991] p. 24 ss.): «No es conforme con el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley que un tribunal modifique sin razones para ello el criterio anteriormente seguido para la interpretación y aplicación de un precepto»; v. no obstante, cómo —de hecho— los requisitos establecidos por el Tribunal se corresponden mejor con la idea de interdicción de arbitrariedad que con la idea de igualdad; las referencias pueden verse en BILBAO, *Estudios Mateo*, p. 155-156.

(99) V. REQUEJO, REDC 24 (1990) p. 233 que recoge en p. 234 la STC 120/87 en cuyo fundamento jurídico 2 se reproduce esta doctrina v., también, la jurisprudencia citada en la nota anterior.

(100) V. XIOL, PJ 3 (1986) p. 27; REQUEJO, REDC 24 (1990) pp. 230-231; en todo caso el Tribunal Constitucional exige para evitar la tacha de contradicción, no sólo que la nueva postura del órgano sea razonable, sino que venga justificada la diferencia de modo *suficiente*; v., STC 161/89 de 16.10 BOE 7.11. y STC 200/89 de 30.11 BOE de 5.1; STC 201/91 de 28.10 (BJC 127[1991] p. 107 ss.); 202/91 de 28.10 (BJC 127 [1991] p. 112 ss.) entre muchas.

deduce ya que para avanzar en la respuesta es necesario distinguir entre la regulación de dichas relaciones *por el legislador*, (y demás poderes públicos, *infra*, 2 ss.) y la regulación de sus relaciones *por los propios particulares* en el ejercicio de la autonomía privada (*infra* V).

2. El primer grupo de problemas son problemas de control de constitucionalidad de normas legales o interpretaciones judiciales y ya han sido expuestos en el apartado anterior. Ahora debe añadirse sólo que se trata básicamente bien de las relaciones *extracontractuales* (101), es decir, de ámbitos donde no existe habitualmente regulación autónomo-privada porque los costes de regular mediante acuerdo entre las partes dichas relaciones son absolutamente prohibitivos (102) (*infra* 3); bien de la regulación *dispositiva* (incluyendo los usos y el desarrollo judicial del derecho) de las relaciones contractuales (*infra* 4). Como hemos señalado anteriormente, la regulación legal de tales relaciones es un acto de los poderes públicos, sometido, por tanto, a los derechos fundamentales. Esto significa que, nuevamente, podrá tacharse de inconstitucional cualquier regulación de relaciones entre particulares que no delimite adecuadamente los intereses de una y otra parte, o que, para salvaguardar el derecho de una de las partes, limite desproporcionadamente el derecho de la otra. Por lo tanto, la regulación de las relaciones entre particulares en las que aparezcan involucrados derechos fundamentales constituye, simplemente, un problema de valoración entre los derechos en conflicto que garantice el contenido esencial de ambos (103).

3. Los supuestos de relaciones extracontractuales conflictivas precisamente porque están en juego derechos fundamentales por am-

---

(101) Y relaciones familiares, donde la autonomía privada tiene un rol más secundario debido a la presencia de los menores de edad y al carácter fundamentalmente personal y no patrimonial de dichas relaciones.

(102) Una idea de los costes de tal regulación nos la da el supuesto del conductor de automóvil que regulase anticipadamente las consecuencias de un atropello con todas y cada una de las potenciales víctimas. Esta es la perspectiva que adopta el análisis económico del Derecho para las relaciones extracontractuales; v. C. PAZ-ARES, «La economía política como jurisprudencia racional», ADC 1981 p. 601 ss., esp. pp. 654 ss.; G. CALABRESI, *El coste de los accidentes*, Barcelona 1988 *passim*. En la medida en que pueda existir regulación autónomo-privada (p. ej. la garantía del fabricante a todos los que adquieran [de un revendedor] su producto), el problema se plantea en idénticos términos a lo que se expondrá a continuación.

(103) Como es sabido, cuando —en unas circunstancias determinadas— se produce una colisión entre dos principios, como sucede en estos casos, la solución pasa por hacer prevalecer uno de ellos sobre el otro, valoración que puede ser la contraria si las circunstancias en las que se ha producido la colisión varían. La preferencia se determina de acuerdo con el «peso» de cada uno de los dos principios. Como consecuencia de la valoración, el tribunal llega al establecimiento de una regla; v., ampliamente, ALONSO, *Interpretación*, p. 413 ss.; sobre la valoración y la diferencia entre normas-principio y normas-regla, v. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, p. 75-76.

bas partes son innumerables. Sólo cuando se producen de modo típico —como sucede con la relación entre el derecho al honor y la intimidad y la libertad de expresión— son regulados legalmente (LO 1/82 de protección civil al honor) remitiéndose el resto de los conflictos a la concreción judicial —fundamentalmente— del art. 1902 CC. Veamos algunos ejemplos de la necesidad de valorar equilibradamente los derechos en conflicto.

a) Conflictos entre derecho de propiedad y otros derechos como libertad de expresión, de reunión, etc., se producen en los casos en que el propietario de un centro comercial privado desea impedir que otro particular distribuya propaganda política o se reúna dentro del establecimiento al que no sólo tiene libre acceso el público, sino que incluso existe una «invitación» a entrar (104). En la valoración de si debe prevalecer el derecho de propiedad o la libertad de expresión, parece tener gran importancia el carácter de «subrogado» de un foro público que estos centros comerciales poseen en la actualidad (lo que permite distinguir estos centros de sedes de empresas u oficinas en general); el efecto que dichas actividades tengan sobre los intereses económicos del propietario, la mayor o menor compatibilidad de dicha actividad con la actividad comercial, etc.

b) Un ejemplo límite de estas valoraciones se encuentra en algunos supuestos de *responsabilidad extracontractual con consecuencias extremadamente onerosas para el obligado*, del que es un supuesto específico los límites a la embargabilidad (105). La sustracción de determinados bienes o derechos a la posibilidad de embargo limita el derecho a la tutela judicial efectiva de los acreedores en cuanto parte del patrimonio de su deudor no puede ser ejecutado para el pago de la deuda, siendo así que el derecho a la tutela judicial comprende el derecho a poder ejecutar (art. 24 CE). Esta limitación se justifica por el respecto a la dignidad humana, protección de la familia etc., es decir, por ciertos derechos fundamentales de los deudores. El Tribunal Constitucional declaró, sin embargo, que la inembargabilidad debía limitarse al salario mínimo interprofesional y que era inconstitucional la normativa que declaraba inembargables las pensiones de la seguridad social calificando la norma de *desproporcionada*, porque limitaba en exceso el derecho a la tutela judicial de los acreedores al no tener en cuenta la cuantía de la pensión para declarar su inembargabilidad. La limitación de tal de-

---

(104) Los «*shopping mall cases*» se han multiplicado en los últimos años en la jurisprudencia americana, que tiende a resolverlos tal como aquí se ha señalado, mediante una valoración equilibrada del derecho de propiedad y de la libertad de expresión: v., con más indicaciones, FRIESEN, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 17 (1989) p. 113, nota 4 y pp. 131 ss. donde se recogen los criterios expuestos en el texto.

(105) STC 138/89 y 140/89 de 20.7 BJC 100-101 (1989) p. 1356 ss. respecto a la embargabilidad de las pensiones de la seguridad social; respecto a la constitucionalidad de la inembargabilidad del salario mínimo interprofesional v. STC 113/89 22.6 BOE 29.7.

recho sólo venía justificada en el mínimo existencial, fundamento de la inembargabilidad (106).

Los límites al principio de responsabilidad universal (art. 1911 CC) constituyen, sin embargo, un problema más amplio, puesto que —como lo demuestra el ejemplo extraído de la jurisprudencia alemana (v. *supra* III.4) en relación con la responsabilidad del patrimonio futuro del menor por las deudas contraídas en su nombre por sus representantes legales— pueden condenar, en la práctica, a una persona a vivir en los límites del salario mínimo durante el resto de su vida. La discusión se inició en Alemania a raíz de la condena a unos jóvenes que, culposamente, quemaron un polideportivo, al pago a la compañía de seguros que había indemnizado a su vez los daños de una cantidad de varios millones de marcos (107). Un sector de la doctrina alemana considera que el problema es resoluble en algunos supuestos sobre la base de una interpretación «constitucional» de la prohibición de abuso de derecho (art. 7.2 CC) mientras que en otros la intervención del legislador es imprescindible (108).

4. En el ámbito de las relaciones contractuales, la primera función que corresponde a los poderes públicos consiste en auxiliar a la autonomía privada dictando *normas de derecho dispositivo*, es decir, normas que determinan las consecuencias de un contrato para el caso de que los propios particulares no las hayan establecido. En esta tarea, los poderes públicos deben establecer una adecuada delimitación de los derechos de una y otra parte cuando estén en juego derechos fundamentales. Estos límites constitucionales juegan, no sólo respecto a las normas *legales* dispositivas, sino también a los usos y al llamado desarrollo judicial del Derecho (109), lo que se comprende fácilmente si se tiene en cuenta que estas dos últimas fuentes de integración contractual constituyen fuentes *normativas heterónomas*, es decir, no son producto de la autonomía privada sino que tienen su origen en otras fuen-

---

(106) Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en la STC 140/89 citada, el argumento fundamental del Tribunal Constitucional para afirmar la inconstitucionalidad del art. 22.1 TRLGSS fue el hecho de que estableciera una regulación diferente a la prevista con carácter general sobre la cuantía de los bienes inembargables por el art. 1449.2 LEC y el art. 27.2 Estatuto de los Trabajadores.

(107) MEDICUS, AcP 192 (1992) p. 41; v. también, D. MEDICUS, AcP 188 (1988) p. 490 con más indicaciones en nota 1.

(108) CANARIS, JZ 1987, pp. 1001-1002 con un análisis detallado. v. también, ZIP, 1989 p. 823 s. Debe tenerse en cuenta que nuestro TS ha limitado la cuantía de la indemnización en supuestos de este tipo aplicando a casos de responsabilidad extracontractual la norma del art. 1103 CC: v. referencias en F. PANTALEÓN, *Comentario al Código Civil del Ministerio de Justicia*, II, Madrid 1991 art. 1902, IX.1 pp. 1998-99, quien ha señalado que en la valoración equilibrada de los derechos en conflicto resulta de extrema importancia tener en cuenta quién es el reclamante (la víctima o la compañía aseguradora subrogada frente al dañante ex art. 43 LCS) y la situación en la que quedaría la víctima si se limita la responsabilidad del dañante.

(109) A partir de la integración contractual *ex bonae fidei*, por ejemplo. V. STC 88/85 de 19.7. Las normas «creadas» por los jueces en el marco del desarrollo judicial del Derecho están sometidas a los mismos límites que el Derecho de origen legal, CANARIS, AcP 184 (1984) p. 210 ss. p. 212; v., más ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 450 ss.

tes de autoridad. Consecuentemente han de ser valoradas conforme a los mismos criterios que las normas de origen legal. En todo caso, y como venimos repitiendo, no puede considerarse inconstitucional una regulación por el mero hecho de que fuera posible garantizar un mayor nivel de protección sino únicamente si se ha infringido el mandato de garantizar el contenido esencial del derecho (110).

a) En relación con la constitucionalidad de los *usos*, un ejemplo extraído de la jurisprudencia constitucional permitirá aclarar lo expuesto. Un camarero decide dejarse barba. Su empleador le ordena afeitarse y ante la reiterada negativa del trabajador le sanciona por dos veces con suspensión de empleo y sueldo. Finalmente lo despide. El trabajador, tras infructuosas demandas ante la jurisdicción laboral, recurre en amparo sosteniendo que el artículo 18.1 CE (derecho a la intimidad y a la propia imagen) amparaba su decisión de dejarse barba frente al ejercicio del poder disciplinario del empresario (111). La decisión del órgano judicial de no reconocer al camarero su derecho a la propia imagen (poder llevar barba) no es reprochable porque aplicó un uso local en tal sentido (112). El uso no es reprochable (por tanto, tampoco hay una infracción del derecho a la tutela por parte del juez al reconocer la validez del uso) porque supone una regulación equilibrada (aunque no sea la única posible ni tal vez la más equilibrada) entre el derecho del empresario a organizar su establecimiento como tenga por conveniente y el derecho del barman a su propia imagen. Obsérvese que el uso debe equipararse a una regulación de derecho dispositivo, por lo que el legislador (*rectius*, el juez que controla la legalidad del uso) debe promulgar una regulación que valore equilibradamente los intereses legítimos — de acuerdo con la Constitución — de ambas partes. Y es esta valoración (reflejada en el uso) la que ha de someterse a escrutinio desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales (113). Probablemente, la regulación usual (en la que se ampara la actuación del empresario) pasará el examen constitucional si la limitación del derecho del trabajador se justifica por algún interés empresarial de modo que pueda afirmarse que *ex*

---

(110) En este sentido, CANARIS, JuS, 1989 p. 163; H. D. JARASS, «*Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*» AÖR 110 (1985) p. 383; también, MEDICUS, AcP 192 (1992) p. 55 quien advierte que si se niega este ámbito de configuración al legislador, la tendencia expansiva de los derechos fundamentales y la obligación del legislador de actuar en determinados casos (v. *infra*) llevaría a que las decisiones políticas esenciales «no las tomara el legislador ordinario sino el (*selbstverantwortlich*) Tribunal Constitucional a través de la interpretación de los derechos fundamentales» p. 55. criticando que se procede así en algunas decisiones del BVerG aun cuando formalmente se afirme la libertad de configuración del legislador. p. 56; entre nosotros, v. QUADRA-SALCEDO, *Recurso de amparo*, pp. 52 ss.

(111) STC 170/87 de 30.10 (BOE 21,11), v. al respecto, GARCÍA TORRES, PJ, 10 (1989) p. 30.

(112) Existía tal uso para los empleados que estuvieran en contacto con los clientes, GARCÍA TORRES, PJ, 10 (1989) p. 30, uso que se justifica por la impresión de falta de pulcritud que podría causar en los clientes la barba, etc.

(113) V. *supra* III.3.

ante, trabajador y empresario, hubieran aceptado una regulación así. Estos criterios son aplicables a todos los casos de «aspecto externo» en los que decidir si hay obligación por parte del trabajador o no de conservar una cierta apariencia externa. Por tanto, habrá de examinarse en estos términos, por ejemplo, si el uso según el cual, los conductores de autobuses visten uniforme constituye una regulación que no garantiza el mínimo de protección al derecho a la propia imagen que se deriva del reconocimiento constitucional del derecho o no (114).

b) Respecto a la «constitucionalidad» de la integración contractual realizada por los jueces *ex bonae fidei*, pueden servir de ejemplo los supuestos decididos en la STC 47/85 de 27.3 y STS 30-10-78 en los que dos trabajadores pretenden una modificación del contrato de trabajo alegando motivos religiosos en el primer caso y objeción de conciencia a la fabricación de armas en el segundo. Ni el contrato ni el convenio colectivo ni la ley ni los usos contienen una regulación que prevea si se modificará o no el contrato en tales circunstancias. Corresponde, pues, al juez dar una regla para resolver el conflicto de acuerdo con el art. 1258 CC. El principio general es que los contratos han de cumplirse en sus propios términos y que sólo pueden modificarse de mutuo acuerdo. La buena fe, sin embargo, puede obligar a una de las partes a aceptar una modificación del mismo propuesta por la otra. La cuestión consiste en determinar si una regla, establecida por los tribunales de instancia, que afirmara que «el art. 1258 CC interpretando de acuerdo con los valores constitucionales impide al empresario exigir el cumplimiento del contrato y obligar a los trabajadores que trabajen en domingo o que fabriquen las armas cuando dicha actividad atenta contra su religión o ideología pero no obliga a que el empresario acepte la correspondiente modificación del contrato de trabajo» es o no inconstitucional. A nuestro juicio, en el primer caso, la regla así expresada desprotege excesivamente el derecho a la libertad religiosa. El mínimo de protección vendría dado por una regla que estableciese que «la buena fe contractual exige al empresario que, siendo serias las convicciones del trabajador, modifique su horario de trabajo si tal modificación no le supone un «gravamen excesivo» (115).

---

(114) El despido en caso de negativa es procedente (STS 25-6-85); supuestos similares son los de la obligación de observar normas de higiene en el ámbito de la empresa (STS 10-6-88); v. estos casos en S. DEL REY, «Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional» en AAVV *Derecho del Trabajo y Constitución*, Madrid, 1992, 41-42 y, GOÑI, *Esfera privada*, p. 59; comp. con los supuestos de análisis de orina obligatorios para trabajadores de ciertas empresas para detectar el consumo de drogas que han sido declarados admisibles por el Tribunal Supremo americano. A nuestro juicio, tales análisis pueden ser fácilmente (si no están justificados) vejatorios y, por lo tanto, no quedar cubiertos por el poder de dirección del empleador (art. 20.3 ET), es decir, el juez que no proteja al trabajador frente a las consecuencias perjudiciales derivadas de su negativa a someterse a tales análisis estaría infringiendo el mandato de protección constitucional, por lo que vendría obligado a calificar de ejercicio abusivo de la potestad de dirección la imposición empresarial del análisis (v. la crítica en Ch. A. REICH, «*The individual sector*» *Yale L. Journal*, 100 [1991] p. 1409, 1425-26).

(115) En este sentido, DEL REY, *Contrato de trabajo* p. 48 donde se examinan,

Fuera del ámbito laboral, constituye también un supuesto de escrutinio constitucional de una regla creada por los jueces ex art. 1258 CC un reciente caso de la jurisprudencia alemana en el que una de las partes de un contrato sobre el cual debía decidir un árbitro exigió que éste se sometiese a pruebas psiquiátricas para determinar su capacidad. El contrato de arbitraje carecía de regulación al respecto. El BGH negó la pretensión del contratante. Canaris afirma que una regulación del supuesto (en vía de interpretación integradora o, mejor, integración) que compatibilizara el derecho del árbitro a no someterse a pruebas de ningún tipo contra su voluntad con el interés del sometido al arbitraje en asegurarse del estado mental de la persona que va a decidir sobre su patrimonio conduciría a otorgar al árbitro un derecho a denunciar el contrato de arbitraje sin indemnizar a las partes pero, eso sí, devolviendo la remuneración (116).

---

además, otros derechos fundamentales y su efectividad en el marco laboral. Obsérvese que el legislador (pero no el juez) podría establecer una regulación legal de tal conflicto más favorable a la libertad religiosa estableciendo incluso, como sucede en Alemania una prohibición genérica de trabajo en domingo *Sonntagverbot*. Como venimos repitiendo su intervención sólo tendría como límite que al hacerlo «desprotegera» el derecho del empresario por debajo del «contenido esencial». Para una valoración similar, v. GOÑI, *Esfera privada*, pp. 54 y ss., con referencias al Convenio 106 OIT cuyo art. 6.4 recoge una solución en este sentido. Para un caso similar pero en el que la valoración es más clara, v. CANARIS, AcP 184 (1984) p. 239 respecto a 4 días de permiso de un musulmán para asistir a la fiesta religiosa más importante del islám. La distinta valoración se explica, al margen de que se trataba de «cuatro días de asuntos propios» anuales, más bien, porque el empresario sabía que el trabajador era musulmán cuando lo contrató (a diferencia de lo que sucedía en los casos enjuiciados por nuestro TC) y el trabajador era un extranjero escasamente informado (v. las observaciones de CANARIS al respecto).

El conflicto de intereses ha recibido regulación legal en nuestro Derecho en la Ley 26/1992 de 10.11 (BOE 12.11) cuyo art. 12.1 establece que los trabajadores musulmanes podrán solicitar la interrupción de su trabajo los viernes de cada semana, día de rezo colectivo obligatorio y solemne de los musulmanes, desde las trece treinta horas hasta las dieciséis treinta horas así como la conclusión de la jornada laboral una hora antes de la puesta de sol durante el mes de ayuno (Ramadán). Inexplicablemente se supedita dicho derecho al «previo acuerdo de las partes». Y se añade que las horas no trabajadas deberán ser recuperadas sin compensación. Decimos inexplicablemente porque la norma carece de contenido si el empresario puede rechazar la solicitud, ya que no es necesaria una ley para afirmar la validez de un acuerdo semejante. Debe entenderse, pues, que el acuerdo previo significa, simplemente, que la interrupción ha de ser solicitada y negociada pero no que el empresario pueda negarse. En relación con los judíos v. ley 25/1992 de 10.11 (BOE 12) cuyo art. 12 establece una regulación similar respecto al sábado.

(116) CANARIS; JuS 1989 pp. 165-166. .

## V. EFECTOS DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOBRE LA REGULACIÓN AUTÓNOMA DE LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES. PLANTEAMIENTO

1. Los problemas de mayor envergadura se plantean respecto a las relaciones entre particulares reguladas por ellos mismos en el ejercicio de su *autonomía privada* (117). La cuestión se concreta entonces en decidir en qué medida los derechos fundamentales aparecen como *límites a la autonomía privada*. Dado el planteamiento que aquí hemos considerado como más acertado, el problema consiste en determinar cuándo el respeto por los poderes públicos a la autonomía privada conduce a una *desprotección* intolerable de los derechos fundamentales de un particular y, consiguientemente, cabe afirmar que los poderes públicos no han cumplido con el mandato de protección que respecto de tales derechos contiene la Constitución (118). Decidir cuándo se ha cumplido dicho mandato y cuándo no, es una cuestión que no puede resolverse con carácter general. Ahora bien, en la discusión de los grupos de casos es conveniente distinguir los supuestos en los que *alguien limita su propio derecho fundamental* mediante un acto de ejercicio de su libertad individual (porque contrata) de los supuestos en los que el ejercicio de la autonomía privada por un particular *provoca la desprotección en su derecho fundamental de un tercero* (que quiere contratar). Se trata, por lo tanto, de diferenciar entre limitaciones consentidas y limitaciones no consentidas. Utilizando categorías dogmáticas asentadas, la distinción puede ser aprehendida recurriendo a la que se realiza habitualmente entre libertad contractual en sentido estricto —libertad para fijar el contenido de los contratos (*Gestaltungsfreiheit*)— y libertad para contratar o no y para elegir al cocontratante (*Abschlussfreiheit*) (119).

2. Desde la posición de los poderes públicos, en el primer grupo de supuestos (libertad para fijar el contenido de los contratos) el conflicto se plantea entre el derecho fundamental implicado y el derecho a disponer de la propia esfera jurídica, además, naturalmente del interés de la otra parte en el mantenimiento de la validez del pacto. Como se ha señalado ya, es muy frecuente que los particulares consientan en

---

(117) Entendida como «poder de autodeterminación de la persona» o «esfera de libertad de la persona para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen»; v. por todos, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 11.

(118) Este planteamiento es el propuesto, como venimos señalando, por CANARIS, AcP 184 (1984) pp. 225 ss. Debe reiterarse aquí que los particulares al autorregular sus relaciones no han de respetar —como han de hacerlo los poderes públicos— su «contenido esencial».

(119) V., por todos, W. FLUME, *Das Rechtsgeschäft*, Berlín-N.York, 1979 p. 12.



restringir o limitar sus derechos fundamentales por contrato (por ejemplo, el pacto por el que un arrendatario renuncia a contraer matrimonio mientras dure el arrendamiento). Cuando el contratante niega la validez del pacto (por él consentido) limitativo de su derecho fundamental en realidad está alegando que el ordenamiento no debe permitirle limitar mediante actos de la autonomía privada sus propios derechos; alega que él no tiene derecho a autolimitar su derecho fundamental (*regla de la irrenunciabilidad o de la inalienabilidad* del derecho). Para el Derecho Privado, el conflicto entre un derecho y el derecho a limitarlo o suprimirlo por la propia voluntad es un problema de *límites a la renunciabilidad y a la disponibilidad de los derechos*, límites que, de acuerdo con los arts. 6.2 y 1255 CC, se encuentran en el interés y el *orden público* (*infra* V).

Los partidarios de la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales tienden a realizar un balance entre, por ejemplo, el derecho del arrendador a usar de su propiedad como tenga por conveniente (arrendando sólo a solteros) y el derecho del arrendatario a contraer matrimonio, con lo que la tentación de resolver el conflicto en favor del segundo (mayor rango de los derechos personales frente a los patrimoniales) es muy grande. Esta valoración, sin embargo, es errónea porque concibe los acuerdos entre particulares («el arrendatario no podrá contraer matrimonio») como si fueran un acto de un poder público y no tiene en cuenta que, además de ambos derechos, hay otro derecho en juego: el que proclama o garantiza la libertad del arrendador y del arrendatario para disponer de su esfera jurídica como tenga por conveniente, libertad para autovincularse que, —como venimos repitiendo— se halla estrechamente conectada con la dignidad humana (art. 10.1 CE) (120).

En definitiva, el problema consiste en decidir en qué medida el consentimiento del afectado excluye la «inconstitucionalidad» de la autorregulación privada o, en otras palabras, en qué medida el consentimiento es *autoprotección* suficiente y, por lo tanto, el mandato de protección de los derechos fundamentales que implica su reconocimiento constitucional queda suficientemente cumplido si los poderes públicos garantizan la realidad de dicho consentimiento (121).

3. En el segundo supuesto, es decir, cuando se trata de decidir si el ejercicio por parte de una persona de su libertad para contratar o no y para seleccionar a su cocontratante (o, en general, el tipo de personas con las que se entablan relaciones negociales) puede limitarse en atención a los derechos fundamentales del afectado por tal decisión, el problema —considerado desde la función de los derechos fundamentales como mandatos de protección— es decidir sobre los límites al ejercicio de un derecho. En el ámbito de los límites genéricos a la autonomía

---

(120) Para un apunte en este sentido, aunque afirmando la *Drittwirkung* del principio de no discriminación, RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 270; GOÑI, *Esfera privada*, p. 44.

(121) V. CANARIS, AcP 184 (1984) p. 228.

privada, el instrumento técnico para tal fin es la *prohibición del ejercicio abusivo o antisocial de los derechos* (art. 7.2 CC, *infra* VI).

4. La distinción es especialmente útil en el plano de las consecuencias jurídicas donde son diferentes los modos en los que los poderes públicos han de «reponer en su derecho» al particular que ha de ser protegido. En el caso de las cláusulas contractuales que limitan o suprimen derechos fundamentales de uno de los contratantes, la forma de reponer al contratante en su derecho es, básicamente, la declaración de ineficacia (en el sentido más amplio) de la cláusula correspondiente. Por el contrario, en el supuesto del abuso de la libertad para contratar y para elegir al cocontratante, la forma de reponer en su derecho al perjudicado consiste, básicamente (aunque no sólo), en *obligar al infractor a contratar* en las condiciones habituales.

5. La distinción expuesta puede ser objetada afirmando que, en realidad, los supuestos de negativa a contratar que afectan a derechos fundamentales del rechazado o discriminado, no deberían tratarse aquí puesto que son supuestos de *relaciones extracontractuales* (122) y los problemas que se plantean son idénticos a los expuestos en apartados anteriores: regulación legal de dichas relaciones de acuerdo con una valoración equilibrada de los derechos en conflicto. Su tratamiento aquí, junto a los supuestos de límites a la validez de los pactos contractuales limitativos de derechos fundamentales está, no obstante, justificado fundamentalmente porque *los criterios de valoración para decidir cuándo es necesario limitar la autonomía privada en ambos casos son los mismos*. Los límites a la actuación individual impuesta por el reconocimiento de los derechos fundamentales no son, en efecto, de diferente intensidad en uno u otro caso. De hecho, todos los supuestos de cláusulas contractuales que limitan o suprimen derechos fundamentales (p. ej. la cláusula de prohibición de contraer matrimonio en el arrendamiento) pueden ser concebidos igualmente como supuestos de negativa a contratar (negativa a contratar con personas casadas) (123). Por tanto, una negativa a contratar será inconstitucional si la razón en la que se funda, de estar incluida en el contrato, provocaría la nulidad de la cláusula correspondiente y, viceversa, una cláusula contractual será nula si, alegada como justificación de la negativa a contratar, resultase inaceptable. Como tendremos ocasión de comprobar inmediatamente, el criterio de valoración que permite con-

---

(122) Así, en los ordenamientos que carecen de una norma equivalente a nuestro art. 7.2 CC, la obligación de contratar se impone como una forma de indemnización de los daños y perjuicios derivados del ejercicio abusivo del derecho (por tanto, ex art. —equivalente— 1902 CC), v., por todos, W. KILLIAN, «*Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem*» AcP 180 (1980) pp. 47-83.

(123) Como nos ha señalado F. PANTALEÓN. La afirmación es más evidente aún en el caso de las cláusulas estatutarias de una asociación referidas a los criterios para la selección de los nuevos miembros de la asociación.

cretar el orden público en un caso y afirmar el carácter «antisocial» del ejercicio del derecho en el caso de las negativas a contratar es la *incompatibilidad de la cláusula contractual o de la negativa a contratar con un sistema jurídico fundado en el respeto (y la protección) a la dignidad humana*.

## VI. LÍMITES A LA LIBERTAD DE PACTOS COMO CONSECUENCIA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

1. De acuerdo con el planteamiento expuesto en el apartado anterior, se trata de determinar cuándo está justificado, desde la perspectiva constitucional, que el legislador de Derecho privado no se limite a dictar normas de Derecho dispositivo cuando regula relaciones contractuales sino que establezca *normas imperativas*, que impiden a las partes decidir sobre sus bienes personales y patrimoniales como tengan por conveniente. Tales límites se justifican por muy diversas razones (124). Dado que se trata de decidir en qué medida puede un contratante limitar sus derechos fundamentales por contrato, aquí nos interesan las normas imperativas que se dictan *para proteger a una de las partes de la relación*. Si el legislador se siente obligado a intervenir para proteger a alguien de sí mismo es, lógicamente porque considera que al autolimitar de esa forma sus derechos, el particular *no actuó libremente debido a un defectuoso funcionamiento de la libertad contractual* («poder de mercado»; «defectos de información»; imposibilidad de una decisión reflexiva, etc.) (*infra* 2); o bien, menos frecuentemente, porque cree conocer mejor que esa misma persona cuáles son sus intereses (*infra* 3 ss.).

2. La renuncia o limitación de derechos fundamentales por contrato no es válida en los supuestos en los que *típicamente*, el «mecanismo contractual» que garantiza la «justicia» (*volenti non fit iniuria*) del contenido de los contratos no funciona correctamente (125). Decidir

---

(124) Bien para proteger *intereses públicos* (bienes públicos, defensa nacional, fiscales...) o de *terceros* afectados por las decisiones de los particulares que ellos no han consentido (Derecho de familia, la regulación de las legítimas (arts. 806 ss. CC) como expresión de una composición entre la libertad de testar y los intereses de la familia y todos los supuestos de contratos con «externalidades» negativas, es decir, que afectan de forma perjudicial a terceros no intervinientes. Nuevamente debe señalarse que el legislador tiene un amplio margen de actuación v. *supra* nota 102.

(125) Decimos «típicamente» porque cuando la inexistencia de libertad contractual se deba a circunstancias que han rodeado la celebración del contrato singular, la protección del contratante es tarea de las normas sobre vicios del consentimiento (arts. 1263 ss. CC); v. ALFARO, *Condiciones generales*, p. 89 ss.

cuándo la libertad contractual no protege a los contratantes no es tarea fácil pero en los términos más escuetos y de acuerdo con lo que hemos señalado anteriormente, podría afirmarse que el mecanismo contractual no funciona correctamente cuando el contratante no tuviera como alternativa razonablemente disponible (a aceptar la limitación de sus derechos contenida en el contrato) la renuncia a contratar dirigiéndose a la competencia (126). Si el particular no actuó libremente, la limitación del derecho contenida en el contrato no está amparada por la libertad contractual, por lo que en estos casos no sólo está justificada la intervención de los poderes públicos, sino que, en la medida en que se vea afectado un derecho constitucional de la parte que no ha podido actuar libremente existe por parte de los poderes públicos un *deber* de intervenir: para el legislador y en caso de inactividad, para el juez en el marco del desarrollo judicial del Derecho y, no siendo posible, recurriendo a la cuestión de inconstitucionalidad según expusimos anteriormente (127). Si no existe una regulación en tal sentido y el juez no ha garantizado la protección en vía interpretativa, puede hablarse de un *déficit de protección* del derecho, y por lo tanto, estar justificada la estimación del amparo (128).

---

(126) *Rectius* cuando un contratante ideal colocado en la posición del contratante real hubiera tenido como alternativa razonablemente disponible la de renunciar a contratar y dirigirse a la competencia. De esta forma es posible distinguir la ausencia de libertad en estos casos con la de los supuestos de los que nos ocupamos *infra* 3. Sobre el criterio, v. ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 52 ss. sobre los presupuestos jurídicos y fácticos para el correcto funcionamiento de la libertad contractual; en particular sobre los derechos fundamentales v. C. HILLGRUBER, AcP 1991, p. 69 ss.

(127) Así, lo ha admitido expresamente el Tribunal Constitucional alemán, HERMES, NJW, 1990 p. 1767; HESSE, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg, 1987 p. 37. HILLGRUBER, AcP 191 (1991) p. 76. La inconstitucionalidad vendría por la existencia, como hemos señalado anteriormente, de una *laguna oculta*, es decir, porque el tenor literal de una norma o una institución extienda su aplicación a supuestos de hecho diferentes y, por lo tanto, merecedores de un trato diferente. Este planteamiento, mucho más preciso, debe sustituir al más extendido en nuestra doctrina que afirma, sin más, que la libertad contractual se halla desvirtuada por la existencia de «grupos privados (que) ejercen un poder de hecho no menos amenazador que el del Estado, convirtiendo en pura ilusión la teórica igualdad de las partes y la no menos teórica autonomía de la voluntad» (así, PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 209; PÉREZ LUÑO, *Derechos fundamentales*, p. 22-23). Lo más pernicioso de la forma de plantear la cuestión de estos últimos autores (al margen de que, siendo consecuentes, estos autores tendrían que negar igualmente la existencia de libertad real no sólo en la vida económica sino también en la vida política) es que no se proporcionan criterios para determinar cuándo la desigualdad económica entre las partes es relevante y cuándo no. Para la crítica de la retórica del «contratante débil» que procede de la doctrina —especialmente— italiana de los años setenta, v. ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 52 ss.

(128) Lógicamente, ha de justificarse plenamente la existencia de la situación de no funcionamiento de la autonomía privada para acusar al legislador de «pasividad inconstitucional» v. al respecto las observaciones de MEDICUS, AcP 192 (1992) p. 61-62.

Así se explican muchos de los límites legales y jurisprudenciales a la autonomía privada en muy diversos ámbitos:

a) El monopolista o el empresario en posición de dominio no puede establecer condiciones abusivas o discriminatorias de venta (v. art. 6 LDC); una asociación «con posición de dominio» no puede expulsar a sus socios sin causa justificada (129); las limitaciones a los derechos fundamentales contenidas en condiciones generales deben considerarse nulas (art. 10.1 c) LCU) etc.

b) En el ámbito del *Derecho de sociedades*, este planteamiento proporciona algunos criterios de interpretación en relación con el *principio de igualdad de trato de los socios*. A nuestro juicio, en el ámbito de las sociedades de personas (sociedad civil, sociedad colectiva y agrupaciones de interés económico fundamentalmente), son perfectamente válidas las cláusulas contractuales o los acuerdos entre socios que impliquen un tratamiento desigual de los socios. La regla de la unanimidad para la adopción (tanto de los estatutos como) de acuerdos garantiza que los presupuestos de la libertad contractual están presentes, por lo que no está justificado —salvo en casos excepcionales— que el Derecho limite la libertad de los particulares y, de hecho, el legislador no consagra imperativamente tal derecho de los socios, sino que tal regla tiene carácter dispositivo (v. por ej. art. 1689 CC). Por el contrario, en el caso de sociedades de capitales (fundamentalmente, la sociedad anónima), el principio mayoritario —base para la adopción de acuerdos— permite eventualmente a la mayoría «expropiar» a la minoría sin su consentimiento por lo que, ante la ausencia de libertad contractual en sentido fuerte, debe garantizarse protección a los minoritarios declarando imperativa la regla de igualdad de trato (130).

c) Desde estas ideas deberían, igualmente, justificarse los límites a la autonomía privada en el ámbito del *Derecho del trabajo*. Si tradicionalmente se alega que el consentimiento del trabajador no le protege suficientemente frente a los abusos por parte del empresario, lo que exige la existencia de normas imperativas (finalidad tuitiva del Derecho del Trabajo) debería, entonces, examinarse la razonabilidad de cada norma concreta que limite la libertad contractual del trabajador y del empresario (131) y no conformarse

---

(129) v. al respecto, CRUZ VILLALÓN, ASN 1988 p. 103-104; CANARIS, AcP 184 (1984) p. 206; y nota anterior. Sobre la expulsión de socios y la jurisprudencia constitucional, v. J. J. MARÍN LÓPEZ, «La intervención judicial en los conflictos endoasociativos: el caso de la expulsión de asociados. Comentario a la STC 218/88» PJ, 14 (1989) pp. 151-161. Resultaría de interés igualmente, aplicar las categorías de práctica concertada y abuso de posición de dominio procedentes del Derecho de la competencia a instituciones privadas no empresariales en relación con el acceso a sus prestaciones.

(130) C. PAZ-ARES Comentario al art. 1665 CC en C. PAZ-ARES/L. Díez-PICAZO/P. SALVADOR/R. BERCOVITZ, *Comentario del Código Civil*, II, Madrid 1991, p. 1327; si se priva de un derecho a la minoría, la norma que lo permite está justificando una «expropiación» por lo que deben cumplirse los requisitos para la validez constitucional de la misma. Así, CANARIS, AcP 184 (1984) p. 220.

(131) Este es el planteamiento liberal del Derecho del Trabajo, v. D. R. FISCHER, «*Labor Market and Labor Law Compared with Capital Market and Corporate Law*» U Chi. L. R. 51 (1984) p. 1061 ss.: si el mercado protege a los accionistas (porque las empresas que no adaptan su estructura a los deseos de éstos no obtendrán capital inversor) ¿por qué no protege a los trabajadores? Para una primera aproximación a estos problemas, v. B. ARRUÑADA, *Economía de la empresa: un enfoque contractual*,

con la afirmación genérica de la situación de inferioridad contractual del trabajador (132).

d) Por último, nos parece que es, en estos términos, en los que hay que analizar el supuesto de la cláusula del contrato de arrendamiento que «prohíbe» al arrendatario contraer matrimonio. La cláusula debe considerarse ineficaz en sus propios términos (no puede impedirse al arrendatario contraer matrimonio) pero válida en cuanto configura el matrimonio del arrendatario como incumplimiento contractual del contrato de arrendamiento. Naturalmente si no cabe afirmar que en el mercado de los arrendamientos exista libertad contractual, en tal caso, la limitación temporal del derecho a contraer matrimonio será ineficaz, pero si podemos afirmar que el arrendatario fue libre (es decir, que tenía alternativas razonablemente disponibles a la de contraer aceptando la renuncia al matrimonio) no vemos razón para desatender la voluntad libre de ambas partes (133).

Finalmente, debe destacarse que cuando existe una regulación legal que limita la libertad contractual, los jueces no pueden añadir nuevas limitaciones en el ámbito regulado por la norma. En caso de que la regulación legal no proteja suficientemente a la parte cuyo derecho fundamental se ve afectado, será necesario recurrir a la cuestión de inconstitucionalidad ya que el déficit de protección será imputable al legislador (v. *supra* III).

3. Al margen de los supuestos expuestos en el apartado anterior, la posibilidad de disponer de los propios derechos fundamentales por contrato tiene su límite, según hemos señalado, en la ineficacia de la renuncia a los derechos fundamentales derivada del orden público constitucional (arts. 6.º.2 y 1255 CC) (134). Con carácter general, se

Barcelona 1990 p. 27 ss. En todo caso, debe tenerse en cuenta que un sector de los economistas no admite que pueda aplicarse el modelo económico neoclásico al mercado de trabajo, v. indicaciones en J. D. HOLZHAUER, «*The Economic Possibilities of Comparable Worth*» U. Chi. L. R. 53 (1986) p. 919 p. 920.

(132) Este es el planteamiento absolutamente dominante en la doctrina laboralista española que justifica el Derecho del Trabajo como derecho *desigualitario in totum* amparándolo constitucionalmente en el art. 9.2 CE, v. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «Principio de igualdad y Derecho del Trabajo» en AAVV *El principio de igualdad en la Constitución española*, Madrid 1991, II, pp. 1069 ss., p. 1072 con más indicaciones.

(133) Téngase en cuenta que los arrendadores pueden tener razones muy sensatas y dignas de protección para no querer alquilar a personas casadas. Desde la mayor dificultad «moral» de deshauciar a parejas con hijos (dada la mayor probabilidad de los casados de tener hijos) hasta una ideología en contra del matrimonio como institución. Obsérvese que no se está afirmando, en ningún caso que la cláusula pueda tener como efecto impedir al arrendatario contraer matrimonio.

(134) La existencia de un orden público constitucional como límite a la libertad contractual constituye casi un lugar común, v. por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO, «El principio de igualdad y las relaciones laborales» RPS 1979 p. 401; bien planteada la cuestión en PRIETO, *Derechos fundamentales*, p. 207-208; WIEDEMANN, JZ, 1990 p. 697; también CANARIS, AcP 184 (1984) pp. 235-237. Respecto al carácter irrenunciable de los derechos fundamentales, v. para el caso del honor y la intimidad, art. 1.3 LO 1/82 de 5.5. Las referencias que aquí se hacen lo son a derechos de carácter privado.

fundamenta tal ineficacia en su consideración como bienes situados «fuera del comercio» (son inalienables), por lo que las renunciadas a la *titularidad* (135) y las renunciadas al *ejercicio* (que por su extensión temporal o su intensidad sean equiparables (136), se reputan nulas (art. 1271 I CC).

El carácter irrenunciable o inalienable de un derecho encaja mal con un sistema fundado en la autonomía del individuo para disponer de su propia esfera jurídica de la forma que considere más conveniente. De hecho este tipo de normas que limitan la renunciabilidad a los derechos suelen tildarse de *paternalistas* (137), es decir, se acusa al legislador de pretender conocer mejor que el propio individuo cuáles son sus intereses, de no respetar la autonomía de la voluntad o de considerar al «protegido» como alguien inferior moralmente. No obstante, existen numerosos intentos de justificar tales normas desde una perspectiva que sea coherente con el respeto a la libertad individual y a la (igual) dignidad humana. El argumento fundamental consiste en afirmar que los deseos o preferencias de los individuos que se pretenden

Los derechos públicos subjetivos (derecho al voto, a acceder en condiciones de igualdad a cargos públicos, etc.) son inalienables por razones diferentes normalmente porque no es parte del contenido del derecho la posibilidad de enajenarlo v. al respecto, S. F. KREIMER, «*Allocational Sanction: The Problem of Negative Rights in a Positive State*» *U. Penns. L. R.* 132 (1984) p. 1293 ss. p. 1390.

(135) Así, por ejemplo, contratos de esclavitud, acuerdos sobre la educación religiosa de los hijos en los matrimonios entre un católico y un no católico. CANARIS considera en estos supuestos inaplicable el § 138 BGB (actos contrarios a las buenas costumbres) entendiendo que «existen límites a la autonomía privada (como éstos) que tienen más que ver con el supuesto de imposibilidad jurídica que con la contrariedad a las buenas costumbres» AcP 184 (1984) p. 235.

(136) Así, por ejemplo, las vinculaciones perpetuas en la medida en que suponen una restricción intolerable de la libertad de actuación son nulas; la cláusula por la que alguien se obliga a contraer matrimonio no es vinculante; una cláusula estatutaria de una asociación que impide a las «socias» acceder a los cargos directivos debe considerarse igualmente nula; una cláusula en un contrato de arrendamiento que prevé que «el arrendador podrá entrar en el piso arrendado en cualquier momento y sin previo aviso al arrendatario» es equivalente a una renuncia al derecho a la intimidad, v. al respecto, ROJO AJURIA, «Comentario a la STS 11-7-91» CCJC 1991, p. 859 ss., pp. 868-869.

(137) Sobre el paternalismo en general, v., con más indicaciones, los trabajos de E. GARZÓN VALDÉS, «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?» DOXA 5 (1988) p. 155 ss., C. S. NINO, *Ética y Derechos humanos*, Barcelona 1989, p. 413; D. L. SHAPIRO, «Courts, legislatures, and Paternalism» *Virginia L. Rev.* 74 (1988), p. 519 ss., p. 520 nota 4. y p. 522; especialmente, sobre lo que se expone a continuación, con un examen detallado de las posibles justificaciones para medidas paternalistas, C. R. SUNSTEIN, «*Legal interference with Private Preferences*» *U. Chi.L.R.* 53 (1986) p. 1129 ss. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que nosotros utilizamos aquí el término paternalismo en un sentido más (jurídico y) restringido que el utilizado habitualmente por los iusfilósofos y que no incluye las normas que protegen a menores o incapaces sino sólo las que impiden a personas con plena capacidad de obrar («competentes») disponer libremente de sus derechos.

restringir (renunciar a los propios derechos) no representan los «verdaderos» deseos de los individuos sino que son producto de una «elección errónea». También se afirma que las normas paternalistas tratan de evitar un perjuicio de carácter moral para terceros (138), admitiéndose, en todo caso, que normas paternalistas sólo pueden justificarse como *ultima ratio* del ordenamiento para evitar *daños* en bienes primarios a los individuos (139).

Los autores que se han ocupado del tema han descrito los siguientes grupos de casos en los que estaría justificada la limitación de la disponibilidad sobre los propios derechos: la exclusión voluntaria de posibilidades de elección, los supuestos de adicción, hábitos y miopía y los deseos o preferencias que son consecuencia de una adaptación del individuo a las posibilidades reales de obtención de bienes o derechos. De éstos, nos interesan especialmente, el primer y el tercer grupo.

Por «exclusión voluntaria de posibilidades de elección» se entiende el establecimiento obligatorio de una conducta para evitar debilidades de voluntad, como en el caso de la obligatoriedad del cinturón de seguridad. Cuando la mayoría impone la norma que obliga a conducir con cinturón de seguridad está tratando de «autovincularse» creando un incentivo —la prohibición— para evitar debilidades momentáneas de conducta (140). Muy relacionados con éstos, se encuentran los supuestos que Calabresi/Melamed califican de «moralismo (141) y que consideran como un supuesto de «externalidad». Según estos autores, cuando una persona decide convertirse en esclavo de otra «daña» a los terceros que no pueden soportar ver esclavos o pobres o mutilados a su alrededor. Esta externalidad moral justifica —por la imposibilidad de un acuerdo— la intervención estatal prohibiendo tales conductas (142). Esta misma

(138) V. G. CALABRESI/A. D. MELAMED, «*Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*» *Harvard L. Rev.* 85 (1972) p. 1088 ss. pp. 1112-14.

(139) J. KLEINIG, *Paternalism*, Totowa, 1984 p. 70 *apud*, J. W. NICKEL, *Book Review, Law and Philosophy*, 4 (1985) p. 115.

(140) V. SUNSTEIN, *U. Chi. L.R.* 53 (1986) p. 1140, p. 1141; v. también, NINO, *Ética*, p. 416: «debilidad de la voluntad»; CALABRESI/MELAMED, *Harvard L. Rev.* 85 (1972), 1113 «autopaternalismo». El ejemplo clásico es el de Ulises que ordena a sus marineros que le aten para evitar ser seducido por el canto de las sirenas o el del trabajador que ordena a su patrón que no le pague el viernes sino el sábado por la tarde para evitar la tentación de gastarse todo el dinero en una borrachera con sus amigos (este ejemplo es de R. E. GOODIN, *apud*, NICKEL, *Law and Philosophy*, 4 [1985] p. 117-118). Es necesaria la norma «autopaternalista cuando el acuerdo (entre Ulises y sus marineros o entre el minero y su patrón) no es posible.

(141) CALABRESI/MELAMED, *Harvard L. Rev.* 85 (1972) p. 1112.

(142) También está relacionado con esta justificación la teoría de Parfit sobre la identidad personal, según la cual, las políticas paternalistas tenderían a proteger el «yo futuro» del individuo contra actos dañinos de su yo presente: «Esto se aplicaría especialmente a aquellos actos de disposición de bienes que son por naturaleza *irreversibles*: tal es el caso, precisamente, de la disposición de la vida o de ciertos órganos irremplazables, de la cesión perpetua de la libertad personal (como ocurre cuando alguien se vende en esclavitud), etcétera. Aun cuando el yo presente de un individuo juzgue que al disponer de estos bienes realiza en grado máximo un ideal o proyecto personal, un eventual yo futuro, determinado por valoraciones, creencias, actitudes,



justificación explicaría igualmente los *estados de necesidad* como causa que justifica la no vinculatoriedad de muchos contratos. Así, consideramos nulos los contratos usurarios probablemente porque no aceptamos la distribución de la riqueza que conduce a tales contratos. Es decir, prohibimos estos contratos bien por el daño moral que nos produce ver la conducta del usurero; bien porque queremos evitar (nos) que, llegado el caso aceptemos contratos de este tipo (143). En cuanto a las *preferencias adaptadas*, se trata de preferencias que no son producto de decisiones verdaderamente autónomas sino que son consecuencia de lo que los individuos que manifiestan esos deseos pueden realmente obtener y suelen ejemplificarse con la fábula de la zorra y las uvas (144). La zorra no quiere las uvas porque están verdes, pero cree que están verdes porque no las puede conseguir. Es decir, *minusvalora* o no valora en absoluto (y por ello renuncia) lo que no puede conseguir. Con ello, adapta sus deseos a la realidad para evitar la frustración. La adaptación de las preferencias explica por qué es frecuente que personas que pertenecen a grupos discriminados acepten sin protesta la situación de discriminación (mujeres, personas de color) y parezcan estar contentas con su situación. La forma más efectiva de lograr que estos grupos adopten decisiones auténticamente autónomas pasa por eliminar coactivamente la discriminación que genera la «falsa conciencia» que hace a estos sujetos aceptar la discriminación (145).

Utilizando los criterios más aceptados, la renuncia a derechos fundamentales en un contrato es contraria al orden público cuando sea razonable pensar que el consentimiento (o sea la voluntad manifestada por el individuo) no protege mínimamente sus verdaderos intereses sin que, por otro lado, negar la validez del

etc., diferentes, podría sentirse grandemente frustrado por la pérdida de ese bien»; v. la exposición en NINO, *Ética*, pp. 474 ss. y otras indicaciones sobre este argumento en SHAPIRO, *Virginia L. Rev.* 74 (1988) p. 549.

(143) V. CALABRESI/MELAMED, *Harvard L. Rev.* 85 (1972) p. 1115 nota 51, quienes añaden que la prohibición puede tener fundamento puramente paternalista sobre el que sufre la usura.

(144) SUNSTEIN, *U. Chi. L. R.* 53 (1986) p. 1146 ss. con indicaciones sobre el origen del ejemplo. La zorra que rechaza las uvas que no puede alcanzar afirmando que estaban verdes ha adaptado sus deseos a la realidad. Tal adaptación favorece el bienestar, en cuanto reduce la frustración y la envidia.

(145) SUNSTEIN, *U. Chi. L. R.* 53 (1986) p. 1147-48 con examen de las objeciones realizadas a las afirmaciones del texto. Dentro de este mismo grupo se incluyen las preferencias que son producto de la propiedad, es decir, a menudo la gente valora más una cosa (o un derecho) cuando lo tiene que cuando no lo tiene, por ejemplo, porque la experiencia de la posesión aumenta el aprecio por el bien, pero, en general, por razones simétricas al supuesto de las uvas verdes: un esfuerzo por adaptar las preferencias a la distribución de bienes existente realmente, lo que justificaría —en algunos casos— privar del bien a la persona que valora el bien simplemente porque lo tiene (*ibidem* p. 1151). «Las leyes... que prohíben la discriminación racial o sexual tienen su origen, al menos en parte, en la idea de que las preferencias racistas o sexistas son el producto de deseos distorsionados —sentimientos movidos sólo por el interés, por parte de los beneficiados por la discriminación y preferencias adaptativas por parte de las víctimas— y el papel que corresponde al Estado es modificar tales preferencias (*ibidem* p. 1154-55).

acuerdo implique la imposición de valores distintos a los del contratante por parte del ordenamiento (146). Es decir, sólo cabrá negar la validez del acuerdo cuando la restricción sea irracional «dados los valores de las personas en cuestión» de forma que podamos afirmar que si hubiera actuado racionalmente (de acuerdo con su sistema de valores) habría mostrado su acuerdo respecto a la prohibición a la renuncia (147). Para decidir si se está imponiendo o no al contratante un sistema de valores determinado, puede ser de utilidad examinar si existen razones para pensar que la mayoría (al prohibir la renuncia al derecho) no está tratando de imponer una forma de vida a la minoría sino «vincularse a sí misma». Si es así, podremos afirmar que el sujeto, *ex ante* habría aceptado la restricción a su libertad de actuación. Así podrían explicarse los supuestos de abuso de los estados de necesidad ajenos. También nos parece aceptable, para los supuestos más extremos, el criterio de la «externalidad moral», es decir, la prohibición establecida con la finalidad de impedir conductas que, aún consentidas por el afectado directamente, afectan a los terceros que «sufren» con la existencia de tales situaciones en la sociedad (contratos de esclavitud, etc.) (148).

4. Debe tenerse en cuenta que para proteger al sujeto que renuncia a sus derechos hay una pluralidad de opciones a disposición del legislador más o menos «agresivas» para la autonomía privada. No sólo la intervención ha de justificarse, también el *grado* de intervención ha de tener buenas razones a su favor. Esta valoración se traduce, a nuestro juicio, en dos grupos de consecuencias para las obligaciones con-

---

(146) v. GARZÓN, *Doxa*, 5 (1988) pp. 161-163, serían los supuestos, por ejemplo del suicida, el héroe o el amante del riesgo; D. SCOCCIA, «Paternalism and Respect for Autonomy» *Ethics* 100 (1990) pp. 318-334, p. 320.

(147) SCOCCIA, *Ethics*, 100 (1990) p. 326. De hecho, la idea de consentimiento hipotético es la sugerida por algunos autores muy relevantes (Dworkin, «Paternalism» y «Paternalism: Second Thoughts» en R. Sartorius *comp. Paternalism*, 1983, apud, GARZÓN, *Doxa* 5 (1988) p. 164-165. Este segundo requisito viene exigido por el respeto a la dignidad del contratante que renuncia al derecho, impedirle disponer de su derecho sin argumentar suficientemente que *ex ante* él mismo habría dado su consentimiento a la prohibición implica, por parte del Estado, tratar al individuo como alguien «inferior» v. GARZÓN, *Doxa*, 5 (1988) pp. 161-163 señalando que lo que caracteriza a los supuestos de «autopaternalismo» es, precisamente, la ausencia de relación de subordinación que hemos criticado; KLEINIG, *Paternalism*, p. 38 apud, NICHEL, *Law and Philosophy*, 4 (1985) p. 116.; v. también, las observaciones críticas de M. ATIENZA, «Discutamos sobre paternalismo» *Doxa*, 5 (1988) 203 ss. donde señala que, efectivamente, el problema más difícil es determinar cuándo el sujeto protegido habría dado su consentimiento *ex ante*.

(148) La justificación de la «externalidad» de tales contratos se hallaría en que «infringen» el derecho del tercero a vivir en una sociedad de personas libres (v. J. FEINBERG «Eutanasia voluntaria y el derecho inalienable a la vida» *Anuario de Derechos Humanos*, 7 (1990/91) p. 61 ss. p. 72 en relación con la enseñanza obligatoria y el derecho a la educación.

tractuales que impliquen limitación o renuncia a los derechos fundamentales:

a) en negar la validez del contrato cuando lo atentatorio para la dignidad (y lo que provoca la «externalidad moral») sea la existencia de acuerdos semejantes (venta de la propia vida, contratos de esclavitud, consentimiento para mutilaciones graves).

b) en negar la ejecutoriedad forzosa de la obligación cuando lo atentatorio para la dignidad humana no sea el pacto, sino que su ejecución *in natura* se imponga coactivamente con auxilio estatal por la desproporción entre el interés del afectado y el interés del acreedor. Nada tiene de atentatorio contra la dignidad humana que alguien se comprometa, a cambio de dinero, a hablar bien de la energía nuclear o de la política norteamericana (renuncia temporal a la libertad de expresión). Lo que resulta incompatible con la dignidad humana es obligar al sujeto que tras un cambio ideológico considera intolerable tal fuente energética o tal política a cumplir el acuerdo en sus propios términos. No puede impedirse a alguien que se deje insultar o vejar a cambio de dinero. Lo que resulta intolerable es que se obligue coactivamente a esa persona a realizar tal actividad (a cumplir la obligación) cuando, con posterioridad a la asunción de la obligación, ha cambiado de opinión.

Entre estos dos tipos de consecuencias extremas, podrá moverse el legislador y, en su caso, el juez (art. 6.3 CC). Así, el grado de ineficacia de la obligación podrá matizarse y las consecuencias jurídicas pueden ir desde la imposición de sanciones hasta la inejecutabilidad de un contrato (por aplicación de la regla sobre los contratos con causa ilícita [art. 1305 II; 1306 CC]) pasando por la renuncia de un derecho de «arrepentimiento» con indemnización del interés negativo (v. art. 3.3 LO 1/82 de 5.5); la anulabilidad, la reducción o nulidad parcial (149). La opción por una otra medida debe tomarse valorando equilibradamente el interés de la contraparte en el cumplimiento del contrato y el máximo respeto posible a la libre decisión individual por un lado y, por otro, la mínima protección debida al derecho fundamental de la contraparte.

a) En algunos casos, bastará con aplicar la doctrina de la reducción conservadora de la validez, admitiendo el pacto en una versión más reducida. Así, por ejemplo, en vinculaciones excesivamente largas (contrarias a la libertad de actuación o a la libertad de profesión en el caso de prohibiciones de competencia) u onerosas (150). La limitación de la libertad —libremente consentida— sólo será objetable en la medida en que sea *excesiva* (151).

---

(149) *Contra*, aparentemente, J.J. MARÍN LÓPEZ, *Revista de Trabajo*, 98 (1990) p. 63; sobre lo que se expone a continuación, v. especialmente, CANARÍS, AcP 184 (1984), pp. 232 ss.

(150) Sobre el mecanismo de la reducción conservadora de la validez como forma de aplicación de la técnica de nulidad parcial, v. ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 403 y ss.

(151) V. con matices, CANARIS, *JuS* 1989 p. 165, quien admite la nulidad total para los casos de prohibiciones de competencia (por tanto, limitaciones del libre ejer-

b) En otros casos, lo más adecuado será negar el auxilio estatal para la ejecución del contrato *in natura*, sin prejuzgar por ello la existencia de una obligación válida cuyo incumplimiento genera consecuencias para el incumplidor. Así, por ejemplo, un pacto entre dos cónyuges contenido en el convenio regulador de separación por el que acuerdan que el marido se trasladará a vivir a otra ciudad. La regulación no es nula por ser contraria al art. 19 I CE, puesto que se trata de un acuerdo privado; tampoco parece que pueda considerarse contrario al orden público constitucional, por cuanto limitaciones a la libre fijación de la residencia son frecuentes y vienen justificadas por las más diversas razones (152). Ahora bien, tampoco cabe duda de que la mujer no podrá exigir que la policía obligue a su marido a trasladarse de residencia, ni de que la mujer podría solicitar una indemnización de daños y perjuicios (153); igualmente, en el caso de un personaje famoso que se obliga a «hablar bien» de una película e incumple tal contrato; no se le podrá obligar a decir lo que no piensa, pero sí que habrá de pagar una indemnización por incumplimiento contractual, en caso de dolo o culpa, o una pena contractual si así se hubiera pactado. El planteamiento puede extenderse al supuesto del escritor que no escribe el libro prometido (154). En realidad, esta suele ser la solución correcta en los casos en los que la prestación del deudor constituye una actividad «personalísima» (es decir, que afecta notablemente a sus derechos fundamentales) de forma que el uso de la coacción estatal para garantizar su cumplimiento *in natura* resulta desproporcionada en relación con la protección del interés del acreedor (155).

c) Por último, en muchos casos, es el propio legislador el que determina las consecuencias jurídicas de la renuncia, por lo que la norma correspondiente es ley especial frente a la regla general del art. 6.3 CC. Así, por ejemplo, en el caso del art. 2.3. LO 1/82 de 5.5 de protección del honor, no hay intromisión ilegítima en el honor o la intimidad de alguien si es consentida por este, pero el consentimiento «será revocable en cualquier momento pero habrá de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas».

---

cicio de la profesión u oficio) «ilimitadas» justificándolo en una finalidad preventiva. Si el que impone la prohibición ilimitada en el tiempo y en el espacio de competencia sabe que, en el peor de los casos, el juez se limitará a reducirla, no tiene incentivo alguno para delimitarla adecuadamente en el contrato. Para una crítica de tal argumento, por ser incongruente con el respeto de la autonomía privada, v. ALFARO, *Condiciones generales*, p. 419 ss.

(152) El ejemplo está extraído de la jurisprudencia alemana, v. CANARIS, AcP 184 (1984) p. 232.

(153) Declarar el acuerdo nulo, como hizo el BGH alemán es considerado por CANARIS, JuS 1989 p. 164, como excesivamente limitativo de la libertad de pactos de los cónyuges.

(154) v. CANARIS, JuS 1989 p. 165.

(155) V. además, otros ejemplos en CANARIS, AcP 184 (1984) p. 233 y más analíticamente en CANARIS, JuS 1989 p. 164; sobre la regla *nemo ad factum praeiudicium cogi potest*, y su presencia en nuestro Derecho v. ampliamente, F. CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Cádiz, 1989, pp. 117 y ss., pp. 141 y ss.

## VII. LÍMITES A LA LIBERTAD DE CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO CONSECUENCIA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL PROBLEMA DE LA NEGATIVA A CONTRATAR. CONCLUSIÓN

1. Los casos expuestos en los apartados anteriores no son, a pesar de su importancia, los que con mayor frecuencia aparecen en las resoluciones judiciales de conflictos entre particulares en los que se hallan implicados derechos fundamentales. En la práctica, tiene mayor trascendencia la cuestión de *los límites a la libertad de contratar (Abschlussfreiheit)*, es decir, en qué medida puede obligarse a un particular a celebrar un contrato con otro particular fundando tal obligación en que la negativa a contratar provoca un daño al que reclama la celebración del contrato que no tiene (constitucionalmente) por qué soportar (156). No obstante y, como hemos venido sosteniendo, los criterios de valoración son idénticos a los expuestos en relación con la validez de los pactos contractuales, lo que es de gran utilidad en la concreción de los límites a la autonomía privada en este ámbito.

2. La obligación de contratar es una institución bien conocida en el Derecho privado actual como un instrumento utilizado, entre otras funciones, para hacer frente a situaciones en las que no existe competencia efectiva en un mercado determinado lo que impide el correcto funcionamiento de la libertad contractual (157). La obligación de contratar cumple así, funciones similares a las que cumple la determinación imperativa del contenido del contrato en el caso de la libertad de pactos. Obsérvese, no obstante, que en los casos que aquí discutimos no se trata de garantizar el acceso a determinados bienes o servicios a todos los ciudadanos ni de corregir un defectuoso funcionamiento del mercado. Aquí nos interesa examinar en qué medida el ejercicio de un derecho (a contratar con quien quiera) de una persona provoca un «daño anticonstitucional» a otra. Consecuentemente, si partimos de la función de los derechos fundamentales como mandatos de protección al Estado, la cláusula general que ha de ser concretada parece ser (no el art. 6.2 ni el art. 1255 CC sino) la del art. 7.2 CC que prohíbe el *abuso de derecho* o el ejercicio antisocial del mismo (158) porque, en efecto,

---

(156) La expresión «celebrar un contrato» debe entenderse en un sentido amplio e incluir no sólo los contratos a los que se refiere el art. 1261 CC sino también, la admisión en una asociación o el acceso a las prestaciones proporcionadas por una fundación en condiciones de igualdad con los demás individuos.

(157) V. *supra* V.4; sobre la obligación de contratar, v., especialmente, KILLIAN, AcP 180 (1980) pp. 47-83 sobre la función económica de tal institución; sobre los aspectos dogmáticos, v. F. BYDLINSKI «Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges» AcP 180 (1980) p. 2-46.

(158) El ejercicio antisocial (anticonstitucional) del derecho explica mejor estos supuestos que el orden público constitucional (art. 1255 CC), cláusula utilizada habi-

se trata de decidir en qué medida el ejercicio del derecho a (no) contratar se torna «antisocial» (*rectius* «anticonstitucional») por afectar a bienes constitucionales del que sufre la negativa y consecuentemente cuándo dicha negativa a contratar ha de dar lugar a la correspondiente indemnización del daño y «a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso» tal como dispone dicho precepto (159).

3. Para concretar la cláusula general del art. 7.2 CC es necesario determinar, previamente, qué derecho fundamental del rechazado puede verse afectado por una negativa a contratar. A nuestro juicio, parece evidente que el único derecho de la persona rechazada que se ve afectado *con independencia de la posibilidad de obtener el bien o servicio de un competidor* (160), es su derecho a no ser sometido a un tratamiento vejatorio o degradante (ni por parte del Estado art. 15 CE ni) por parte de otro particular (por el deber del Estado de proteger la dignidad humana art. 10.1 CE). La razón es evidente. En relación con el bien objeto del contrato, es razonable exigir al rechazado que se dirija a otro particular si uno no quiere servirle. Pero en nuestro ordenamiento no es aceptable una negativa a contratar que atente contra la dignidad de la persona, sencillamente, porque no puede recuperarse dicha dignidad dirigiéndose a otro competidor. Por lo tanto, puede afirmarse que supone un *ejercicio anticonstitucional del derecho a (no) contratar la negativa a contratar que signifique tratar vejatoriamente a otro*

---

tualmente por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, así, por ejemplo por E. ALONSO GARCÍA, RAP 100-102, 1983 pp. 87-89; STC 108/89 de 8.6 (BOE 4.7) (Ponente Rubio LLorente) «el respeto de la igualdad ante la ley se impone a los órganos del poder público pero no a los sujetos privados *cuya autonomía está limitada sólo por la prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional* como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE»; en sentido similar, aunque algo más ambigua, la STC 171/89 19.10 BOE 7.11; también ambigua, STC 177/88 de 10.10. Además, con el recurso al art. 7.2 CC se evita igualmente la objeción de RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 267 que afirman que el art. 1255 CC no es aplicable ni a la negativa a contratar ni a las relaciones extracontractuales.

(159) Entre otras, eventualmente, la de obligar al demandado a celebrar el contrato en las condiciones habituales. En este sentido, el art. 7.2 CC constituye un supuesto específico de responsabilidad extracontractual. Obsérvese, no obstante, que la trascendencia de recurrir a otra cláusula general no estriba en los criterios de valoración (orden público en ambos casos) sino en las consecuencias jurídicas.

(160) Este es un aspecto que debe tenerse siempre presente. Si el que se niega a contratar es un monopolista o los miembros de un cártel, el rechazado puede verse privado de su derecho al ejercicio de una profesión u oficio —en la medida en que nadie le contrate para trabajar—; o el derecho a la libre expresión de las ideas, en la medida en que se le niegue el acceso (contractual) a *todos* los medios de comunicación (*boicot*) etc. Tales derechos, sin embargo, no se ven en absoluto afectados, porque un empresario o un medio de comunicación se nieguen a contratar. El derecho o la libertad quedan garantizados por la posibilidad de dirigirse a la competencia, v. ALFARO, *Condiciones generales*, p. 60 ss.

*particular, tratarle «como si no fuera un ser humano»* (161). Trataremos de justificar, a continuación, que este planteamiento no sólo es congruente con un análisis económico de la discriminación (*infra* 4-5) sino que, además, proporciona criterios practicables para la solución de los supuestos problemáticos (*infra* 6).

4. El análisis económico de la discriminación (y de las normas antidiscriminatorias, como es, en este sentido el art. 7.2 CC) está especialmente justificado porque puede proporcionar criterios para determinar cuándo la discriminación debe considerarse vejatoria y, por tanto, inconstitucional. Se admite generalizadamente que la discriminación por razones de raza o sexo es ineficiente económicamente por cuanto *reduce el número de intercambios en una sociedad*, esto es, dejan de celebrarse contratos beneficiosos para ambas partes que de no existir tales sentimientos se celebrarían (162). Se discute, sin embargo, si las *normas que prohíben la discriminación* —como sería el caso del art. 7.2 CC en la concreción que aquí estamos dando a la cláusula general que contiene— son eficientes desde el punto de vista económico o no.

a) Desde la perspectiva tradicional, el comportamiento discriminatorio es debido a un «gusto» irracional de los blancos por no asociarse con negros (gitanos o árabes) o con mujeres.

La teoría económica más extendida sobre la discriminación (163) afirma, en efecto, que el contacto con otra raza impone al racista/discriminador un coste extramonetario (un *displacer*) lo que se traduce en una reducción del número de intercambios voluntarios entre blancos y negros (hombres y mujeres) ya que los primeros que sean racistas sólo contratarán con negros cuando el beneficio que esperan del contrato supere los costes genéricos (es decir, los que se producen con independencia de la raza del cocontratante) más el coste (no monetario) de contratar con un negro. Por tanto, el sentimiento racista reduce los intercambios y, consiguientemente, el bienestar social (reducción de

---

(161) En la medida en que corresponde a los poderes públicos impedir la vejación, la permisividad estatal supone obligar al que sufre el trato vejatorio a que se abstenga de utilizar las vías jurídicas para suprimir la vejación; v. QUINN, 64 *Cal. L. Rev.* 1976 pp. 160-161.

(162) «Los ingresos de muchos blancos serán menores de lo que serían si no tuvieran tal gusto por discriminar. Pierden la oportunidad de realizar intercambios ventajosos si, por ejemplo, se niegan a vender sus casas a negros que están dispuestos a pagar precios más altos que los que están dispuestos a pagar compradores blancos», R. POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge-Londres, 1983, p. 352.

(163) Debida a G. Becker, *The Economics of Discrimination*, 1957 (non vidi), un resumen de su argumentación puede verse en R. POSNER, *The Economics of Justice*, Cambridge/Londres, 1983 pp. 351 ss. La exposición de la doctrina de Becker la hemos tomado de Mc ADAMS, «Relative Preferences» *Yale L. J.* 102 (1992) p. 1 ss., p. 92 ss. Posner proporciona otras explicaciones de la discriminación sexual en R. POSNER, «An Economic Analysis of Sex Discrimination Laws» *U. Chi. L. Rev.* 56 (1989) p. 1311 ss., pp. 1317 ss. pero entre ellas no se encuentra la discriminación como forma de producir status para el varón discriminador.

la riqueza derivada de los contratos no celebrados). Esta pérdida perjudica a blancos y negros, pero especialmente a los negros por cuanto que, al ser una minoría, los intercambios con blancos representan para los negros una mayor proporción de todos los posibles intercambios beneficiosos que los contratos con negros significan para los blancos. Por lo tanto, el mercado tenderá a hacer desaparecer la discriminación porque el empresario —por ejemplo— sin sentimientos racistas no sufrirá el coste de no contratar a negros cuyo trabajo resulte más eficiente para la empresa que el de un blanco (164). De este modelo, Posner deduce, no obstante, que las normas que prohíben la discriminación no son eficientes. La justificación consiste en que si la preferencia del blanco por la discriminación es una preferencia como cualquier otra, una norma que impida su satisfacción no puede ser eficiente. Si la no discriminación fuera eficiente, es decir, no discriminar provocara un aumento de la riqueza, los empleadores blancos y los trabajadores negros llegarían a un acuerdo con independencia de la existencia de una prohibición legal de discriminación (Teorema de Coase). Así, supongamos que un empleador que contrata blancos a 100 \$ al día valora el tener contacto con negros como un coste de 10 \$ al día. Si, no obstante, contratar a negros fuera eficiente, el negro se ofrecería como mano de obra a algo menos de 90 \$ al día de forma que el empleador le preferiría a un trabajador blanco *ceteris paribus*. Si eso no ocurre, es porque los negros están ganando en otro lugar más de 90 \$. Si es así, una norma antidiscriminatoria obligaría al empleador a contratar a aquellos negros que ganan menos de lo que el empleador pierde contratándolos. Por tanto, normas antidiscriminatorias obligan a celebrar acuerdos que no se celebran voluntariamente porque no aumentan la riqueza neta común (165).

---

(164) Suponiendo la existencia de equilibrio competitivo (es decir, igual productividad media de los distintos grupos raciales; racionalidad de los trabajadores; maximización de beneficios por parte de los empresarios y competencia en el mercado de productos), el mercado expulsaría a los empleadores que discriminaran v. M.J. KATZ, «The Economics of Discrimination: The Three Fallacies of Croson» *Yale L. J.* 100 (1991) p. 1033 ss., p. 1036 ss. quien señala (p. 1038) que, consecuentemente, la discriminación racial podrá persistir en mercados donde la competencia no sea suficiente, pero también en mercados altamente competitivos como consecuencia de la «discriminación pasada» que elevan los costes del empresario negro (p. 1040 ss.). El mercado laboral tendría tal característica al existir salario mínimo, lo que provoca que exista un desempleo estructural dentro del cual el empresario racista puede elegir sin sufrir el castigo del mercado.

(165) Al margen de estos argumentos, Posner ha señalado en repetidas ocasiones que las normas antidiscriminación en el ámbito laboral implican, además, muy importantes costes de administración (en forma de pleitos etc.) que, en todo caso, deben tenerse en cuenta al discutir la eficiencia de la ley, v. R. POSNER, «The Efficiency and the Efficacy of Title VII» *U. Penn. L. Rev.* 136 (1987) p. 513 ss.; para la crítica a la posición de Posner, v. J.J. DONOHUE III, «Is Title VII Efficient?» *U. Penn. L. Rev.* 134 (1986) p. 1411 ss. (una norma antidiscriminatoria acelera la expulsión del mercado de los ineficientes discriminadores) y, del mismo autor, «Further Thoughts On Employment Discrimination Legislation: A Reply to Judge Posner», *U. Penn. L. Rev.* 136 (1987) p. 523 (afirmando que la norma antidiscriminatoria puede haber sido eficaz en elevar los salarios de los negros y que los beneficios superan los costes de su aplicación) y en relación con la discriminación sexual, el mismo autor, «Prohibiting Sex Discrimination in the Workplace: An Economic Perspective», *U. Chi. L. R.* 56 (1989) p. 1347-1348 (otros argumentos a favor de la eficiencia de las normas antidiscriminación: aumento de la autoestima y productividad de las mujeres como consecuencia de la igualdad de oportunidades).



b) Frente a esta explicación, Mc Adams ha propuesto recientemente otra basada en la distinción debida a G. Becker, entre «goods» y «commodities». Esta distinción niega que los consumidores obtengan utilidad directamente de los productos que adquieren en el mercado —como explica la teoría económica tradicional— sino que obtienen tal utilidad de las *commodities* que los propios consumidores (o familias) «producen» combinando los bienes con algo del tiempo libre del propio consumidor (o familia). La discriminación sería, de acuerdo con Mc Adams «un intento (de los blancos) por producir la «commodity» «distinción social» elevando el *status* relativo (es decir, en relación con el de otras razas) de un grupo social particularmente distinguido —el grupo racial al que uno pertenece— (166). Dado que «distinción social» es un bien escaso de tal tipo que el aumento de distinción social de una persona o un grupo exige la disminución de la «distinción social» de otra persona o grupo, una opción para aumentar la propia distinción social es reducir la de otros. Aunque hacer sentirse inferior a cualquier otra persona puede elevar en alguna medida el *status* propio, «tratar peyorativamente a un miembro de otro grupo es, a menudo, más productivo (genera más *status*) porque permite disminuir el *status* del grupo entero al que pertenece el individuo discriminado al mismo tiempo que al del individuo mismo (167). Por lo tanto, los blancos discriminadores no están satisfaciendo un eventual «gusto» por no asociarse con negros (168) sino que están «produciendo» (mediante el consumo de «no contratar con negros») distinción social para su grupo a costa de la del grupo de los negros.

El análisis tradicional es, consecuentemente, erróneo. Posner no tiene en cuenta el daño moral que sufre el trabajador negro al aceptar trabajar por un salario inferior al de un blanco, no por la mayor productividad de éste sino, simplemente, por el color de su piel. Desde este punto de vista, señala Mc Adams, si a un trabajador negro que gana actualmente 75 \$ al día se le ofre-

---

(166) Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 95.

(167) Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 95.

(168) Como explica McAdams, este «gusto» no es sociológicamente cierto, porque los blancos no desean evitar el contacto con otras razas, sino que pretenden excluir *determinado tipo de contactos* con otras razas, justo los contactos que implican reconocer a los de otras razas igualdad de *status*, lo cual es especialmente evidente en el caso de la discriminación sexual. Lo que los hombres no desean es que las mujeres ocupen puestos que indican el *status* social más elevado McADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 97-98. Además, esta interpretación, explica mejor las conclusiones empíricas del propio Becker (las hemos tomado de D.C. NORTH/R.L. MILLER *El análisis económico de la usura, el crimen, la pobreza, etc.*, México 1985 p. 161): por ejemplo, que haya más discriminación en la educación, es decir, en un ámbito creador de *status* por excelencia; que sea mayor la discriminación para los que buscan un empleo permanente (frente a un empleo temporal), siendo así que el empleo permanente crea más distinción social para el empleado que el temporal o que sea mayor la discriminación para los negros más educados, precisamente los que sienten la diferencia de *status* como más intolerable, porque no tienen «preferencias adaptadas». (v. *supra*, nota 144).

ciera el trabajo del ejemplo por 90 \$ no aceptaría porque la pérdida de status que supondría aceptar un trato discriminatorio superaría los 15 \$ de aumento de salario. Una norma que prohíba al empleador discriminar por razón de raza en la contratación de trabajadores permitiría al negro ganar 25 \$ (en cuanto que pasaría a cobrar 100) y haría perder al blanco sólo 10 \$ (el coste de contratar a un negro) con lo que habría una ganancia neta de 15 \$ (169).

5. La cuestión más difícil de resolver es si las normas antidiscriminación están justificadas por la existencia de un fallo en el mercado. Desde la perspectiva aquí aceptada, (la competencia por status) la intervención estatal para suprimirla mediante su prohibición estaría justificada, desde el punto de vista económico porque la competencia por *status* es «un juego suma cero» esto es, un juego en el que (a) nadie puede ser colocado en una posición mejor sin colocar a alguien en una posición peor a la previa, por lo que no son Pareto-eficientes y (b) el acuerdo entre las partes no es posible, porque «no se puede obtener status pagando por él» (170).

Esto sucede en muchos supuestos de competencia por satisfacer *preferencias relativas*. Por preferencias relativas se entienden los deseos de un sujeto que no son independientes de los deseos de los demás individuos. Dentro de éstas, las de carácter negativo, esto es, el deseo de sobrepasar o alcanzar el nivel de consumo de un bien (material o inmaterial, como prestigio) de otros (171) provoca decisiones de consumo irracionales cuando se dan dos circunstancias. Primera, que la satisfacción de las preferencias de una de las personas implique necesariamente la insatisfacción de las de otras (172). Segunda, que la satisfacción de las preferencias en conflicto se esté haciendo a costa de dejar insatisfechas preferencias absolutas y, lógicamente, siempre que no sea posible un acuerdo entre las partes para evitar el derroche.

El ejemplo más claro es la competencia por satisfacer el deseo de *ser más alto* que los demás mediante el consumo de la hormona del

---

(169) Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 101.

(170) En el ejemplo, un trabajador negro no puede tratar de conseguir la igualdad con los blancos (siendo contratado por el blanco) «sobornando» al empleador blanco mediante su oferta de aceptar un salario menor, sin perder status al hacerlo (al aceptar un salario inferior por un trabajo igual al de un blanco). Por lo tanto, se trata de dos preferencias incompatibles en cuanto no pueden satisfacerse simultáneamente: el deseo de los blancos de un status superior y el deseo de los negros de igualdad de status y la lucha por conseguir ambas, un juego suma cero. El daño social es el conjunto de contratos que dejan de celebrarse por razones racistas. Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, 101-102; DONOHUE, *U Chi. L. Rev.* 56 (1989) p. 1352.

(171) Sobre el concepto, v. ampliamente, Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 1 ss.

(172) Es decir, que ni siquiera en un mundo donde no hubiera escasez podrían satisfacerse simultáneamente ambos deseos. Tal ocurre cuando las preferencias son «ordinales», es decir, lo que el individuo desea no es consumir una cantidad, sino ocupar una posición determinada en el «ranking» correspondiente. En la medida en que sólo puede haber un primero en el ranking, en un mundo sin necesidad, no podría satisfacerse simultáneamente el deseo de dos personas de figurar como primeros en el ranking v. Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 48 ss.

crecimiento (173). Tal preferencia no puede satisfacerse aumentando la talla de todas las personas porque sólo se satisface por referencia a la talla de los demás, de forma que un aumento global de la talla humana no aumenta el bienestar total sino que sólo lo redistribuye. La batalla es un juego «suma cero» e invertir recursos en la misma (aumentando el consumo de hormonas del crecimiento) es socialmente indeseable. Se trata de un supuesto de decisión individual irracional de los descritos en el dilema del prisionero. Las cuatro decisiones posibles son (1) que nuestro hijo consuma la hormona y el otro niño no; (2) que ninguno de los dos niños consuma la hormona; (3) que ambos consuman la hormona y (4) que el otro niño consuma la hormona y el nuestro no. La decisión «dominante» será que ambos hijos consuman la hormona (3), porque de este modo ambas familias tienen una posibilidad de evitar la situación 4 y tienen una oportunidad respecto a la situación 1. Dicha elección, sin embargo, es irracional desde el punto de vista social: ambos padres estarían gastando dinero en la hormona y ninguno de ellos conseguirá lo que pretendía (que su hijo «sea más alto»). Incluso aunque una de las dos familias ganase, se habrían despilfarrado los recursos invertidos por la familia perdedora más la mayor parte de los invertidos por la familia ganadora, ya que si aquélla no hubiera invertido nada, hubiera bastado el consumo de una cantidad mínima para que la familia ganadora ganase igualmente la competición. Lógicamente, si el acuerdo entre ambas hubiera sido posible, la primera familia hubiera pagado a la segunda para que ésta no consumiese la hormona pero en los supuestos de «producción de status» a través del consumo de bienes que generan dicho status, los costes de transacción impiden normalmente el acuerdo (174). Consecuentemente, está justificado que el Estado regule imperativamente el consumo de la hormona del crecimiento (175). Trasladando el razonamiento al caso de la discriminación racial, Mac Adams reconoce que si el beneficio de discriminar para los blancos es superior al perjuicio que para los negros supone no alcanzar la igualdad de status, la ley que prohíba la discriminación no sería eficiente en el sentido de que los blancos podrían «pagar» el daño sufrido (en forma de contratos perdidos) y todavía quedaría algo, con lo que habría un aumento global de la riqueza. Esta objeción se comprende fácilmente comparando el supuesto con el del consumo de la hormona del crecimiento. Frente a la actuación productora de status del blanco (mediante una negativa a contratar a negros en condiciones de igualdad respecto a blancos) los negros no pueden responder con una medida recíproca e idéntica, puesto que a diferencia de aquél caso, el mantenimiento del *status quo* beneficia a los blancos y

---

(173) El ejemplo es de Posner, (POSNER, *Economic Analysis of Law* 3ª ed. pp. 11-12) y lo tomamos en la versión y análisis de Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, p. 54 ss.

(174) V. ampliamente, Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, pp. 63 ss.

(175) Mc ADAMS, *Yale L. J.* 1992, 101-102.

perjudica a los negros, por lo que un juego *suma cero* beneficia a los que lo inician en posición ventajosa (a la familia del niño más alto). Por lo tanto, una norma que prohíba la discriminación es necesariamente redistributiva a favor de los negros y de las mujeres (176). El problema no se plantea, lógicamente, para aquellos que consideren la «preferencia por discriminar» de los blancos como un valor que no debe incluirse en la valoración de si un estado de cosas es superior a otro respecto del bienestar social, de forma que la insatisfacción de los discriminadores (pérdida de status) no supondría una pérdida social (177); tampoco plantea problema alguno para los que admitan, con Rawls, la necesidad de igualdad en relación con bienes como la salud o la dignidad.

A nuestro juicio, sin embargo, podría justificarse la eficiencia de las normas antidiscriminatorias incluso desde la perspectiva que considera igualmente valiosas todas las preferencias, incluidas las de los discriminadores. En nuestra opinión, el blanco racista o machista de tonta, frente al rechazado, una posición similar a la de un monopolista. El rechazado carece de una «alternativa razonablemente disponible» para recuperar la pérdida de «status» que la negativa a contratar<sup>176</sup> vejatoria ha provocado. La razón se encuentra en que aún cuando otro blanco trate con dignidad al rechazado, la «commodity» proporcionada por éste segundo no es perfectamente sustitutiva de la que hubiera obtenido el rechazado si no lo hubiera sido (178). Por lo tanto, está justificado desde el análisis habitual de las situaciones de monopolio la imposición de una obligación de contratar en las condiciones habituales.

6. Lógicamente, esta conducta discriminatoria realizada con la finalidad de mantener o aumentar el status del grupo solo logra sus objetivos cuando es realizada por el grupo dominante como una forma de mantener la posición relativa del grupo en la sociedad. De forma que es lógico afirmar, como aquí se ha hecho, que la discriminación sólo debe prohibirse cuando resulta contraria a la dignidad del discriminado, es decir, cuando la efectúa el miembro del grupo dominante respecto del miembro del grupo de status inferior en la

---

(176) Es poco probable, sin embargo, que la ganancia para los blancos derivada de la discriminación supere al daño que sufren los discriminados como consecuencia de la falta de igualdad. La razón se encuentra en que en la medida en que los comportamientos racistas no estén extendidos entre los blancos, dicho comportamiento daña no sólo a los negros (a la minoría) sino también a los blancos («moralismo») que sufren ante la presencia de discriminación en la sociedad en la que viven. El carácter irracional del status que se persigue con la competición aumenta dicha probabilidad.

(177) V., en relación con el Derecho Penal y la inclusión del beneficio que para el delincuente supone cometer el delito, K. DAU-SCHMIDT, «An Economic Analysis of the Criminal Law as a Preference-Shaping Policy» *Duke L. J.* 1990, p. 1 ss., pp. 11-12.

(178) Del segundo, el rechazado obtiene el bien («good») pero no un aumento de *status* que equilibre la pérdida anterior.

sociedad y cuando no existen, para el discriminado, alternativas razonablemente disponibles para obtener el mismo status que se obtendría de haber celebrado el contrato con el discriminador. Este planteamiento supone, igualmente, rechazar que el fundamento de la obligación de contratar en este ámbito sea el carácter vinculante del principio de igualdad o no discriminación (art. 14 CE) en las relaciones entre particulares (179). Tal postura debe ser rechazada vigorosamente por cuanto conduce a consecuencias erróneas. Lo que sucede es que el riesgo de tratamiento vejatorio al que hemos aludido se actualiza especialmente en relación con la *negativa a contratar discriminatoria* (en particular por razón de sexo y raza), *por la especial conexión que el derecho a la igualdad tiene con la dignidad humana* (180), pero esto no significa que una negativa a contratar sea ilícita por ser discriminatoria. La negativa es ilícita porque atenta contra la dignidad de otro particular, de manera que *discriminaciones (en la selección del cocontratante) que no sean vejatorias son perfectamente lícitas*. Veamos algunos ejemplos.

---

(179) En el sentido del texto, BYDLINSKI, AcP 180 (1980) p. 32-33 con más indicaciones y CANARIS AcP 184 (1984) p. 235; y en la jurisprudencia constitucional, STC 108/89 de 8.6 (BOE 4.7) (Ponente Rubio LLorente); *contra*, RODRÍGUEZ-PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 270 afirmando que la prohibición de discriminación vincula también a los particulares («está expresada en términos rotundos... y esos términos autorizarían a entender introducida en la categoría de derechos que parcialmente despliegan su eficacia en las relaciones privadas también a esa prohibición, porque no está adjetivada por su procedencia y es rechazable comoquiera que surja y quienquiera que la ponga en práctica, poderes públicos o particulares»). El argumento literal que aducen estos autores no sólo no autoriza tal conclusión sino que habla en contra de tal eficacia entre particulares, en cuanto que se prohíben las discriminaciones *legales*, es decir, contenidas en normas jurídicas, lo que, lógicamente, excluye a los particulares que no crean normas jurídicas; RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Principio de igualdad*, p. 1089 y 1092 y M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad*, p. 171-172 aunque subrayan la conexión entre la prohibición de la discriminación y la garantía del respeto a la dignidad humana. No aceptamos, sin embargo, la distinción entre prohibición de trato desigual y prohibición de discriminación (que lleva a ésta última autora a calificar la doctrina del TC como «unilateral» o «bilateral» pp. 222 ss. mezclando la legitimidad de la «discriminación positiva» con la distinción entre igualdad y discriminación pp. 225-228) y que le lleva a distinciones heterogéneas, p. ej. p. 219 entre discriminaciones referidas al ejercicio de derechos fundamentales (que equipara a supuestos de desigualdad) y «las referidas a condiciones inherentes al hombre, que le acompañan desde su nacimiento y sobre las que apenas tiene libertad de opción». Como es evidente, las primeras son discriminaciones y las segundas son diferencias entre seres humanos; igualmente *contra*, MOLINA, RTSS, 3 (1991) p. 78 nota 38 acusando a la sentencia citada de poco «imaginativa». Frente a las formulaciones que este autor aplaude según las cuales el principio de igualdad vincularía a los particulares «en términos mucho más atenuados y condicionados» TCT 20.2.87) la de la STC 108/89 tiene la ventaja de que establece con suficiente precisión (con las ventajas consiguientes para la seguridad jurídica) el ámbito del juego de la igualdad en las relaciones entre particulares.

(180) CANARIS, AcP 184 (1984) p. 235; HENKIN, 110 *U. Pa. L. Rev* 1962 p. 491.

a) Es dentro de este marco donde deben tratarse los requisitos de *admisión a asociaciones* en general (181). La cuestión consiste en decidir si las asociaciones pueden ser discriminatorias en la admisión de miembros. La ley de asociaciones no contiene norma alguna al respecto y, por lo tanto, se trata exclusivamente de delimitar el mínimo de protección frente a la discriminación que la Constitución impone a los poderes públicos, no de determinar cuál sería la regulación legal de la cuestión más deseable (182). En la valoración debe tenerse en cuenta que forma parte del contenido esencial del derecho de asociación la posibilidad de autoorganizarse como tenga por conveniente y la de seleccionar a los socios (art. 22 CE). Para resolver la cuestión adecuadamente, habrá que distinguir en función del significado que quepa atribuir a la negativa discriminatoria. El mínimo de protección de la dignidad humana exigido por la Constitución obliga a los poderes públicos a impedir las exclusiones que signifiquen una afrenta para la dignidad del excluido (183). Así, nos parece que no puede considerarse inconstitucional un artículo de los estatutos de una asociación para la práctica del polo que limite la entrada a la misma a los que sean nobles. Obsérvese que no puede afirmarse que alguien se ve herido en su «dignidad» porque no se le admita en un club de polo que en sus estatutos exige ser hidalgo para pertenecer (184). Del mismo modo, a nuestro

---

(181) En la doctrina norteamericana se considera que, dado que no hay *State action* en la discriminación, ésta sólo queda prohibida si —y sólo si— está prohibida por una norma legal» W. BUSS, «Discrimination by Private Clubs» *Wash. U. L.Q.* 67 (1989) p. 815 ss., p. 822. A nuestro juicio, y como se deduce del texto, el conflicto en estos casos no es el que existe entre «el interés en ser tratado igualmente y el interés en ser libre para elegir las propias relaciones personales» (*ibidem*, p. 816).

(182) Un problema diferente es si el legislador puede prohibir a las asociaciones que discriminen en la admisión de miembros. No podemos entrar ahora en la discusión, pero nos parece que una prohibición absoluta afectaría al contenido esencial del derecho de asociación en lo que se refiere al derecho a elegir a los socios. En la jurisprudencia norteamericana tiende a distinguirse entre *intimate association*, protegida por el derecho a la intimidad de los socios, lo que impediría cualquier intervención estatal y asociaciones en general, respecto de las cuales no habría inconveniente en aceptar la validez de una prohibición general de discriminar por razón de sexo; v., al respecto, ampliamente, BUSS, *Washington U. L. Q.* 67 (1989) pp. 815 ss., p. 838 ss.

(183) V. BUSS, *Washington U.L.Q.* 67(1989) p. 842: «protección de los grupos excluidos frente a la estigmatización y a la indignidad que resulta de la exclusión... la exclusión es menos insultante cuando es la norma en lugar de la excepción, y cuando son menos los escogidos que los excluidos y cuando... el criterio de selección es estricto y coherente como por ejemplo, personas de origen irlandés en lugar de amplio y poco preciso como cristianos blancos». Téngase en cuenta, en todo caso, que el autor se refiere a los supuestos en los que está *justificado* que el legislador intervenga prohibiendo la discriminación, mientras que, a nuestro juicio, y con nuestro sistema constitucional, en estos supuestos es *obligatorio* para los poderes públicos impedir la discriminación.

(184) Así, también, STC 27/82 de 24.5 BOE 9.6 «y siendo un hecho lícito el ser noble no puede tampoco considerarse vejatorio ni contrario a derecho el que con efectos limitados a determinadas relaciones jurídicas privadas se exija la prueba de uno mismo es noble (por ejemplo para ser miembro de un club o de una asociación deportiva privada)». Por tanto, la crítica de GARCÍA TORRES/JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales* pp. 114-115 (reiterada por GARCÍA TORRES, REDC 22[1988] p. 232 nota 17) en el sentido de que tal afirmación no es generalizable (¿«*Quid* si el ingreso en el club o asociación deportiva privada estuviera sujeto a una prueba de pureza racial o

juicio, no puede considerarse inconstitucional *en todo caso* la existencia de asociaciones sólo para hombres. Por ejemplo, nos parece que no son inconstitucionales asociaciones exclusivamente masculinas tales como las sociedades gastronómicas tradicionales del País Vasco. La negativa a admitir a una mujer en una sociedad dedicada a la gastronomía no implica *ningún juicio de valor peyorativo* acerca de la (menor) dignidad de la rechazada, como no lo implica la negativa de admisión de un plebeyo en un club de polo para nobles. Las mujeres pueden «responder» a la discriminación (y obtener el status correspondiente) mediante la creación de una asociación femenina similar. Al contrario, sin embargo, la negativa a admitir miembros exclusivamente por razón de la raza del solicitante deben considerarse abusivas por contrarias al orden público. La negativa por razones raciales sólo puede interpretarse como una manifestación racista, salvo que se trate, naturalmente, de una asociación de personas de la raza generalmente discriminada (185). La persona rechazada por razones de raza no tiene alternativa disponible para recuperar el status del que ha sido privado al ser rechazado, puesto que crear una asociación con miembros sólo de su raza no les proporciona el status correspondiente —igualdad— sino que, al contrario, confirma el *status* discriminatorio («equal but separate»).

b) Es en este marco en el que debe enjuiciarse el caso de la fundación Cardenal Albornoz que ofrece becas en el Colegio de San Clemente de los Españoles en Bolonia a «varones católicos». A nuestro juicio, tal cláusula plantea problemas graves de validez (186). Problemas que, a nuestro juicio, no derivan del principio de igualdad, ni del hecho de que nuestra Constitución reconozca el derecho a fundar sólo «para *finés de interés general*» (art. 37.1)

de procedencia étnica, territorial o social o de profesión de determinada religión, o de determinada adscripción política?) no es de recibo. El Tribunal Constitucional es impecablemente correcto. *Obsérvese que afirma que no puede considerarse vejatorio*, (es decir, como una afrenta a la dignidad humana), la negativa a la entrada en la asociación. Sin embargo, si la negativa se funda en una discriminación racial, la dignidad humana si se ve afectada y, consiguientemente, como se afirma en el texto, se han traspasado los límites del art. 7.2 CC. Para un análisis detallado de la sentencia citada, v. A. HERNÁNDEZ-GIL, *La preferencia del varón en la sucesión nobiliaria después de la Constitución*, Madrid, 1992, *passim*, especialmente p. 142 ss. donde se rechaza el carácter discriminatorio de la preferencia con el argumento de que el título nobiliario no afecta en absoluto al ejercicio o titularidad de derechos fundamentales. Si el (inexistente) *status* de noble no es discriminatorio, no puede serlo la forma de acceder al mismo.

(185) V. BUSS, *Washington U.L.Q.* 67(1989) p. 852. En este sentido, debe recordarse que la legislación norteamericana que protege a los trabajadores frente a la discriminación, permite a una empresa pequeña (menos de 15 empleados) ser excepcionalmente machista pero no le permite ser racista en la selección de sus empleados, v. al respecto, J. DONOHUE, «Prohibiting Sex Discrimination in the Workplace: An Economic Perspective», *U. Chi. L. Rev.* 56 (1989) pp. 1342-43.

(186) Cabría discutir tal afirmación sobre la base de la libertad ideológica o de educación, en la medida en que se afirmase que la «coeducación» o la educación segregada por sexos son producto de una opción sobre modelos educativos. Pero el argumento no es muy sólido. La Iglesia Católica ha extendido la coeducación por todos sus centros de enseñanza superior en el mundo, luego en el caso de Bolonia no puede verse mas que una reliquia histórica.

(187) sino del hecho de que el Estado otorgue beneficios públicos a dicha institución como el reconocimiento de los títulos de doctor obtenidos por los colegiales en la Universidad de Bolonia. Desde el punto de vista aquí examinado es probable que pueda negarse que el Estado esté obligado a impedir la discriminación. Dado que existen muchas alternativas equivalentes a dicha institución (estudio en universidades extranjeras de prestigio, becas, etc.) para las mujeres que desean obtener un status similar al que proporciona el Colegio, la negativa no parece vejatoria para las solicitantes de sexo femenino. A nuestro juicio, el requisito de la profesión de fe católica tampoco es inconstitucional. El Estado puede no sólo tolerar sino favorecer a instituciones cuyos miembros sean sólo católicos. En tal caso, la libertad religiosa protege suficientemente la validez de la cláusula. Consecuentemente, la única consecuencia trascendente derivada del sometimiento de los poderes públicos a los mandatos constitucionales es la prohibición al Estado de otorgar privilegios a una institución que discrimina a las mujeres, pero no, declarar ilícita la fundación.

El supuesto de una fundación creada para dar becas a gitanos permite comprobar que no es tanto el carácter discriminatorio como el carácter *vejatorio* de la discriminación lo que hace ilícita la negativa a contratar o a «prestar» de un particular. A nuestro juicio, no cabe ninguna duda de que una fundación que prevea como actividad en sus estatutos proporcionar becas de estudios a personas de raza gitana no sólo es perfectamente lícita sino que cumple los requisitos del art. 37.1 CE (188). Ningún «payo» puede sentirse vejado en su dignidad porque se le deniegue la beca ofrecida por la fundación.

c) El supuesto de acceso a locales públicos, que ha sido expuesto ya, expresa igualmente esta valoración. La comparación del caso de un marroquí al que se le niega acceso a una discoteca por su raza con el decidido en la STC 73/85 de 14.6 BOE 17.7 en el que la demandante alegó discriminación porque no se le permitió la entrada en un casino (al parecer, porque figuraba en una lista con personas que tenían prohibido el acceso a tales locales) refleja bien por qué en el primer caso debe otorgarse el amparo y en el segundo no. La actuación del titular de la discoteca es, según hemos visto, contraria al art. 7.2 CC precisamente porque ha impedido la entrada a alguien en un local público *por su raza*, lo que supone una afrenta a la dignidad humana del afectado que el ordenamiento no puede amparar. En el segundo caso, se impidió la entrada a la demandante por razones que, aunque no quedan claramente reflejadas, no tenían nada que ver con su raza o sexo. Por lo tanto, *en todo caso*, la negativa a permitir la entrada no era un acto contrario al art. 7.2. CC (189): no puede afirmarse que a alguien le hayan tratado «como si no fuera un ser humano» por tal negativa.

---

(187) Por fines de interés general ha de entenderse fines de interés de toda la sociedad o, dicho de otro modo, fines que puedan ser objeto de fomento por parte de la Administración pública (Pantaleón). El fin de la fundación es educativo.

(188) En nuestro país, no debe caber duda de que es un fin de interés general promover la formación educativa de un sector marginalizado como los gitanos.

(189) El Tribunal alega que los casinos no son entidades respecto de las cuales pueda predicarse un derecho ilimitado de libre acceso. A nuestro juicio, no es ese el problema. Si a una persona no se le permite la entrada en un casino por su sexo o raza, el supuesto es idéntico al de cualquier otro establecimiento abierto al público.



7. Los criterios expuestos hasta aquí permiten señalar en qué circunstancias es más probable que un comportamiento discriminatorio atente contra la dignidad del discriminado y sea, por tanto, abusivo.

a) Así, hay mayor probabilidad de vejación cuando el criterio de discriminación (en el que se funda la negativa) es inmodificable o muy difícilmente modificable por el sujeto afectado por la negativa a contratar de forma que no puede evitar la discriminación «renunciando contractualmente» a ser negro, mujer, homosexual, etc.

De hecho, las negativas a contratar plantean problemas jurídicos graves cuando se refieren a este tipo de cualidades como la raza, el sexo o la religión. Respecto de las modificables, el afectado se limita a aceptar que se comportará de la forma querida por el «discriminador» para así poder obtener el bien o servicio, de forma que el problema se traslada a determinar la nulidad de la cláusula contractual correspondiente. Así, por ejemplo, el color de la piel como causa de una negativa a contratar no puede convertirse en una cláusula contractual. («No contrato con negros» / «el arrendatario se compromete a no volverse negro»). Por el contrario, el soltero que desee el piso en arrendamiento firmará la cláusula que le prohíbe contraer matrimonio durante la vigencia del arrendamiento.

b) Tienden a ser vejatorias las discriminaciones que se basan en circunstancias utilizadas históricamente para determinar el *status jurídico* de las personas. Este criterio nos parece el de mayor trascendencia. En la medida en que históricamente la raza o el sexo han sido utilizados para determinar un desigual *status* jurídico de los individuos frente al Estado, parece encajar perfectamente en la consideración del art. 10.1 CE como un mandato de protección a los poderes públicos de la dignidad humana, que garanticen protección frente a discriminaciones por particulares fundadas en razones similares.

c) Una tercera circunstancia que favorece la afirmación del carácter vejatorio de la negativa de contratar consiste en el carácter *observable* de la discriminación (190). La razón se encuentra en que sólo en el caso de que la discriminación sea observable, pública, puede producir el efecto deseado por el discriminador: producir *status* para el grupo del discriminador mediante la vejación del miembro del otro grupo social. Como veremos, el derecho a la intimidad proporciona cobertura a actuaciones discriminatorias, cobertura que no se extiende, lógicamente, a las actuaciones públicas.

---

(190) P. ej. por la preexistencia de una *invitación pública a ofrecer* de carácter genérico por parte del que se niega a contratar, cuyo contenido o cuya aplicación sea discriminatoria; v. en sentido parecido, aunque menos preciso, R. BERCOVITZ, «Principio de igualdad y Derecho privado», ADC 1990, p. 424-425 que considera inconstitucional la discriminación con «trascendencia social» o que sea «manifiesta» o la realizada dolosamente; v. también, ALONSO, *Interpretación*, p. 376 y RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, p. 262; ENNECERUS/NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil* I-1, p 103: «tratamiento discriminatorio en el marco de un grupo de personas con idénticos intereses».

El caso más patente es el del acceso a locales públicos, por cuanto la apertura de un establecimiento al público implica una renuncia expresa a seleccionar la clientela sobre bases individuales, aún cuando no quepa afirmar que hay ya obligación de contratar por el mero hecho de la apertura. Lo que hace vejatoria la negativa es «que todo el mundo sabe» que, en principio, se acepta contratar con cualquiera, por lo que la negativa no justificada sólo puede ser interpretada como un acto de desprecio o minusvaloración, justamente, la finalidad pretendida por el discriminador.

d) A los efectos de calificar como vejatoria una negativa a contratar es irrelevante la alegación, por parte del que se niega a contratar, de obligaciones contractuales en tal sentido. Los pactos por los que alguien se obliga a tratar discriminatoriamente a los miembros de una raza o sexo han de considerarse como nulos (art. 1275 CC) y a su alegación se opone la regla *turpitudinem suam allegans, non auditur*.

Esta es la «lección» que puede extraerse, para nuestro Derecho, del importantísimo caso norteamericano *Shelley v. Kraemer* (191). Se trataba de una compraventa de viviendas en la que los compradores eran negros. Otros vecinos del inmueble intentaron que no se diese posesión de los pisos a los negros alegando una cláusula de un contrato firmada por casi todos los propietarios del mismo en la que se establecía que las viviendas no podrían venderse a personas que no fueran blancos. Este tipo de acuerdos era una cláusula de estilo que vino a sustituir a las normas municipales que dividían las zonas residenciales en función de la raza y que fueron declaradas nulas (192). El Tribunal Supremo norteamericano se planteó si la infracción de los derechos fundamentales era imputable exclusivamente a los particulares o también al tribunal que aplicó el acuerdo a lo que dió una respuesta afirmativa (193), es decir, si había habido *State action* en la discriminación (v. *supra* II.3). Dada la ineficacia real de las prohibiciones de disponer por contrato en nuestro Derecho (194), no cabe discutir sobre la transmisión de propiedad a los compradores negros.

---

(191) Sobre la importancia política de la decisión, v. el número especial de la *Washington University Law Quarterly*, 67 (1989) pp. 673 ss.; esp. F.A. ALLEN, «Remembering *Shelley v. Kraemer*: of Public and Private Worlds» pp. 709 ss.

(192) ALLEN, *Wash. U. L. Q.*, 67 (1989) pp. 716 ss., el 80% de las casas de Chicago incluía una cláusula semejante; este tipo de normas provocó que la inmigración negra a grandes ciudades se encontrara sin alojamiento y debiera concentrarse en las zonas donde tales acuerdos no existían lo que ocasionó que, por ejemplo, en Baltimore, el 20% de la población viviera en el 2% de las casas.

(193) El TS americano hizo una verdadera «finta» por cuanto dijo que el contrato era válido pero dijo también que los jueces no podían imponer su ejecución. La doctrina que comenta esta sentencia es extensísima y frecuentemente, crítica; v. entre muchos, Comment, 44 *Calif. L. Rev.* (1956) pp. 718, 733; específicamente, HENKIN, 110 *U. Pa. L. Rev.* 110 (1962), p. 473 ss.; QUINN, 64 *Cal. L. Rev.* 1976, p. 156 ss.; LOCKHART y otros, *Constitutional Law*<sup>6</sup> p. 1432-1433; otros afirman que atribuye un significado demasiado amplio a la doctrina de la *State action*, STRICKLAND, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 18 (1991) pp. 602 ss.; v. también, la citada *supra* II.3.

(194) V., por todos, A. CAÑIZARES, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», ADC 1991, p. 1453 ss.

8. Fuera de los supuestos anteriores, los particulares pueden discriminar lícitamente a otros particulares a la hora de seleccionar con quién celebran contratos o mantienen, genéricamente, relaciones. Esta afirmación es coherente con un sistema de Derecho Privado en el que rige el principio de la no necesidad de justificación de las decisiones autónomoprivadas y engarza perfectamente en un sistema de derechos fundamentales como el de nuestra Constitución además de ser coherente con el fundamento de la prohibición aquí propuesto. En efecto, en la medida en que el derecho a que el Estado no intervenga tenga un valor preponderante, como sucede singularmente en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad, no queda otro remedio que admitir la existencia de un «derecho a ser racista». La solución contraria socavaría los fundamentos de la protección constitucional de los más esenciales derechos fundamentales. Como señala la doctrina norteamericana «frente a la demanda de trato igualitario existen importantes derechos de libertad e intimidad que gozan de protección constitucional sustantiva. Entre ellos, un ámbito de libertad protegido para discriminar al que la Constitución da mayor valor» (195). Nadie puede hacer nada contra alguien que se niegue a dejar entrar en su casa a gentes de otras razas por el simple hecho de que sean de otras razas. Es más, si se produce la infracción (entrando en la casa sin autorización del titular), la discriminación es irrelevante para considerar ilegal la actuación del infractor.

9. Al margen de este límite genérico a la autonomía privada, la vinculación de los poderes públicos al art. 14 CE limita también, aunque de modo indirecto, la libertad de los particulares para discriminar a otros particulares respecto a la celebración de contratos. En la medida en que gran parte de las actividades privadas se ven estimuladas o dirigidas por poderes públicos, existe una obligación del Estado de imponer a los particulares que reciben ventajas públicas en cualquier forma que no discriminen *respecto al disfrute de dichas ventajas* (196).

La comparación entre la asociación de «nobles» del ejemplo anterior y un «club deportivo» permite aclarar la cuestión. Si una asociación deportiva desea obtener el *status* de club deportivo (con el correspondiente acceso a subvenciones estatales, etc.), sus estatutos no pueden discriminar (art. 14.2 RD 177/81 de 16.1 que desarrolla la ley 13/80 del deporte), por lo que la asociación de nobles mencionada no podría alcanzar el *status* de club deportivo (197).

---

(195) HENKIN, *U. Pa. L. Rev.*, 110 (1962) p. 487; v. también, BLACK, *Harvard L. Rev.* 69 (1967) p. 101; BUSS, *Washington U. L. Q.* 67 (1989) p. 817 y 822 con indicaciones de la jurisprudencia constitucional.

(196) El examen de la *state action* norteamericana proporciona interesantes aportaciones sobre este particular, v. referencias *supra* notas 36-37. Naturalmente, recibir ayudas públicas no convierte al particular en un poder público.

(197) v. ALONSO GARCÍA, *RAP*, 100-102 (1983) p. 85.

## VIII. CONCLUSIONES

1. Existe amplio acuerdo respecto a que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales implica consecuencias diferentes para poderes públicos y para los particulares: carácter vinculante para los poderes públicos (art. 53.1 CE) y garantía de una cierta vigencia social en el sentido genérico de que los particulares deben gozar de algún tipo de protección en el ejercicio de sus derechos fundamentales frente a su no reconocimiento por parte de otros particulares.

2. La afirmación de la eficacia *inter privatos* de los derechos fundamentales no tiene apoyo normativo; altera las competencias del legislador y del poder judicial; es valorativamente contradictoria con los principios constitucionales y metodológicamente incapaz de explicar los problemas que en el ámbito privado plantea el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales.

3. La vigencia social de los derechos fundamentales debe ser producto de la mediación estatal. Esta mediación viene delimitada, por un lado, por la obligación de intervención que para los poderes públicos se deduce del carácter de mandatos de protección de los derechos fundamentales. Por otro, por la obligación de respetar el ámbito privado de libertad que deriva del carácter de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención.

4. En esta labor, corresponde al legislador establecer el nivel de vigencia social de los derechos fundamentales exigido por la Constitución mediante la promulgación de normas de Derecho Privado que respondan a una valoración equilibrada entre los dos límites expuestos en el apartado anterior. A los jueces corresponde idéntica labor en la interpretación de las normas, tarea que tiene especial importancia en la interpretación de las cláusulas generales así como en el control de la constitucionalidad de los usos y en la labor de desarrollo judicial del Derecho. Al Tribunal Constitucional corresponde fiscalizar estas actividades estableciendo, en cada caso, si la falta de protección o el exceso de intervención es imputable al legislador (a normas legales inconstitucionales) o a los jueces (a interpretaciones inconstitucionales de normas constitucionalmente admisibles).

5. En relación con la *libertad contractual* en sentido estricto (libertad de pactos, *Gestaltungsfreiheit*) los derechos fundamentales plantean un problema de límites a la renunciabilidad de los derechos por contrato (concreción de los arts. 6.2 y 1255 CC). Si bien es constitucionalmente admisible limitar los derechos propios por contrato (e inconstitucional la prohibición legal de hacerlo) los derechos fundamentales están fuera del comercio y no caben renunciaciones a la titularidad de los mismos. En relación con la *libertad para contratar o no* y para elegir al cocontratante (*Abschlussfreiheit*), los derechos fundamentales plantean un problema de ejercicio abusivo —anticonstitucional— de un derecho (art. 7.2 CC). Hay abuso de derecho en una negativa a con-

tratar cuando ésta implica un trato vejatorio para el rechazado. En ambos casos, pues, los límites a la autonomía privada como consecuencia del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales deriva del mandato de protección de la dignidad humana que, dirigido a los poderes públicos contiene el art. 10 CE.

# Saneamiento por Gravámenes Ocultos (Análisis del artículo 1483 del Código civil)

IGNACIO DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO

**SUMARIO:** 1. Delimitación sistemática.— 2. Antecedentes.— 3. Requisitos.— 3.1. Venta de una finca.— 3.2. Gravada con carga o servidumbre no aparente.— 3.2.1. Desconocimiento del gravamen por el comprador.— 3.2.2. El Gravamen ha de ser importante.— 3.2.3. El Gravamen y el Registro de la Propiedad.— 3.2.4. Servidumbres o limitaciones de origen legal.— 3.3. Sin mencionarlo la escritura.— 3.3.1. Cláusula de exclusión de responsabilidad del vendedor.— 3.3.2. Cláusula libre de cargas.— 4. Efectos.— 4.1. Plazo para el ejercicio de las acciones que contempla el art. 1483.— 5. Referencia al art. 45 de la Ley del Suelo.

## 1. DELIMITACIÓN SISTEMÁTICA

Al final del articulado dedicado al saneamiento por evicción aparece un singular artículo, el 1483, referente al saneamiento por gravámenes ocultos, que establece lo siguiente:

«Si la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiese conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, a no ser que prefiera la indemnización correspondiente.

Durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria o solicitar la indemnización.

Transcurrido un año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre».

No es fácil el encuadre sistemático del mismo. Por un lado, un sector doctrinal sale en defensa de la sistemática de nuestro Código civil afirmando que el descubrimiento de cargas desconocidas en la cosa en-

tra exactamente en el molde de saneamiento por evicción. En este sentido Scaevola-Bonet considera que si bien se censura la colocación de este artículo dentro de las disposiciones del saneamiento por evicción, por creer que la existencia de cargas o servidumbres en la cosa vendida es análoga a la de los llamados vicios ocultos o redhibitorios; lo cierto es que entre la evicción y el vicio redhibitorio hay la capital diferencia de afectar lo primero a la propiedad de la cosa y lo segundo a la vida material de la misma. Así, la aparición de una servidumbre desconocida sobre una finca no afecta a la conservación y subsistencia del inmueble, sino sólo a la mayor o menor amplitud del disfrute de su dominio, no puede dudarse que el supuesto cae de lleno en el campo de la evicción y no en el de la redhibición. Claro está que dicha servidumbre no constituye privación de la cosa, que es la evicción tipo; pero guarda perfecta analogía con su pérdida parcial, puesto que significa una disminución del derecho adquirido en la compra. La privación de una parte del objeto comprado, de que trata el artículo 1479, y la existencia de un gravamen sobre él, a que el artículo 1483 se refiere, coinciden en exactitud en el punto de haberse recibido una menor propiedad de la que se contrató, y en el de ser posible que, de estar advertido el comprador a tiempo, no se hubiera llevado a efecto el contrato, como expresamente lo suponen dichos artículos (1). También, dentro de nuestra doctrina, Puig Peña considera que el artículo 1483 contempla un supuesto de evicción parcial (2).

Fuera de nuestras fronteras, el Codice civile italiano en su artículo 1489 recoge una norma análoga a la de nuestro artículo 1483 al establecer lo siguiente: «Si la cosa vendida está gravada con cargas o derechos reales o personales no aparentes, que disminuyan el libre goce y no hayan sido declarados en el contrato, el comprador que no haya tenido conocimiento puede pedir la resolución del contrato o bien una reducción del precio según lo dispuesto en el artículo 1480». Aunque el artículo 1489 se encuentra dentro de la subsección general relativa a las obligaciones del vendedor, la doctrina italiana al estudiar dicho precepto lo encuadra dentro de las garantías por evicción; concretamente, distinguen entre evicción mayor o simplemente evicción (es decir, de la propiedad), que

---

(1) No obstante, Scaevola-Bonet admite que entre la privación de la propiedad y el reconocimiento de una carga oculta, existe la diferencia muy notable de que el primer caso hace preciso el planteamiento del pleito reivindicatorio, y el segundo no lo requiere. Pero precisamente por esta diferencia innegable el artículo 1483 viene a figurar después de los relativos al juicio de evicción; sin que en lo demás dejen de serle aplicables, por analogía, los preceptos de la subsección en que figura. Vid. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil XXIII* (Madrid 1970) pp. 178-179.

(2) PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español* IV-2 (Madrid 1973) p. 127. Con anterioridad, LACAL consideró que el artículo 1483 del Código civil concede al comprador acción para exigir del vendedor la posesión pacífica y útil de la cosa vendida. LACAL, *Sobre una interpretación del artículo 1483 del Código civil* RDP (1929) p. 150.

puede ser total o parcial; y, una evicción menor (esto es, en cuanto a la reivindicación de un derecho real menor) que puede ser ella también total o parcial. En esta última hipótesis encajan el artículo 1489 (3).

El Code civil francés en su artículo 1638 dice así: «Si la finca vendida se encuentra gravada con servidumbres no aparentes, sin que se haya hecho manifestación de ellas, y estas servidumbres fueren de tal entidad que deba presumirse que el comprador no lo habría comprado si la hubiese conocido, puede reclamar la rescisión del contrato, a no ser que prefiera contentarse con una indemnización». Como se puede comprobar nuestro artículo 1483 es, excepto en sus párrafos segundo y tercero, copia fiel del 1638 francés. Este último precepto, al igual que nuestro 1483, forma parte de la subsección dedicada a «la garantía en caso de evicción» (arts. 1626 a 1640). Pero con una sustancial diferencia respecto a nuestro 1483. En efecto, en el Code francés la evicción no tiene un alcance tan limitado como en el nuestro (4), sino que, con un sentido mucho más amplio se define en el artículo 1626 de la siguiente manera: «Aunque al tiempo de la venta no se haya convenido nada sobre saneamiento, el vendedor está obligado a responder al comprador por la evicción que sufra en la totalidad o parte de la cosa vendida o por las cargas que se pretendan sobre tal cosa y que no hubiesen sido declaradas al tiempo de la venta».

En definitiva, lo que en nuestro Código puede entenderse como inadecuada colocación de un precepto (el artículo 1483 dentro de la evicción, por no darse en él los requisitos del 1475), en el francés no es más que una obvia fidelidad al concepto de evicción dado por su artículo 1626 (que explica totalmente el contenido del artículo 1638) (5).

Por otro lado, un sector importante de nuestra doctrina censura la inclusión del artículo 1483 entre los destinados al saneamiento en caso de evicción, porque la evicción supone privación de la cosa por virtud de un juicio reivindicatorio, y el reconocimiento de la carga oculta no implica privación de la cosa ni requiere sentencia ejecutoria (6). Den-

---

(3) Cfr.: BARBERO, *Sistema del Derecho Privado* IV (Buenos Aires 1967) p. 24; CAPOZZI, *Dei singoli contratti* I (Milano 1988) p. 66; TORRENTE Y SCHLESINGER, *Manuale di Diritto privato* (Milano 1985) p. 572; CABELLA PISU, *Circa l'applicabilità dell'art. 1489 Cod. civ. alla vendita di edificio privo della licenza di abitabilità, en Foro it. I (1976) pp. 2229 ss.*

(4) El artículo 1475 del Código civil establece en su párrafo primero que tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por una sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada.

(5) Cfr. DE ANGEL YAGÜEZ, *Algunas consideraciones en torno al artículo 1483 del Código civil* RCDI 487 (1971) p. 1349; COLIN Y CAPITAN, *Curso elemental de Derecho civil* IV (Madrid 1981) p. 131.

(6) Cfr. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil* II-2 (Barcelona 1982) p. 190 y *Compendio de Derecho civil* II (Barcelona 1987) p. 378; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral* IV (Madrid 1988) p. 131; DE ANGEL YAGÜEZ, *o.c.* nota 5, p. 1353 MANRESA, *Comentarios al Código civil español* X-1 (Madrid 1969) p. 327.



tro de estos autores, muchos de ellos opinan que el artículo 1483 se trata de un caso típico de vicios ocultos, porque éstos tanto pueden ser materiales o de hecho, que son los llamados vicios, en sentido estricto, y vicios jurídicos o gravámenes; y, por otro lado, desde un punto de vista formal el Código titula al apartado dedicado al saneamiento por causas distintas de la evicción, «del saneamiento por defecto o gravámenes ocultos de la cosa vendida», aunque luego no hable en particular de éstos (7). También, la sentencia de 22 de diciembre de 1971 ha entendido que la hipótesis de que se trata «en verdad es más propia del saneamiento por gravámenes ocultos de la cosa vendida, que un caso de evicción».

Sin embargo, entender que la sede adecuada del artículo 1483 del Código civil es la subsección segunda de las dos que nuestro Código dedica al saneamiento, concretamente, la titulada «del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida», ofrece serios problemas porque dicha subsección 2.<sup>a</sup> únicamente contempla supuestos de vicios ocultos mientras que el artículo 1483 hace referencia a cargas o gravámenes ocultos, siendo diferente ambos conceptos. Así, los primeros implican mala calidad, defecto o daño físico en las cosas; mientras que cargas o gravámenes son todas aquellas limitaciones, responsabilidades u obligaciones de carácter real que afectan a la cosa o derecho (8). Por tanto, mientras que estas últimas hacen referencia a derechos a favor de terceros, los vicios afectan únicamente a la calidad de la cosa.

A la vista de los argumentos alegados por la doctrina, favorables unos a su inclusión en la teoría de la evicción, partidarios otros de su calificación como vicio oculto, entiendo que el supuesto de que tratamos (cargas o gravámenes ocultos) tiene una regulación particular en el artículo 1483 del Código civil que no encaja en ninguna de las dos posturas vistas (9). Por tanto, deberá prevalecer la autonomía del precepto sobre su colocación formal por parte del legislador. Sin embargo, este encuadramiento particular del saneamiento por gravámenes ocultos podría tener ciertas repercusiones prácticas (10) a la hora de saber cuales son las normas generales que le son aplicables (las de la evic-

---

(7) Aunque esta posición fue iniciada por Manresa (vid. MANRESA, *o.c.* nota 6, p. 327), ha sido Castán quien ha llevado esta concepción a sus últimas consecuencias (vid. CASTÁN, *o.c.* nota 6, p. 131).

(8) Sobre el alcance de la frase cargas y gravámenes vid. DAVILA, *La expresión libre de cargas y gravámenes y el pacto de saneamiento en la escritura de compraventa de bienes inmuebles. Fórmulas y comentarios* BICNG 231 (1972) pp. 288 s.

(9) En este sentido se han pronunciado también, BADENES GASSET, *El contrato de compraventa* I (Barcelona 1979) p. 651; GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Manuel Albaladejo XIX (Madrid 1991) p. 336; ALBALADEJO, *Derecho civil* II-2 (Barcelona 1982) p. 38; TORRALBA SORIANO, en *Comentario del Código civil*. Ministerio de Justicia II (Madrid 1991), p. 951.

(10) Cfr. ALBALADEJO, *o.c.* nota 9, p. 38.

ción o las de los vicios ocultos), pero todo queda reducido al supuesto de renuncia por el comprador a la responsabilidad del vendedor. La mayoría de la doctrina se inclina por la aplicabilidad del artículo 1477 (que regula la renuncia al saneamiento por evicción) y no por la solución del 1485 (que regula la renuncia al saneamiento por vicios ocultos), no sólo porque el artículo 1483 se encuentra formalmente incluido dentro de la subsección 1.<sup>a</sup> en que también se ubica el artículo 1477, sino porque éste establece una serie de supuestos de renuncia más acordes con la naturaleza de los gravámenes ocultos (11). A pesar del criterio de estos autores, entiendo que en tales casos dicha renuncia a la responsabilidad del vendedor por parte del comprador supone, normalmente, un pacto unido al contrato principal que tendrá su base en la libertad de disposición contractual del 1255, por lo que serán de aplicación las disposiciones generales de los contratos. Para poder aplicar el artículo 1477 tendría que existir semejanza o igualdad racional entre el caso regulado por el 1477 y el que nos planteamos en relación con el 1483 para poder así colmar la laguna legal mediante analogía, pero a mi juicio no existe semejanza o igualdad entre ambos casos, uno no previsto en la ley y otro expreso en ella (la renuncia del artículo 1477).

## 2. ANTECEDENTES

El Derecho romano entendía que la servidumbre caracterizaban el «estado normal de los fundos» y en consecuencia estimaba que, salvo dolo, el vendedor no estaba obligado a revelar estas cargas poco importantes, a no ser que hubiera vendido el fundo como libre de todo tipo de cargas, mediante la cláusula «uti optimus maximus» (12). La razón de esto era que, según el modo de pensar romano y dado el estado económico de la propiedad territorial, el comprador de un fundo cualquiera debía esperar siempre encontrárselo gravado de servidumbres (13). No obstante, parece según Biondi, que este principio afectaba no tanto a las servidumbres propiamente dichas, y menos a las voluntarias, como a las llamadas «limitaciones legales del dominio» lo cual concuerda con los criterios vigentes en el Derecho moderno (14).

---

(11) Cfr. BADENES GASSET, *o.c.* nota 9, p. 651; ALBALADEJO, *o.c.* nota 9, p. 38; RUIZ SERRAMALERA, *Derecho civil II* (Madrid 1982) p. 122.

(12) Cfr. CALONGE, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico* (Salamanca 1968) pp. 78 s.; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain* (París 1918) p. 571 y *Etudes historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain I* (París 1884), pp. 123 s.

(13) COLIN Y CAPITANT, *o.c.* nota 5, p. 130.

(14) BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano* (Milano 1954) p. 65.

El régimen del gravamen de servidumbre en relación con el problema aquí tratado viene recogido con gran claridad en un texto de Venuleyo (15): para determinar si se incurre en responsabilidad por evicción respecto a un fundo vendido en el que el comprador ignora la existencia de una servidumbre, hay que distinguir previamente si se trata de servidumbre que grava sobre el fundo comprado o de servidumbre que se pretende a favor de dicho fundo.

En el primer caso es preciso distinguir, a su vez, si la venta es hecha «en las óptimas y más amplias condiciones» («uti optimus maximus») o si no lo es bajo tal declaración. Si la venta es hecha «uti optimus maximus» el vendedor responde (16). Por el contrario, si la venta no se realiza bajo tal criterio, el vendedor no será responsable de la servidumbre (la cual no fue declarada expresamente en el momento de la venta) (17), se entiende que el vendedor no debe responder de algo que suele ser accesorio.

En el segundo caso, anteriormente mencionado, el comprador pretende una servidumbre a favor del fundo comprado, únicamente puede considerarse responsable el vendedor cuando hubiese declarado expresamente, en el momento de la venta, que determinadas servidumbres estarían a favor del fundo vendido (18). De otra manera, si nada se dijo a este respecto nunca podrá considerársele responsable por la falta de alguna servidumbre, incluso aunque el fundo hubiera sido vendido «en las óptimas y más amplias condiciones», pues, el «estado normal» del fundo no es tener esas servidumbres.

En todos estos supuestos de servidumbre, si procedía la responsabilidad del vendedor ésta abarcaba solamente a la cuantía en que el comprador hubiese comprado en menos, si hubiese sabido que existía el gravamen de servidumbre (19).

Otro supuesto importante de venta de fundos con gravamen que presentan las fuentes romanas es el caso del fundo gravado con usufructo, naturalmente ignorándolo el comprador. En este caso, una vez producida la «vindicatio usus fructus» por parte del titular, el comprador podrá exigir en su momento la responsabilidad (por evicción) del vendedor (20).

---

(15) D. 21, 2, 75.

(16) Este criterio puede verse también en D. 21, 2, 48.

(17) Incluso se libera de responsabilidad el vendedor si declara de una manera ambigua la existencia del gravamen de una servidumbre, aunque no se libera de responder por dolo. Vid D. 21, 2, 69, 5. De este se desprende la distinción entre declaración ambigua y dolo.

(18) D. 18, 1, 66 pr.

(19) D. 21, 1, 61.

(20) Este criterio se desprende de Celso, D. 21, 2, 62, 2: «Si me hubiese vendido con reserva de usufructo un fundo sobre el cual Ticio tenía, ignorándolo yo, el usufructo que le había sido dejado en tanto viviese, y demanda afirmando su derecho de usufructo a pesar de haber sufrido capitisdiminución, me compete contra ti la acción de la estipulación de evicción; pues si fuera verdad lo que me habías declarado en la venta, negaría rectamente a Ticio el derecho de usufructo».

En nuestro Derecho histórico tanto el Fuero Real (21) como las Partidas (22), contemplan supuestos de responsabilidad del vendedor por gravámenes de la cosa vendida en los cuales el criterio que se sigue ya no es el de la «*quanti minoris*». Así, las Partidas establece una acción de rescisión de la venta con indemnización de daños y perjuicios para estos casos; si bien, la indemnización procedía únicamente si el vendedor conocía el gravamen al tiempo de la venta y lo silenció.

Posteriormente, tiene importancia con relación a esta cuestión, la denuncia que hicieron los Procuradores de las Cortes de Madrid de 1528 respecto al abuso que se estaba produciendo de vender como libres los bienes gravados. Esta circunstancia dió lugar a que el Rey Carlos I ordenase que al tiempo de celebrar los contratos los comparecientes «sean obligados de manifestar y declarar los censos y tributos que hasta entonces tuvieren cargados sobre las dichas casas heredades y posesiones, so pena que si así no lo hicieren paguen el duplo del perjuicio sufrido» (23). Este criterio lo adoptaría la Novísima Recopilación en el año 1805 en su Libro 10, título 15, ley 63 que decía así: «Mandamos que las personas que de aquí en adelante pusieren censos o tributos sobre sus casas o heredades, o posesiones que tengan atribuidas o censuadas a otro primero, sean obligados de manifestar y declarar los censos y tributos, que hasta entonces tuvieren cargados sobre las dichas sus casas y heredades y posesiones; so pena que, si así no lo hicieren, paguen con el dos tanto la cuantía que recibieron por el censo, que así vendieren y cargaren de nuevo, a la persona a quien vendieren el dicho censo».

Por último, su antecedente inmediato y casi literal es el artículo 1405 del Proyecto de 1851 de García Goyena que establecía lo siguiente: «Si la finca vendida se haya gravada, sin haberse hecho mención de ello en la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente de tal naturaleza que haya lugar a presumir que el comprador no la hubiera adquirido si la hubiera conocido, puede optar entre la rescisión del contrato o la indemnización respectiva.

---

(21) Fuero Real 3, 10, 7. «Cómo el vendedor es obligado de defender la cosa cuando al comprador gela demandan. Todo home que alguna cosa vendiere a otro, será tenuto de le defender con ella a derecho, quando quier que viere que alguno gela demandare, si el comprador gelo dixere: e si el comprador por sí respondiере en el juicio no lo fasciendo saber al vendedor, o no quisiere venir a oir la sentencia, si fuere vencido no se pueda tornar a aquel que la vendió».

(22) P. 5, 5, 63: «Casa o torre, que debe servidumbre a otro, o que fuese tributaria, vendiendo un home a otro, callando el vendedor, e non le aperciendo dello a aquel que la compra; por tal razón como esta puede el comprador desfazer la vendita: e es tenuto el vendedor, de tomarle el precio, con daños e menoscabos que le viniessen por esta razón... Más si esto non sopiesse el vendedor quanto la vendió, non sería tenuto de tomar más del precio tan solamente».

(23) Sobre este particular, *vid.* NÚÑEZ LAGOS R., *Evicción de cargas*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro II* (Madrid 1976) p. 351.

La acción rescisoria se prescribe por un año, que se contará desde el otorgamiento de la escritura.

La de indemnización se prescribe por un año, a contar desde el día en que el comprador haya descubierto la carga o servidumbre».

### 3. REQUISITOS

A partir de la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 25 de Abril de 1983 y del propio contenido del 1483 expondré los requisitos o presupuestos de aplicación de este artículo. Concretamente, la sentencia mencionada decía que «la facultad que el artículo 1483 concede al comprador para pedir la rescisión del contrato de compraventa o, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios, está supeditada a la concurrencia de los siguientes presupuestos de hecho: 1) que se trate de la venta de una finca gravada con alguna carga o servidumbre no aparente; 2) que tal carga o servidumbre no se mencione en la escritura de transmisión, y 3) que sea de tal importancia que de haberla conocido el comprador deba presumirse que no la habría adquirido».

#### 3.1. VENTA DE UNA FINCA

En primer lugar, es necesario determinar el alcance de la expresión «finca» utilizada por el legislador en el artículo 1483 y que con frecuencia aparece en otros pasajes del Código civil y en leyes especiales.

El Código no define el concepto de finca y se limita a remitirlo al lenguaje usual, en donde finca es propiedad inmueble. El significado etimológico de la palabra tampoco aclara gran cosa, pues la voz finca deriva del verbo antiguo fincar, y éste, a su vez, de ficar, que implica la idea de permanencia que literalmente se encuentra en la palabra «inmueble». El asimilar los conceptos de finca e inmuebles, al estilo del Diccionario que estima como finca «la propiedad inmueble rústica o urbana» tiene la ventaja de destacar la inmovilidad de la noción, pero, quizás, no es del todo cierta. Tratar de asimilar, como advierte Chico Ortiz, el concepto de finca con el de inmueble tropieza, sobre todo en nuestro sistema, con la dificultad que ofrece la lista enunciativa que hace el artículo 334 del Código civil. En ella existen argumentos fáciles de utilizar para evitar esta asimilación, pues no puede considerarse como finca por ejemplo a los árboles, plantas y a los frutos pendientes, que el artículo citado, en su número dos, reputa como inmuebles. A lo más que podría llegarse es a considerar que toda finca es un inmueble, pero no todo inmueble es una finca (24). No obstante, algunos autores

---

(24) CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho hipotecario I* (1981) p. 543.

partiendo de la interpretación que la doctrina italiana (25) da al artículo 1489 del Codice civile, consideran que la norma que estamos estudiando es aplicable por analogía a las demás cosas, por tanto, podrá aplicarse tanto a los bienes muebles como a los inmuebles, ya sea interpretando extensivamente el artículo 1483 del Código hasta comprender a los bienes muebles, ya sea aplicándolo analógicamente a los mismos (26).

Sin embargo, conviene aclarar que la diferencia entre el artículo 1489 del Codice civile y el artículo 1483 de nuestro Código es significativa a este respecto. Así, mientras el 1489 habla de «si la cosa vendida...», nuestro artículo 1483 dice «si la finca vendida...», esta circunstancia hace muy difícil la inclusión, por lo anteriormente expuesto, en el término finca de los bienes muebles.

La expresión «finca vendida» del 1483 implica una precisión limitativa consignada expresamente en la norma, que no parece fruto del azar; en efecto, todos los demás preceptos de la subsección donde se encuentra este artículo se refieren, en general, a la cosa vendida, comprendiendo, por tanto, tanto la mueble como la inmueble; la misma precisión terminológica se observa en la subsección siguiente, cuyos preceptos hacen referencia genérica a la cosa vendida en general o los animales. No puede, por tanto, achacarse aquí al legislador descuido terminológico, sino que debe entenderse, por lo hasta aquí expuesto, querida la limitación de la norma a la compraventa de inmuebles (27). El examen de la jurisprudencia recaída confirma esta conclusión (28). Es significativa la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 25 de abril de 1983 donde se dice que no es de aplicación el artículo 1483 cuando no se está ante un supuesto de finca gravada.

La razón de esta limitación del artículo 1483 a las fincas puede encontrarse en los precedentes históricos, tanto las Partidas (P. 5.5.63.) como el artículo 1405 del Proyecto de 1851 así lo demuestran.

### 3.2. GRAVADA CON CARGA O SERVIDUMBRE NO APARENTE

En sentido genérico puede decirse que hay venta de finca gravada cuando sobre la misma existan derechos que constituyan para el pro-

---

(25) Cfr. LUZZATTO, *La compraventa* (Madrid 1953) p. 213.

(26) Cfr. BADENES GASSET, *o.c.* nota 9, 652; RUIZ SERRAMALERA, *o.c.* nota 11, pp. 122-123.

(27) En este sentido se pronuncian GARCÍA CANTERO, *o.c.* nota 9, p. 336; DE ANGEL YAGÜEZ, *o.c.* nota 5, p. 1352; O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho civil II-2* (Madrid 1989) p. 39; ALBACAR, *Código civil V* (Madrid 1992), p. 263.

(28) Cfr. STS de 27 de abril de 1983; de 8 de enero de 1985; de 25 de junio de 1986 por citar de la más recientes.

pietario una carga o bien una restricción de la normal facultad de goce y disposición que compete al mismo.

Por virtud de cargas existentes sobre la finca, el propietario de ésta queda obligado a ejecutar prestaciones (de ordinario periódicas) respecto al titular del derecho.

Entre los derechos de tercero restrictivos de los del propietario sobre la finca, pueden citarse las servidumbres, el usufructo, el uso, la habitación, etc. Estos derechos han de afectar a los sucesivos adquirentes de la finca.

Un gran sector de nuestra doctrina entiende que debe tratarse de derechos reales (29), también, nuestro Tribunal Supremo en una sentencia de 19 de abril de 1958 considera que el artículo 1483 se refiere, como su texto indica, a cargas reales o gravámenes establecidos con anterioridad a la transmisión de la finca y excluye las de naturaleza personal como son los simples créditos.

Sin embargo, en la doctrina italiana, se considera que puede tratarse también de derechos que aun no teniendo, según los conceptos tradicionales, el verdadero carácter de reales, tengan, no obstante, la llamada eficacia real, en el sentido de que se transmitan pasivamente, no solo al sucesor universal (heredero), sino también a los sucesores a título particular, como es precisamente el comprador de la finca (30).

El artículo 1489, del Codice civile, en efecto, no habla sólo de derechos reales, sino también de derechos personales; pero naturalmente, debe entenderse que se trata de derechos personales que se transmiten pasivamente al comprador; de otro modo, este no experimentaría daño alguno. A partir de tales consideraciones Badenes entiende que el artículo 1483 podría aplicarse también en los supuestos de que la finca vendida estuviese arrendada, pues si bien conforme al Código civil (artículo 1571 y 1572) el comprador de la finca arrendada tiene, a su favor, como norma general, el derecho de dar por terminado el arriendo; por excepción el comprador carece de este derecho cuando el arrendamiento se inscriba, cuando exista pacto en contrario entre el arrendador enajenante y el adquirente y cuando la venta se haya realizado con pacto de retraer en tanto no concluya el plazo para usar del retracto. Pero hay que tener en cuenta que las leyes reguladoras de las más destacadas modalidades del arrendamiento (legislación de arrendamientos urbanos y rústicos) introducen radicales e importantes modificaciones al principio del Código (31).

---

(29) Cfr. LACAL, *Interpretación del artículo 1483 del Código civil* R.D.P. (1929) p. 93; MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil XXIII* (Madrid 1970) p. 178; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil* II-3 (Barcelona 1986) p.63; TORRALBA SORIANO, *o.c.* nota 9, p. 951.

(30) Cfr. LUZZATTO, *o.c.* nota 25, p. 209; DEGNI, *La compraventa* (Madrid 1957) p. 336.

(31) BADENES GASSET, *o.c.* nota 9, p. 651.

En sentido análogo se pronuncia Santos Briz, cuando dice que en el supuesto de tratarse de carga o gravámenes ocultos (artículo 1483), el precepto puede ampliarse a aquellos derechos que, como los de arrendamiento a favor de terceros, dada la reglamentación actual de los mismos (32) implican una verdadera carga, que, en muchos casos de haber sido conocida por el comprador, este no habría adquirido el inmueble (33).

En mi opinión, nuestro Código civil (a diferencia del art. 1489 del Codice italiano que habla de «derechos reales o personales») en el art. 1483 se refiere a «carga o servidumbre no aparente» ello conlleva a pensar que al entenderse por carga un gravamen real de la propiedad, lógicamente, no podría incluirse en dicho término el contrato de arrendamiento. Este criterio también se desprende de la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1958 al considerar que el artículo 1483 se refiere a cargas reales o gravámenes con exclusión de los de naturaleza personal. Por otra parte, el arrendamiento no puede considerarse, en principio oculto, ya que normalmente parece comportar un público conocimiento difícil de compatibilizar con los requisitos del 1483.

Señala también Badenes (34), que el artículo 1483 de nuestro Código se refiere a aquellos derechos de terceros que constituyen una carga (obligación de prestaciones), o a la disminución de los normales poderes del propietario, pero no se refiere a aquellos derechos de los que deriva una amenaza de pérdida de la propiedad, a los que alude concretamente el artículo 1502 (35).

A mi entender nada impide la aplicación de la norma en cuestión a casos como la hipoteca que sí encajan dentro del significado de la expresión «carga», por tanto, lejos de existir incompatibilidad entre los artículos 1483 y 1502, puede haber entre ellos una perfecta concurrencia.

Una vez examinada la expresión «carga» paso a analizar lo que debe entenderse por servidumbre no aparente. Según el artículo 532 de nuestro Código civil apartado último son servidumbres no aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia. Es decir, lo que determina que la servidumbre sea no aparente es la inexistencia de signos exteriores y visibles, que según la naturaleza de la servidumbre podrán hallarse en el predio dominante o en el sirviente.

A tenor de la letra del artículo 1483 («Si la finca estuviese gravada... con alguna carga o servidumbre no aparente...») resulta que este

---

(32) Lógicamente, se refiere Santos Briz, sobre todo, a los arrendamientos urbanos celebrados con anterioridad al Real Decreto-Ley 2/1985 de 30 de abril.

(33) SANTOS BRIZ, en traducción y comentarios a Hedemann, *Derecho de obligaciones* (Madrid 1958) p. 258.

(34) Que sigue en este punto a Luzzatto. *Vid.* LUZZATTO, *o.c.* nota 25, p. 210.

(35) BADENES GASSET, *o.c.* nota 9, p. 652.



será aplicable cuando la finca vendida sufra una servidumbre pasiva no aparente (36).

Se ha discutido por la doctrina si la garantía por el vendedor es debida también cuando el comprador sea privado de una servidumbre no aparente constituida a favor del fundo vendido, esto es, ¿responde el vendedor de las servidumbres activas no aparentes? La opinión prevalente en Francia y en Italia es que el vendedor esta obligado a garantizar las servidumbres activas del fundo vendido, con las que el comprador ha debido contar en la adquisición, la existencia de las cuales, naturalmente, habrá sido tenida en cuenta en la determinación del precio, y sin las que, quizá, el comprador no habría celebrado el contrato (37).

Otros estiman contrariamente que la garantía por las servidumbres activas no puede admitirse en vía legal, y es debida solo cuando las partes la han querido con pacto expreso o tácito (38).

Para Degni en un solo caso podría surgir en el vendedor una responsabilidad de garantía por las servidumbres activas no aparente, cuando él las haya silenciado, poniendo así al comprador en grado de perderlas por no uso, con una posible complicidad con el propietario del fundo sirviente (39). Esta hipótesis ya había sido contemplada en el Derecho romano por el jurisconsulto Pomponio al decir que si el predio vendido tuviera a su favor una servidumbre y el vendedor no la hubiese mencionado, sino que, conociendo su existencia, la hubiese ocultado, y, a consecuencia de ello, el comprador hubiese perdido aquella servidumbre por desuso, algunos juzgan rectamente que el vendedor queda obligado por dolo mediante la acción de compra (40).

---

(36) En este sentido se pronuncia la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 20 de junio de 1986. El caso fue el siguiente: Acusa la entidad recurrente la infracción de los arts. 1483 y 1490 CC, en cuanto la sentencia recurrida no le concedió la indemnización solicitada por la disminución de valor del inmueble objeto de la compraventa como consecuencia de la existencia en la finca de una *fosa séptica*, que no sólo sirve al chalet adquirido, sino que recoge las aguas residuales de toda la urbanización, lo que supone la carga de una servidumbre no manifestada por el vendedor; alegación que no puede prosperar, *dado que la tapa de dicha fosa estaba bien visible*, lo que excluye tanto la aplicación del art. 1484 CC, relativo a saneamiento por vicios o defectos ocultos que tuviere la finca vendida, como la aplicación del art. 1483, relativa al saneamiento en la hipótesis de que la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente.

(37) Cfr. RICCA BARBERIS, *L'obbligo della garanzia per le servitù esistenti a favore del fondo venduto*, en *Revista di Diritto Commerciale* 2 (1914) p. 918. En nuestro Derecho Badenes considera esta postura como más acorde con el principio general de que los contratos deben ejecutarse de buena fe (art. 1258 C.c.) *vid.* BADENES, *o.c.* nota 9, p. 664.

(38) Cfr. GERMANO, *La prestazione della garanzia per le servitù attive del fondo venduto*, en *Foro it.* 1 (1915) p. 1065.

(39) DEGNI, *o.c.* nota 30, p. 328.

(40) D. 18, 1, 66, 1.

A partir de aquí Degni consideró que existe una responsabilidad por el hecho doloso del vendedor, el cual no declara al comprador la existencia de una servidumbre activa que conoce, y basta el silencio para encontrar dolo, porque tal silencio tiene que ser malicioso, a menos que el vendedor probase que tampoco él conocía la existencia de aquella servidumbre (41).

Esta última posición creo que es perfectamente aplicable en nuestro Derecho pero con una puntualización: La responsabilidad del vendedor por las servidumbres activas no aparentes, cuando él las haya silenciado, podrá nacer no sólo por el hecho doloso del vendedor, sino también cuando concurra culpa o negligencia en el silencio de éste.

Normalmente, el perjuicio que se causa al comprador por este silencio es la pérdida de la servidumbre activa no aparente por su no uso.

Por otra parte, el artículo 1483 se refiere a las servidumbres pasivas no aparentes y no a las aparentes porque lógicamente, estas últimas tienen signos visibles de su existencia lo que hace que su desconocimiento por el comprador le sea a éste imputable dado el deber que tiene de informarse. Este tipo de servidumbres no es usual declararlas en el contrato de venta de la finca porque siguen tácitamente al fundo produciendo los mismos efectos que si el vendedor las hubiese declarado expresamente en el momento de la venta (42). Sin embargo, a juicio de Badenes podrían incluirse las servidumbres aparentes, dentro de la norma del 1483, cuando pueda ser incierto el alcance y extensión de la servidumbre misma, lo que haría necesaria una expresa declaración para excluir la responsabilidad del vendedor (43). Este criterio lo había aplicado el Tribunal de Casación italiano en una sentencia de 12 de mayo de 1937 a una servidumbre de presa de agua, que ciertamente es una servidumbre aparente, observando que si las obras de derivación, por sí, manifiestan la extensión de la concesión de agua, la declaración no es necesaria; pero cuando de ellas nada se obtiene en torno a la extensión de la servidumbre, esto es, no aparece si la derivación es continua, es decir, por todo el invierno, o por todo el año, o por la estación de verano solamente, el vendedor está obligado a la declaración análoga.

### 3.2.1. *Desconocimiento del gravamen por el comprador*

El artículo 1483 emplea, a este respecto, un elemento subjetivo al decir: «que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la

---

(41) DEGNI, *o.c.* nota 30, p. 328.

(42) *Cfr.* POTHIER, *Tratado del contrato de venta* (Barcelona S.A.) p. 106; NÚÑEZ LAGOS R., *o.c.* nota 23, p. 367; DEGNI, *o.c.* nota 30, p. 321.

(43) BADENES, *o.c.* nota 9, p. 652. En el mismo sentido se pronuncia TORRALBA SORIANO, *o.c.* nota 9, p. 952.

hubiera conocido». Aunque el Código emplee esta expresión, no es necesario que exista ninguna presunción fundada de que el comprador no habría adquirido la finca de saber que estaba gravada, sino que es suficiente con que, ignorándolo él el inmueble se encuentre gravado (44). Es determinante, por tanto, que el gravamen sea oculto, es decir, desconocido por el comprador al celebrar el contrato. Si el comprador tenía conocimiento del gravamen, y esto se demuestra por el vendedor, no podrá ejercer aquél las acciones que le concede el artículo 1483, pues, se presumirá que lo aceptó, y se tendrá por válido y eficaz el contrato con todas sus consecuencias.

Claramente deja entrever la redacción del artículo 1483 que todo el precepto parte del supuesto de que el comprador no conocía el gravamen, de donde se deduce que conociéndolo falta el motivo de la ley (45). Así lo ha entendido con perfecta aplicación del precepto el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de abril de 1898 donde establece que las servidumbres no aparentes conocidas por el adquirente no pueden considerarse como gravámenes ocultos. También, la sentencia de 9 de diciembre de 1909 entiende que dada la circunstancia que el comprador era dueño de una tercera parte de la finca no podía desconocer el gravamen.

En la sentencia de 19 de enero de 1910 se señala la inaplicabilidad del artículo 1483, porque la compradora «conocía la carga hipotecaria que pesaba sobre ella, como era conocida de los anteriores adquirentes y se tuvo en cuenta para la determinación del precio realmente pagado por la misma». El fundamento del fallo no era que la compradora debiera haber conocido la hipoteca por constar en el Registro, sino el de que efectivamente la conoció, acreditando el conocimiento la reducción del precio pagado por la finca.

La sentencia de 7 de diciembre de 1971 desestima la pretensión del comprador, a pesar de haber mediado una sentencia firme declarativa de la existencia de una servidumbre de paso a favor de un tercero sobre la finca adquirida en permuta, por entender el Tribunal que en el supuesto contemplado no se daba un requisito del artículo 1483: el de que la carga sea de tal naturaleza que de haberla conocido el permutante no hubiera permutado. Porque en el caso, se dice en la resolución, tal servidumbre no era desconocida por el adquirente, ya que incluso él mismo venía utilizando la referida finca como acceso a otra de su propiedad.

Por último, la sentencia de 28 de febrero de 1990 declara que no hay vulneración del artículo 1483 al conocer el comprador las limitaciones a que la finca estaba sometida, cual si de carga o servidumbre aparente se tratase, asimilándose a que en el contrato se hiciese mención de dichos extremos el que no exista ausencia de conocimiento o conocimiento equivocado.

---

(44) RUIZ SERRAMALERA, *o.c.* nota 11, p. 123.

(45) MANRESA, *Comentarios al Código civil español X-I* (Madrid 1969) p. 329.

### 3.2.2. *El gravamen ha de ser importante*

El texto legal utiliza la siguiente expresión: «de tal naturaleza (dice el art. 1483) que deba presumirse no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido». Con la alusión final se da a entender que la carga o gravamen han de ser «desconocidos» por el comprador, tal como se ha examinado en el requisito anterior. Pero la expresión inicial «de tal naturaleza» determina que el gravamen deberá ser de tal importancia que haga presumir que el comprador no habría adquirido la finca si lo hubiese conocido, «a sensu contrario» si la entidad del gravamen no es tal como para hacer presumir que el comprador no habría adquirido el inmueble si hubiera conocido su existencia, éste no puede pedir la tutela del art. 1483, sino que debe contentarse con pedir indemnización (46). De este modo el comprador podrá obtener el resarcimiento económico del menoscabo producido por el gravamen conforme a lo que establece el artículo 1106 de nuestro Código.

Para medir la importancia del gravamen entiendo que el juez deberá poner en relación éste con las circunstancias del comprador, esto es, se tendrá que aplicar un criterio subjetivo dado el contenido del artículo 1483 «... no la habría adquirido *el comprador* si la hubiera conocido...».

### 3.2.3. *El gravamen y el Registro de la Propiedad*

Es conveniente, para una mayor claridad en la exposición de este epígrafe, enumerar en primer lugar distintos supuestos en los que hay prácticamente unanimidad en las soluciones de la doctrina. Así, el artículo 1483 opera fundamentalmente en el supuesto de que la carga o servidumbre no figurara inscrita en el Registro de la Propiedad en el momento de la venta y tampoco hubiera inscrito su adquisición el comprador. Esta circunstancia última obliga a considerar la relación sin interferencia de los principios hipotecarios, esto es, en un campo absolutamente extrarregistral. En consecuencia, puede el comprador ejercitar todos los derechos que se le conceden en el art. 1483, siempre que se cumplan sus requisitos.

También se está de acuerdo en la doctrina en que si no están inscritas las cargas o servidumbres no aparentes, e inscribe el comprador su título de adquisición, no hay lugar a la aplicación del artículo 1483, ya que aquéllas no producen efecto contra el adquirente pues a tenor del artículo 32 de la Ley Hipotecaria los títulos de dominio

---

(46) Vid. DEGNI, o.c. nota 30, pp. 326-327; LACRUZ, o.c. nota 29, p. 63. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Casación italiano en una sentencia de 3 de diciembre de 1932.

o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a terceros (47).

Por último, también existe acuerdo en la aplicación del art. 1483 en el caso de que la carga sea anterior a la venta, pero se inscriba después de perfeccionada la venta y antes de su inscripción, dado que tal carga desconocida para el comprador, le perjudicará (48).

Una vez examinados los supuestos en los que hay conformidad de soluciones en la doctrina se plantea el siguiente problema: ¿Una carga o servidumbre no aparente, inscrita en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la compra, no mencionada en la escritura, y desconocida por el comprador, autoriza a éste para entablar las acciones que le concede el artículo 1483? En este caso, una primera posición doctrinal encabezada por Ossorio al que sigue un sector importante de nuestra doctrina considera que es indiferente que el comprador tenga o no registrado su título de compra, pues de ningún modo podrá ejercitar las acciones del art. 1483 contra el vendedor, porque es esencial para poder aplicar este artículo, que el comprador desconozca la existencia de la carga, y al estar inscrita en el Registro le será jurídicamente imposible probar ese desconocimiento. La inscripción da publicidad al derecho inscrito, y establece la presunción «*iuris et de iure*» de que es por todos conocida (49).

También Manresa sigue esta orientación pero utilizando una argumentación particular merecedora de ser aquí consignada. La razón en que se funda este autor está en el contenido del artículo 1537 del Código civil que dice: «Todo lo dispuesto en este título se entiende con sujeción a lo que respecto de bienes inmuebles se determina en la Ley Hipotecaria». El título a que se refiere dicho artículo, es el que trata de la compra y venta, en el cual está comprendido el artículo 1483; luego es evidente que su contenido debe entenderse subordinado a las disposiciones de la Ley Hipotecaria. De los artículos 7 y 2 de dicha Ley se deduce la posibilidad de registrar los derechos sobre cosa ajena los

---

(47) Es decir, si en el Registro figura A como propietario de la finca, pero ha constituido un gravamen sobre la finca a favor de B, y éste no ha inscrito, C, al comprar a A, reuniendo las condiciones del artículo 34 de la L.H. tiene derecho a desconocer el gravamen de B, a no tolerarlo, porque lo no inscrito no le perjudica. Ello, naturalmente, partiendo de la base de que el tercero a que se refiere el artículo 32 sea el tercero hipotecario, es decir, el tercero protegido por la fe pública registral.

(48) Cfr. OSSORIO MORALES, *Sobre una interpretación del artículo 1483 del Código civil RDP* (1929) pp. 150-152; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil II-2* (Barcelona 1982) pp. 192-193; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil II-3* (Barcelona 1986) p. 64; BADENES GASSET, *o.c.* nota 9, p. 654; GARCÍA CANTERO, *o.c.* nota 9, pp. 339-340; TORRALBA SORIANO, *o.c.* nota 9, p. 952.

(49) Cfr. OSSORIO MORALES, *o.c.* nota 48, pp. 151-152; CASTAN, *Derecho civil español común y foral IV* (Madrid 1988) p. 131; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español IV-2* (Madrid 1973) p. 127; MUCIUS SCAEVOLA, *o.c.* nota 1, p. 180; RUIZ SERRAMALERA, *o.c.* nota 11, p. 123; BADENES GASSET, *o.c.* nota 9, p. 655; ALBACAR, *o.c.* nota 27, p. 264.

cuales una vez registrados pudieron ser conocidos por el comprador que si no consultó el Registro fue por que no quiso, razón que justifica, como consecuencia de su negligencia, que se le prive del derecho que le concede el artículo 1483 (50).

Uno de los argumentos en que se basan Ossorio y los seguidores de su tesis es en el pronunciamiento de la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 8 de abril de 1903 del que extraen que «la publicidad del Registro se opone a la ocultación maliciosa de gravámenes por el vendedor» (51).

Sin embargo, como indica De Angel, la frase citada por Ossorio tiene, al menos en la sentencia de la que se recoge, unas pretensiones muy limitadas que no admiten generalización y que no pueden calificarse de jurisprudencia (52).

Tampoco es definitiva la afirmación de otra sentencia, la de 9 de diciembre de 1909, en el sentido de que «no pueden estimarse vicios ocultos los que aparecen en el Registro de la Propiedad destinados a publicidad». Porque eso, en efecto, se declara en uno de sus considerandos, pero de tal forma integrado en el especial supuesto de hecho que originó el fallo, que difícilmente podemos generalizar la declaración (53).

Frente a este criterio que podríamos denominar como tradicional, en 1929 sostuvo Lacal que la opinión anteriormente expuesta, cae por su base cuando se considera que el Registro de la Propiedad, instrumento adecuado para hacer prácticamente realizable los principios de la Ley Hipotecaria, es como la misma Ley de donde se deriva una institución exclusivamente de terceros, sin aplicación a las relaciones jurídicas establecidas por las partes que intervienen en el contrato, pues aquéllas sólo se regulan por las disposiciones del Código civil. Los autores de la Ley Hipotecaria, como es sabido, para fomentar el crédito territorial y para dar certidumbre al dominio y demás derechos sobre bienes raíces, idearon un conjunto de normas que regulan la adquisición, la transmisión y el gravamen de la propiedad inmueble distintas a las consagradas por el Derecho civil, sobre las cuales prevalecen cuando se mezcla el interés social representado por los terceros que no han intervenido en el acto o en el contrato. Por eso cuando el vendedor oculta las cargas que pesan sobre la finca enajenada y el comprador realmente las desconoce, aunque estén inscritas, tal comprador tendrá que soportarlas, porque no puede hacer valer su inocencia contra el acreedor que ostenta la condición de tercero, pero tendrá expedita contra el vendedor la acción rescisoria o la de la indemnización de perjuicios contemplados en el 1483. Confirma esta tesis (añade Lacal) el

---

(50) MANRESA, *o.c.* nota 6, p. 328.

(51) *Cfr.* OSSORIO MORALES, *o.c.* nota 49, p. 152.

(52) DE ANGEL YAGÜEZ, *o.c.* nota 5, p. 1401.

(53) *Vid.* DE ANGEL YAGÜEZ, *o.c.* nota 5, p. 1404.

artículo 1502 del Código civil, conforme al cual el comprador puede suspender el pago del precio cuando tenga fundado temor de ser perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida por el ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria. Este precepto carecería de sentido si prevaleciese la opinión tradicional. Si el comprador no puede ejercitar la acción rescisoria estando la finca gravada con una carga inscrita antes de la compra y desconocida por él, ¿para qué concederle el derecho a suspender el pago del precio cuando tenga el fundado temor de ser perturbado en la posesión o en el dominio por el ejercicio de una acción hipotecaria? si en definitiva ha de soportar el gravamen y ha de entregar la cantidad convenida, porque no puede rescindir el contrato ni pedir indemnización de daños y perjuicios, ¿a qué concederle el derecho de retención que ninguna utilidad puede reportarle? (54).

Una posición intermedia a las dos anteriores es defendida por Puig Brutau para quien el problema de si el silencio o la reticencia del vendedor acerca de los gravámenes de la finca puede conferir a su comprador los derechos del 1483, a pesar de que la ignorancia de este adquirente también tenga por causa no haber consultado el Registro de la Propiedad, no debería ser resuelto a base de excluir en todo caso los efectos de la publicidad registral entre las partes. Más que la razón puramente técnica de que esta publicidad afecta a las relaciones jurídicas entre terceros (entre el titular de un gravamen sobre la finca vendida y el comprador de la misma), se inclina este autor por un criterio fundado en la valoración de los intereses en conflicto y de las consecuencias que deban ser imputadas a la conducta del vendedor y del comprador. Si el primero se ha limitado a no hablar de una carga inscrita por suponer fundadamente que el comprador no contrata sin consultar el Registro de la Propiedad, no sólo la carga deberá naturalmente, subsistir, sino que deberá quedar excluida entre partes la aplicación del artículo 1483. Por el contrario, cuando el silencio del vendedor responda probadamente a la finalidad de que el comprador adquiera sin conocimiento de la carga, por constar al primero que el segundo la ignora a pesar de estar inscrita, el artículo 1483 debería tener aplicación, sin perjuicio de que, además, fuese procedente ejercitar una acción fundada en vicio del consentimiento (55).

Para De Angel la solución a la cuestión que estamos analizando ha de partir de una interpretación histórica del artículo 1483 del Código civil. Parte este autor del artículo 1405 del Proyecto de 1851 (hoy 1483) y más concretamente del comentario que al mismo hizo García Goyena (56) cuando establecía que con las normas sobre publicidad

---

(54) LACAL, *Interpretación del artículo 1483 del Código civil* RDP (1929) pp. 94-95.

(55) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil* II-2 (Barcelona 1982) p. 192.

(56) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* III (Madrid 1852) p. 395.

registral que dicho Proyecto introducía, iba a ser fácil a todo comprador averiguar las cargas y servidumbres de la finca que adquiere. Esta facilidad y la conveniencia de dar estabilidad a las ventas de fincas aconsejaban que la acción rescisoria no se prolongase a más de un año desde el otorgamiento de la escritura; pero dejando a salvo la acción de indemnización, y si el comprador no usaba de ella dentro del año desde el descubrimiento de la carga o servidumbre, a él debía imputársele la culpa.

La idea de los redactores del Proyecto, según todos los indicios, era la de aplicar el artículo 1405 al supuesto de que la carga estuviese inscrita en el momento de la venta y concluyeron que era demasiado riguroso hacer pechar al comprador con las consecuencias de su omisión de previa consulta al Registro. Pero, por otra parte, no podía aceptarse que la constatación registral de la carga pudiese ser desconocida eternamente por ese comprador. En vista de lo cual, optaron por una fórmula intermedia: ni imponer exclusivamente al comprador el peso de la carga inscrita, sin recurso alguno para él, ni sujetar la venta a la reglamentación general de la anulabilidad por error o dolo. Solución: permitir que el comprador «rescinda» la venta, pero en un plazo especialmente riguroso. No el general, de cuatro años, y contados, además, desde el descubrimiento del error sufrido, como señala el Proyecto, sino el de uno y a partir desde el momento mismo de la venta. Si por alguna circunstancia conviniera al comprador mantener la adquisición, tendría a mano la posibilidad de exigir sólo una indemnización, y esto, como remedio más débil que es y apto para mantener la estabilidad de las ventas, que en definitiva es lo que quiere la publicidad registral, podría conseguirlo también en un año, pero a contar, en este caso, desde el momento en que descubriera la existencia de la carga. Se conseguiría así dejar indemne al comprador, pero respetando la firmeza de la inscripción, sancionando (con el establecimiento de un plazo breve para la rescisión) la negligencia en consultar el Registro, y estimulando así, indirectamente, su consulta (57).

En resumen: la idea de los redactores del Proyecto era la de aplicar el artículo 1405 (hoy 1483) al caso en que la carga o servidumbre no aparente estuviese inscrita en el Registro de la Propiedad en el momento de la venta y antes de que el comprador inscribiese, o si este no inscribía. Esta interpretación del artículo 1405 del Proyecto la hace extensiva De Angel al artículo 1483 de nuestro Código civil (58).

Tras esta conclusión de que la especialidad del art. 1483 opera sólo cuando la carga consta inscrita en el Registro de la Propiedad y el vendedor la oculta en el contrato, se plantea la siguiente pregunta

---

(57) DE ANGEL YAGÜEZ, *o.c.* nota 5, pp. 1380-1381.

(58) DE ANGEL YAGÜEZ, *o.c.* nota 5, pp. 1396-1415.



¿Qué sucedería en el caso de carga no inscrita cuando tampoco lo esté la venta? pues que a este supuesto se le aplicaría el régimen general del puro Derecho civil, sin interferencias registrales. En concreto, quedaría sometido al principio general de la anulabilidad por error (59).

En mi opinión una carga o servidumbre no aparente, inscrita en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la compra, no mencionada en la escritura, y desconocida por el comprador, autoriza a éste para entablar las acciones que le concede el artículo 1483 por las siguientes razones:

a) Previamente conviene distinguir entre la relación del titular del gravamen inscrito y el comprador de la finca, por un lado; y, la que se da entre el vendedor y el comprador de dicha finca por otro.

En el primer caso (relación titular del gravamen inscrito-comprador), como consecuencia del sistema hipotecario español el comprador tendrá que soportarlo, esto es, por aplicación del artículo 32 de la LH el gravamen inscrito sobre la finca perjudicará al comprador, aunque el mismo no fuese mencionado por el vendedor en la escritura de venta y fuese por aquel desconocido.

En el segundo supuesto (relación vendedor-comprador) rigen solamente las disposiciones del Código civil. Concretamente, los principios básicos en materia de contratación. Uno de estos principios es la buena fe contractual que implica, como afirma Larenz (60), que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas. La protección de la buena fe y el mantenimiento de la confianza forma la base del tráfico jurídico y en particular de toda vinculación jurídica individual.

Nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 16 de noviembre de 1979 se pronuncia en este sentido al establecer que en toda relación jurídica, en su revelación objetiva que es la esencia indagadora de la voluntad reflejada en el consentimiento, lo fundamental a proteger es la confianza, ya que el no hacerlo es atacar a la buena fe, que ciertamente viene determinada por una coherencia de comportamientos en las relaciones humanas y negociables, toda vez que cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, suscitado con su conducta, no deben defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella, por la sencilla razón de que, como ya viene dicho, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la protección de la confianza.

---

(59) DE ANGEL YAGÚEZ, *o.c.* nota 5, p. 1393.

(60) LARENZ, *Derecho de obligaciones I* (Madrid 1958) p. 142.

La razón de esta afirmación se encuentra en la formulación general de la buena fe contractual recogida en el artículo 1258 del Código civil, al decir que los contratos no sólo obligan a lo expresamente pactado «sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe al uso y a la Ley». Es indudable que este precepto destaca el aspecto objetivo o *de* norma que en él tiene la buena fe (61).

De lo expuesto se puede concluir que el vendedor, conforme a la buena fe contractual, no debe defraudar la confianza suscitada en el comprador de que la finca vendida no estaba gravada (al no hacer mención del mismo al otorgar la escritura). La violación de tal obligación del vendedor (no defraudar la confianza creada en el comprador) lleva como consecuencia la responsabilidad de éste de garantizar la confianza creada, ya que de no hacerlo iría contra la buena fe contractual. En base a este razonamiento creo que el comprador podría ejercitar las acciones del artículo 1483 aunque el gravamen estuviera inscrito antes de la venta y fuese desconocido del comprador. Obviamente, tanto si el comprador ejercita la acción rescisoria como si utiliza la indemnizatoria el tercero titular de la carga inscrita conservará su derecho sobre la finca.

b) Confirma esta tesis la interpretación histórica del artículo 1483, esto es, si nos fijamos en el comentario que hizo García Goyena (62) al artículo 1405 del Proyecto de 1851 (antecedente inmediato del 1483) y en la adaptación que De Angel (63) hace de tales consideraciones al régimen vigente podemos concluir que los remedios del 1483 están pensados para el supuesto específico de que la carga o servidumbre no aparente de que habla estén inscritas ya en el Registro de la Propiedad en el momento de la venta.

Pero, a diferencia de los autores citados, entiendo que las acciones del 1483 no son aplicables exclusivamente cuando el gravamen esté inscrito, sino que también podrá aplicarse cuando el gravamen sea desconocido del comprador y no se mencione en la escritura de venta ni se encuentre inscrito en el Registro de la Propiedad. Y ello, por lo siguiente: si bien los remedios del artículo 1483 estaban pensados (al igual que en el art. 1405 del Proyecto de 1851) para el caso de que el gravamen de que habla estuviese inscrito en el Registro de la Propiedad en el momento de celebrarse la venta, hoy el contenido de esta regla jurídica no impide conforme al artículo 3 apartado primero del Código civil («Las normas se interpretarán según ... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas») su utilización en el supuesto de que la carga o servidumbre no esté inscrita en el Registro de la Propiedad. Al

---

(61) Cfr. STS de 29 de marzo de 1965.

(62) Cfr. *supra* nota 56.

(63) DE ANGEL YAGÜEZ, *o.c.* nota 5, pp. 1396 ss.

ser la «*ratio legis*» del artículo 1483 el proteger al comprador del gravamen desconocido de la finca objeto de la venta, la norma deberá entenderse en el sentido que mejor responda a la realización de su objetivo. Lógicamente, si protege al comprador a pesar de que el gravamen se encuentre inscrito con mayor motivo deberá ampararlo cuando la carga no conste en el Registro de la Propiedad, pues si en el primer caso el comprador puede romper su desconocimiento consultando el Registro de la Propiedad en el segundo le es mucho más difícil salir de su ignorancia.

Por otra parte, en la mayoría de los casos en que nuestro Tribunal Supremo aplica el artículo 1483 el gravamen no se encuentra inscrito en el Registro de la Propiedad (64).

c) No es obstáculo para mantener la tesis aquí defendida, los argumentos jurisprudenciales (65) utilizados por los autores que mantenían que es condición precisa para aplicar el artículo 1483 que el gravamen no conste en el Registro de la Propiedad, porque, de otro modo, el comprador pudo conocer perfectamente el estado del inmueble, y si sufre perjuicio debe imputársele a él. Efectivamente, la sentencia de 8 de octubre de 1949 de nuestro Tribunal Supremo aplica el artículo 1483 a pesar de que el gravamen sobre la finca vendida era una hipoteca desconocida del comprador. Esta sentencia afirma: que el comprador interpuso la demanda para hacer efectiva la responsabilidad de los vendedores, el 9 de agosto de 1943, es decir, antes de transcurrir un año desde febrero de 1943, mes en el cual el comprador descubrió la carga que pesaba sobre la finca, y, por tanto, dentro del período señalado en el último párrafo del citado artículo 1483.

En esta sentencia el Tribunal entiende la palabra conocer, en un sentido real, de efectivo conocimiento, sin recurrir al criterio de que lo que el Registro publica se entiende inexcusablemente conocido.

Este criterio es, como señala De Angel (66), claramente contradictorio con la opinión tradicional de que el artículo 1483 sólo se aplica en el caso de carga no inscrita.

### 3.2.4. *Servidumbres o limitaciones de origen legal*

Nuestro Código civil, en el artículo 1483, guarda silencio sobre si la «carga o servidumbre no aparente» ha de ser voluntaria.

El problema de la responsabilidad del vendedor por las servidumbres legales de la finca vendida ha sido y es una cuestión muy discuti-

(64) Cfr. STS de 16 de junio de 1976 y 25 de abril de 1983 entre otras.

(65) Cfr. *supra* notas 51, 52 y 53.

(66) DE ANGEL YAGÜEZ, *o.c.* nota 5, p. 1412.

da. Varias teorías, recogidas por Degni (67), han sido expuestas al respecto:

a) La clásica francesa, que equipara las servidumbres legales a las aparentes, y por esto excluye, respecto de ellas, la garantía. Dentro de esta posición se encuentran autores como Guillonard, Baudry Lacantinerie y Saiynat y Laurent.

b) Frente a esta posición doctrinal, Fadda afirma que de las servidumbres legales responde el vendedor como de las servidumbres establecidas por hecho del hombre no aparentes y no declaradas en el contrato.

c) Al lado de estas dos teorías extremas, se formaron otras intermedias, como la de Boggio que distingue entre si las servidumbres legales son servidumbres que un tercero siempre puede imponer, o están ya constituidas y puestas en servicio antes de la venta del fundo: en el primer caso, ellas no obligan a la garantía, porque en el momento de su constitución el adquirente recibe una indemnización, mientras en el segundo determinan un derecho del adquirente contra el vendedor, porque la indemnización inherente a su constitución ya le habría sido pagada. O como la de Bianchi que sostuvo que el vendedor siempre está obligado a garantizar al comprador la existencia de servidumbres legales sobre el fundo vendido, en cuanto se hayan extendido los efectos de tal servidumbre, mediante acuerdo entre el propietario del fundo dominante y aquel del fundo sirviente, o en cuanto el vendedor haya hecho declaraciones no conformes a la verdad.

d) Una cuarta teoría mantenida por Ramponi distingue las servidumbres establecidas directamente por la Ley, de aquellas que son consecuencia de la aplicación de una Ley que autoriza su constitución, bien por acuerdo del propietario, bien por mandato de la autoridad judicial; y sostiene que el vendedor está liberado de la obligación de garantizar al comprador por las primeras, aunque sean no aparentes, porque ordinariamente ellas son, o deben ser, conocidas por el comprador; mientras que sobre las segundas deberá responder cuando sean no aparentes.

e) Finalmente, Ricca Barberis (68) mediante una tesis revisora de las anteriores sostiene que es necesario distinguir entre las verdaderas servidumbres legales y las limitaciones del dominio. Por las primeras el vendedor está obligado a la garantía en cuanto sean no aparentes, ya que la distinción entre servidumbres aparentes y no aparentes, si no puede aplicarse a las limitaciones legales, sí se aplica a las servidum-

---

(67) DEGNI, o.c. nota 30, pp. 330 ss.

(68) La teoría expuesta por este autor, recogida por DEGNI (ver nota anterior), se puede consultar directamente en RICCA BARBERIS, *L'ambito de l'obbligo della garanzia per evizione* Riv di Dir Civ (1915) pp. 725 ss.; *L'obbligo della garanzia per le servitù legali che gravano sul fondo venduto* Riv di Dir Comm I (1920) pp. 388-400.

bres verdaderas y propias establecidas por la Ley, sin embargo, respecto de las limitaciones legales (bien en interés privado, bien en provecho público) no está obligado a ninguna garantía el vendedor, porque la propiedad se transmite como es según las leyes vigentes, no ya como podría ser en un sentido absoluto y abstracto; el comprador, por tanto, no puede quejarse de la existencia de los límites puestos a ella y no puede dirigirse contra el vendedor.

En nuestro Derecho, García Goyena, al comentar el artículo 1405 del Proyecto de 1851, decía que el vendedor no responde de las servidumbres o gravámenes legales, aunque no sean aparentes, ni está obligado a manifestarlos; el comprador debe saber, y se presume que sabe, el derecho: por consiguiente son de su cuenta, pero tan sólo para lo sucesivo, no para los atrasos, si los hubiere (69). Para Scaevola-Bonet las servidumbres y las cargas de carácter público, aparentes siempre por su naturaleza, no pueden dar lugar en ningún caso a la aplicación del artículo 1483 (70).

Según Badenes lo más acertado en este caso es aceptar la tesis de Ricca Barberis enmarcándola en el art. 1483. De este modo establece las siguientes conclusiones (71): 1.<sup>a</sup> No debe aplicarse el mismo tratamiento jurídico a las limitaciones legales de la propiedad y a las propias y verdaderas servidumbres. Nuestro Código civil indebidamente engloba bajo la denominación de servidumbres legales las meras limitaciones impuestas por la disciplina del contenido objetivo del derecho de propiedad, o por la simple coexistencia de los fundos, sin alcanzar el rango de verdaderas servidumbres. 2.<sup>a</sup> No está obligado el vendedor a garantía alguna respecto de limitaciones de la propiedad, ya por razón de utilidad privada (72), ya por utilidad pública. 3.<sup>a</sup> El vendedor está obligado a la garantía en cuanto a las servidumbres no aparentes establecidas en aplicación de la Ley. Se trata de aquellos supuestos en que el dueño del predio puede exigir la constitución. Son las llamadas con más exactitud servidumbres forzosas, es decir, susceptibles de establecerse por imposición legal (73). Pero no responderá el vendedor de estas servidumbres si no han sido ya establecidas en el momento de celebrarse el contrato, puesto que la finca no estaba gravada y, por otra parte, si se constituyen después el comprador recibirá la oportuna indemnización por el gravamen que se le impone.

---

(69) GARCÍA GOYENA, *o.c.* nota 56, p. 395.

(70) MUCIUS SCAEVOLA-BONET, *o.c.* nota 1, p. 180.

(71) BADENES GASSET, *o.c.* nota 9, pp. 662-663.

(72) Por ejemplo, la obligación de no impedir el curso de las aguas que naturalmente fluyan de los fundos superiores (art. 552 Cc), la obligación de observar las distancias (arts. 589 y ss.), la de construir los tejados de modo que las aguas pluviales no caigan en el fundo vecino (art. 586).

(73) Por ejemplo: la de paso concedida al propietario del fundo vecino sin salida al exterior (art. 564 Cc).

En opinión de De Angel, que parte de la tesis de que el fin del art. 1483 es atender al supuesto de carga inscrita en el Registro de la Propiedad, sería anulable (por error o dolo en su caso) la compraventa en la que el comprador hubiera desconocido las servidumbres «*strictu sensu*» de origen legal, coactivas, ya constituidas antes de la venta, no aparentes y de entidad suficiente para no haber contratado de haberlas conocido. No responderá el vendedor (salvo concurrencia de dolo por su parte) de las limitaciones de dominio, cuya ignorancia no excusa al comprador (74).

A partir de todo lo expuesto se pueden establecer las siguientes conclusiones:

— Las limitaciones legales del dominio al no hacer referencia a uno u otro caso concreto, sino que vienen impuestas «*ex lege*» para todas las fincas (en este caso) que se encuentren colocadas en determinadas condiciones, no excusa al comprador que las ignore, pues la inexcusabilidad del desconocimiento del Derecho hace de las limitaciones que tratamos hechos reconocibles.

Nuestro Tribunal Supremo, con esta misma orientación afirmó en sentencia de 27 de enero de 1906 que no constituían gravamen oculto las facultades de alineación que el Ayuntamiento se había reservado al otorgar una licencia de construcción, dado que el edificio se había construido en el extrarradio o zona de ensanche y eran manifiestas y conocidas las facultades que la Ley atribuye a los Ayuntamientos.

— En cuanto a las servidumbres legales hay que distinguir entre las que surgen automáticamente (como por ejemplo la servidumbre natural de aguas art. 552 del Código civil) y aquellas en que la Ley es sólo un título abstracto de la servidumbre, haciendo falta, además, un título concreto, constituido por una declaración de la autoridad judicial o administrativa, o por un contrato. En este segundo supuesto estamos ante lo que la doctrina denomina servidumbre coactiva. Pues bien, cuando la servidumbre legal se constituya automáticamente será de aplicación la misma solución expuesta en el apartado anterior respecto a las limitaciones legales; *sin embargo*, cuando nos encontremos ante una servidumbre coactiva no aparente los efectos que produce en relación con el art. 1483 son distintos según se haya constituido antes o después de la venta. En el primer caso tendrá el comprador las acciones que le concede el artículo 1483 siempre que se cumplan los demás requisitos establecidos en el mismo. En cambio, las constituidas después de celebrada la venta no facultan al comprador a entablar las acciones del 1483 al no reunirse los requisitos del mismo por no existir el gravamen al tiempo de la venta. En este último caso podrá el comprador anular la venta, por causa del dolo, si el vendedor conocía la inmi-

---

(74) DE ANGEL YAGÜEZ, *o.c.* nota 5, p. 1424.

nencia de la constitución de la servidumbre y, no obstante, la ocultó al comprador o se la descartó expresamente.

— La vigencia del principio de inexcusabilidad del cumplimiento del Derecho, no es una presunción de conocimiento del mismo, sino una elemental medida de seguridad jurídica que debe regir en los casos normales en que las relaciones jurídicas se mueven en el plano de lealtad que el ordenamiento exige, no cuando una de las partes (aquí vendedor) ha creado en la otra (el comprador) una confianza que le exime de especial diligencia (75). En este sentido se ha manifestado nuestro Tribunal Supremo al admitir la invocación del error en casos de este tipo. Así, en sentencia de 6 de junio de 1953 que trataba de una finca urbana afecta al Plan de Ensanche de Valencia, vendida «libre de cargas y gravámenes» declaró nulo el contrato por error que invalida el consentimiento. También, en sentencia de 20 de enero de 1964 se considera error relevante que vició el contrato, el hecho de que la finca vendida estaba sujeta a un proyecto de ordenación que exigía la expropiación de casi un veinte por ciento de la misma, si bien se declaró que estaba libre de cargas. De forma análoga se ha pronunciado en sentencia de 27 de octubre de 1964 y 20 de abril de 1965.

### 3.3. SIN MENCIONARLO LA ESCRITURA

El artículo 1483 se refiere en dos ocasiones a la escritura, y en la segunda de ellas, con clara alusión a la escritura pública, establece: «Durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria o solicitar la indemnización». De esto puede desprenderse que el requisito de que la carga o servidumbre no aparente no se mencione en la escritura (apartado 1.º del art. 1483) pueda interpretarse en el sentido siguiente: el artículo 1483 se refiere solamente al caso de que el contrato se haga constar por escritura pública. Máxime cuando la utilización de la expresión «escritura» sin la calificación de «pública» el Código civil la refiere casi siempre a la otorgada ante Notario (76).

Sin embargo, un elemental principio interpretativo del precepto aquí estudiado ha hecho que tradicionalmente nuestra doctrina haya admitido la ampliación del término escritura en este caso concreto (77), esto es, la expresión «escritura» debe referirse al momento de perfección de la venta. Al no tener, este contrato, ningún especial re-

(75) *Vid.* en este punto DE ANGEL YAGÜEZ, *o.c.* nota 5, p. 1425.

(76) *Cfr.* artículo 1219, 1223, 1224, 1279 y 1455 del Código civil.

(77) *Vid.* MANRESA, *o.c.* nota 6, p. 329; MUCTUS SCAEVOLA, *o.c.* nota 1, p. 181; LACRUZ, *o.c.* nota 29, p. 63; GARCÍA CANTERO, *o.c.* nota 9, p. 320; BADENES GASSET, *o.c.* nota 9, p. 656; ALBALADEJO, *o.c.* nota 9, p. 39; TORRALBA SORIANO, *o.c.* nota 9, p. 952.

quisito de forma le son aplicables el principio general de libertad del artículo 1278 del Código civil y las excepciones que a favor de la forma escrita establece el 1280; si bien, como tiene declarado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (78), el artículo 1280 no modifica el precepto del 1278 ni tiene otro alcance conforme al artículo 1279 que el que pueda cualquiera de las partes imponer a la otra su cumplimiento, pidiendo la elevación del contrato a escritura pública.

En conclusión, el artículo 1483 puede aplicarse a cualquier forma de perfección de la venta (sea escritura pública, sea documento privado, sea, incluso, verbalmente) ya que por haber mediado el consentimiento la venta es perfecta (Cfr. arts. 1258 y 1278 C.c.).

Nuestro Tribunal Supremo en una sentencia de 11 de mayo de 1933 también lo entiende así, pues de otra forma —dice— se dejaría «el indicado plazo al arbitrio de las partes, siendo así que la ley pretende que el tiempo del año se cuente desde la fecha del contrato, cualquiera que fuera la forma de su otorgamiento...».

### 3.3.1. Cláusula de exclusión de responsabilidad del vendedor

Desde el Derecho romano ha estado difundida la opinión de que la inclusión en el contrato de compraventa de una cláusula genérica que excluya de la responsabilidad del vendedor pueda tener eficacia limitadamente a las servidumbres pasivas no aparentes que el vendedor no hubiese conocido, y no a aquellas de las cuales él fuese conocedor (79). En el Derecho romano clásico se encuentran frecuentes ejemplos de ventas inmobiliarias en las cuales está inserto el pacto de vender con la cosa «*servitutes si quae debentur, debebuntur*». Y Modestino expresa la opinión de que esta cláusula genérica no podía liberar de responsabilidad al vendedor cuando él conocía la existencia de la servidumbre, hallando, en tal caso, una responsabilidad por dolo, de suerte que el comprador podía demandarlo con la «*actio ex empto*» (80).

En Italia Ricca Barberis ha estimado que la cláusula genérica «con las servidumbres activas y pasivas» está privada de valor: para excluir la garantía es necesario especificar el contenido, porque sólo así el comprador puede estar en condiciones de valorar la conveniencia o no de la adquisición (81). Sin embargo, Degni entiende que la inclusión en el contrato de compraventa de una cláusula genérica de exclusión

---

(78) Cfr. STS de 6 de octubre de 1965, 20 de octubre de 1968, 30 de mayo de 1972 y 30 de junio de 1982.

(79) Cfr. DEGNI, o.c. nota 30, p. 329.

(80) D. 19, 1, 39.

(81) RICCA BARBERIS, *Sulla garanzia dovuta del venditore per servitù non dichiarate nel contratto di vendita*, en Rivista di Diritto commerciale I (1918) pp. 657 s.



de responsabilidad del vendedor por gravámenes de la cosa vendida sólo podrá servir para liberar al vendedor de toda responsabilidad por las servidumbres que no pueden conocerse y preverse, y que pudieran gravar al inmueble vendido (82).

En nuestro Derecho entiendo que si se incluyese en el contrato de compraventa una cláusula de estilo que de forma genérica declarase que la finca se vende con todos sus gravámenes, ella no podría dar lugar a la exclusión de responsabilidad del vendedor al no especificarse los gravámenes. Dicho de otro modo, la única manera de que el comprador pueda conocer el estado de la finca que adquiere es mediante una pormenorización del contenido de la misma, si las cargas no son detalladas por el vendedor él responderá de las mismas. Sólo quedará excluida la responsabilidad del vendedor por un determinado gravamen de la finca vendida cuando sobre él los contratantes manifiesten de manera específica e indubitada su voluntad de excluirlo.

### 3.3.2. Cláusula libre de cargas

Desde el Derecho romano hay una estipulación en la compraventa: la de libertad de cargas, «*Cuti optimus maximus*» del Derecho romano. Esta estipulación produce la «*actio stipulati*» que origina en el vendedor la obligación de sanear totalmente el gravamen, aunque fuera manifiesto, incluso perfectamente conocido del comprador. No es una obligación de saneamiento legal, sino contractual. En efecto, si el vendedor ha vendido la finca libre de toda carga asume «*ex contractu*» la obligación de liberar la finca del gravamen, por tanto el comprador podrá ejercitar la acción de cumplimiento de lo convenido, bien en forma específica (liberación del gravamen o gravámenes) o por equivalente (mediante el abono de la indemnización correspondiente), o la de resolución del contrato por incumplimiento del vendedor (83). Se está, por tanto, fuera del campo de actuación del artículo 1483 al constituir éste una norma de regulación de los derechos y obligaciones de los contratantes cuando su voluntad no se manifiesta: pero si ella tiene una forma de expresión concreta, y que no se oponga ni a la ley ni a la moral ni al orden público, a ese acuerdo es preciso atenerse y se impone respetarlo.

---

(82) DEGNI, *o.c.* nota 30, p. 330.

(83) También, podrá interpretarse la cláusula «libre de cargas» como mera declaración de valor descriptivo en cuyo caso su alcance se relaciona con la doctrina del error o dolo. Obviamente, al no ser verdadera la declaración del vendedor, el comprador que ha confiado lícitamente en un recto proceder del vendedor, puede ejercitar la acción de nulidad por error suyo excusable o por dolo del vendedor. En este sentido se ha pronunciado DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil II* (Madrid 1989) p. 303.

Es muy interesante en este sentido la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 5 de enero de 1916 al establecer que asegurando el vendedor, bajo su responsabilidad, que las fincas se hallaban libres de cargas y que se obligaba a la evicción, con enmienda de daños, pago de costas e indemnización de perjuicios, tales cláusulas constituyeron un convenio perfecto sobre materia lícita que da acción al comprador para exigir el saneamiento de la cosa vendida por los gravámenes inscritos a que el inmueble estuviese afecto, pues demuestra que el ánimo del vendedor fue reparar el daño que sobreviniera al comprador, excusándole de poner en práctica, fiado en la responsabilidad personal de aquél, las investigaciones que, en defecto de pacto expreso, regula el derecho positivo.

Es también muy significativa, en esta línea la sentencia de 7 de diciembre de 1944 donde se consideró que la acción que se ejercita en la demanda y que se acoge en la sentencia, no es la fundada en una obligación legal de saneamiento, sino la acción «*ex stipulatu*» derivada de lo convenido en la escritura pública de compraventa, cuya cláusula «libre de cargas» basta para justificar el fallo que se recurre, en el cual no han sido aplicados ni infringidos los artículos 1475, 1483 y 1484 del Código civil.

El mismo pronunciamiento se contiene en la sentencia de 19 de mayo de 1958, que reitera que la acción «*ex stipulatu*» no puede estimarse comprendida en el artículo 1483 del Código.

Parecido razonamiento se encuentra en la sentencia de 12 de marzo de 1985.

#### 4. EFECTOS

Establecen los párrafos segundo y tercero del artículo 1483: «Durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejercitar la acción rescisoria, o solicitar la indemnización.

Transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre».

Por tanto, el art. 1483 concede al comprador, en principio, una doble posibilidad: la acción rescisoria o la indemnización correspondiente.

La elección entre la acción rescisoria y la de indemnización corresponde al comprador, sin que el vendedor pueda oponer nada a esta facultad que el Código le concede. Pero, aunque el Código no lo diga parece que si el vendedor ofrece al comprador la liberación del gravamen, no debería haber lugar a estimar la acción rescisoria pues ello sería contrario a la buena fe.

Por otra parte, entiende García Cantero (84) que si se estima la demanda del comprador en la que éste opte por la rescisión no se puede condenar al vendedor a indemnizar daños y perjuicios dado el carácter excepcional del artículo 1483 y la clara alternativa que el mismo contempla (o rescisión, o indemnización, pero no ambas cosas simultáneamente). Sin embargo, para Albaladejo (85) si se opta por la rescisión (acción que él prefiere calificarla de desistimiento), cuando proceda, tendrá también derecho el vendedor a ser indemnizado por los perjuicios que le ocasione la extinción del contrato. Contra esto —continúa Albaladejo— no cabe alegar que pudo evitarlas, si hubiese pedido sólo indemnización, sin desistir del mismo. Pues pudiera ser que con el gravamen no le interesase la cosa. Además de que la opción se le da en beneficio suyo (para que tenga mayor libertad de acción), pero no para negarle la indemnización que pudiera corresponderle si se decide por el desistimiento.

En mi opinión, la solución será distinta según se tome en cuenta o no la buena o mala fe del vendedor. Así:

a) Si partimos de que el artículo 1483 atiende sólo a la situación del comprador sin consideración a otra cosa que a los perjuicios reales y efectivos que le ocasiona el gravamen, «la indemnización» de que habla el artículo 1483 no será la de daños y perjuicios sino la del valor del gravamen, es decir, el vendedor debe otorgar al comprador una disminución del precio de la venta, proporcionalmente al menor valor que debe suponerse a la finca a causa del gravamen de que no diera conocimiento al comprador al tiempo de la venta. Pero si la carga es redimible por precio el comprador podrá hacer condenar al vendedor a que proporcione la cantidad necesaria para la redención (86).

Si bajo esta perspectiva (de considerar que el artículo 1483 atiende solamente a la situación del comprador) el comprador optase por la rescisión habría que proceder, conforme al artículo 1295 del Código civil, a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses. La acción rescisoria se transforma en una indemnización de daños y perjuicios «cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe» (art. 1295, párrafo 2.<sup>o</sup>).

---

(84) GARCÍA CANTERO, *o.c.* nota 9, p. 345.

(85) ALBALADEJO, *o.c.* nota 9, p. 39.

(86) Dice la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1949 que en la justicia conmutativa el fin de la indemnización, que es tanto como reparación o compensación, es el conseguir que el patrimonio del lesionado quede por efecto de la indemnización, y a costa del responsable del daño, en situación igual o equivalente al que tenía antes de haber sufrido el daño, por lo que habiendo pagado el comprador por la finca un precio fijado como su equivalente, libre de todo gravamen, la reparación o compensación adecuada sería la liberación del gravamen, si fuese posible, a costa o por acto de los vendedores responsables.

b) Si en base al artículo 3.2 del Código civil que dispone: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas...» se toma en cuenta la buena o mala fe del vendedor las consecuencias jurídicas podrán ser las siguientes:

— Si el comprador opta por la acción de rescisión entiendo que, a pesar del carácter autónomo del 1483 sobre su colocación formal por parte del legislador (87), por analogía con el 1486 del Código civil habrá que distinguir entre que el vendedor hubiese actuado de buena o de mala fe. En el primer caso, se procederá a la rescisión abonándosele al comprador los gastos que pagó; en el segundo; tendrá el comprador derecho a la rescisión y además se indemnizará de los daños y perjuicios.

— Si el comprador opta por la indemnización habrá que estar a lo que dispone el artículo 1107, es decir, los daños y perjuicios de que responde el vendedor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el vendedor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación (87 bis).

Es también importante destacar, en relación con lo expuesto, que algunos autores entienden preferible considerar la rescisión de que habla el artículo 1483 como una nulidad especial o una acción de desistimiento que obliga a las partes a devolverse recíprocamente lo que por razón del contrato hubiesen recibido. La base de esta afirmación la encuentran, los que así razonan, tanto en el carácter estricto de la rescisión por lesión en nuestro Código civil (art. 1293), como en el carácter subsidiario de la misma, que no casa con la excepcionalidad del artículo 1483 (88). No obstante, creo que debe aceptarse la calificación legal e incluir la acción de rescisión de que habla el artículo 1483 en el n.º 5.º del artículo 1291 («Son rescindibles: ... cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley») y ello por las siguientes razones:

---

(87) *Cfr. supra* nota 9.

(87 bis) Como afirma MORALES MORENO, en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart XVII-1-B (Madrid 1993), pp. 425-425, la indemnización del artículo 1483 no está basada en el dolo del vendedor, aunque el dolo (se conoce y se oculta el gravamen) pueda ser frecuente. Es una indemnización aplicable al vendedor de buena fe, que constituye una media específica de saneamiento. Esta medida recuerda más a la acción estimatoria (art. 1486 1.º) que a la indemnización fundada en dolo (arts. 1478, 5.º y 1486, 2.º). Pero la identificación con la acción estimatoria no es total; por eso en este caso se puede hablar de indemnización y no de una rebaja del precio. La acción estimatoria permite rebajar el precio, proporcionalmente (art. 1486, 2.º); es decir, respetando la relación de equivalencia establecida por las partes. En cambio, la acción del 1483 no restablece el equilibrio del contrato respetando la equivalencia subjetiva; rebaja el precio, tomando en cuenta la «minoración del valor de la finca por causa del gravamen. Todo lo anterior se aplica en los casos en que no media dolo. De existir dolo, procederá la indemnización por esa causa, con toda la amplitud que ella justifica. Es aplicable el artículo 1270, 2.º, a falta de una previsión especial en el artículo 1483.

(88) *Cfr. ALBALADEJO, o.c. nota 9, p. 39; GARCÍA CANTERO, o.c. nota 9, p. 345.*

1.<sup>a</sup>) Se da la circunstancia que el *Code civil* francés en su artículo 1638 (del que nuestro artículo 1483 es, excepto en sus párrafos segundo y tercero, copia fiel) concede al comprador la facultad de «pedir la rescisión», «si no prefiere conformarse con una indemnización». También, nuestro Proyecto de 1851 en su artículo 1405 (hoy art. 1483) establece que el comprador «puede optar entre la rescisión del contrato o la indemnización respectiva».

2.<sup>a</sup>) El supuesto de existir una carga o gravamen ocultos implica, en sentido económico, una lesión.

3.<sup>a</sup>) Nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 11 de mayo de 1966 consideró que la acción que se planteó, basada en el art. 1483, encaminada a la modificación de la situación jurídica creada por la venta, se ejerció a los seis meses de concertado el contrato, y como este ejercicio es incompatible con la caducidad, es evidente que procede estimar la acción rescisoria ejercitada en la demanda, siendo su efecto capital destruir todas las consecuencias del contrato, restituyendo las cosas al ser y estado que tenían cuando aquél se celebró, puesto que, según el artículo 1295 del Código civil, la rescisión obliga a la devolución de las cosas con sus frutos y del precio con sus intereses.

Por último, se ha considerado por algún sector de la doctrina (89) que es perfectamente compatible las acciones que dimanen del artículo 1483 con las disposiciones del Código civil relativas a la nulidad de los contratos en que media error o dolo. Así, por ejemplo, cuando el comprador adquiere un inmueble gravado creyéndolo libre de cargas, justo es que pueda pedir la rescisión del contrato o la indemnización de perjuicios, pero, también, podrá anular el contrato porque ha prestado el consentimiento con error; por otra parte, cuando el vendedor oculta los gravámenes que pesan sobre la finca que vende, es indiscutible que procede con dolo y el contrato puede ser anulado.

El Tribunal Supremo en una sentencia de 6 de junio de 1953 dio a entender que la coexistencia entre el artículo 1483 y la doctrina general del error puede solventarse mediante la libre elección, por parte del comprador, de uno u otro medio jurídico. Con ello parece aceptar el Supremo la teoría según la cual la acumulación de supuestos de hecho entre el 1266 y el 1483 da lugar a una acumulación de acciones no incompatibles entre sí, sino elegibles discrecionalmente por el contratante que sufrió el error.

#### 4.1 PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES QUE CONTEMPLA EL ARTÍCULO 1483

Los párrafos 2.º y 3.º del artículo 1483 disponen: «Durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejer-

(89) *Vid.* OSSORIO MORALES, *o.c.* nota 48, p. 151; LACAL, *o.c.* nota 29, p. 95.

citar la acción rescisoria, o solicitar la indemnización. Transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre».

El primer plazo de un año, conectado a la acción rescisoria sirve de garantía para que el comprador y, simultáneamente, de ejercicio de la acción. Conviene matizar que si bien el artículo 1483 (y su precedente el 1405 del Proyecto de 1851) se refiere siempre a la escritura para iniciar el cómputo de este plazo, entiendo que debe interpretarse que es a la perfección del contrato, en cualquier forma en que haya sido. Así lo ha declarado la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1933 al considerar que el plazo de un año señalado en el artículo 1483 debe contarse desde la fecha del contrato, cualquiera que fuera la forma de su otorgamiento, y no precisamente desde la escritura, porque entonces quedaría el indicado plazo al arbitrio de las partes (90).

Ahora bien, es obvio que sin descubrir la carga o gravamen es impensable que el comprador pueda hacer valer la acción rescisoria. Pero si la carga o gravamen son discutidos judicialmente por ser dudosa su existencia parece necesario que quede en suspenso el plazo de un año hasta que se resuelva judicialmente la existencia del derecho del tercero (91). La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1902 así lo reconoce al declarar que no podía pedirse la rescisión después de transcurrido un año desde que, discutidas judicialmente las cargas, fueron conocidas por el comprador. También, la STS de 8 de enero de 1985 parece seguir este criterio al establecer que a los efectos de que el comprador de una finca gravada con una servidumbre no aparente pueda ejercitar la acción rescisoria o solicitar la indemnización ha de entenderse que, hasta el día en que por sentencia firme se declaró oficial y definitivamente la existencia de la servidumbre, hasta entonces sometida a reconocimiento y declaración judicial, los demandantes no tuvieron conocimiento de ella. Esta solución choca necesariamente con la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1966 que considera a este plazo para ejercitar la acción rescisoria de caducidad.

Una vez examinado el plazo para ejercitar la acción rescisoria, paso a examinar el relativo a la acción de indemnización. Conviene aclarar que ambos plazos no son sucesivos, sino parcialmente coincidentes, es decir, podrá concurrir el plazo de la acción de indemnización con el de la rescisoria si el descubrimiento del gravamen acaeció antes de transcurrir un año desde la perfección del contrato (92); en otro caso será úni-

---

(90) No obstante, la STS de 8 de abril de 1902 declaró que no podía pedirse la rescisión después de transcurrir un año desde el otorgamiento de la escritura, ni transcurridos un año desde que, discutidas judicialmente las cargas, fueron conocidas por el comprador.

(91) En este sentido se han pronunciado MUCIUS SCAEVOLA, *o.c.* 1, pp. 183-184; y GARCÍA CANTERO, *o.c.* nota 9, p. 346.

(92) Puede haber, por tanto, un período de tiempo durante el cual el comprador podrá optar por una u otra acción.

ca la acción de indemnización cuyo plazo máximo de ejercicio acaba al año del descubrimiento de la carga, pero ¿si no se descubre el gravamen mantiene indefinidamente el comprador la acción de indemnización? García Cantero opina que para tal caso está dictado el tercer párrafo cuyo significado debe ser el que el legislador ha querido limitar en el tiempo la posibilidad de reclamaciones contra el vendedor: «Durante un año»...«transcurrido el año», «sólo podrá reclamar... dentro de un período igual». El plazo máximo de garantía es, por tanto, el de los dos años siguientes a la perfección del contrato. Será necesario que el descubrimiento del gravamen oculto se haga dentro del mismo para tener derecho, al menos, a indemnización. Si el descubrimiento se hace más tarde, el comprador perderá hasta este último derecho (93). En mi opinión para tal caso podrá ejercitar el comprador la indemnización mientras no transcurran quince años a tenor de lo dispuesto en el artículo 1964 del Código civil, pues de la letra del artículo 1483 en su párrafo tercero parece desprenderse este criterio que se ve con claridad patente en el artículo 1405 del Proyecto de 1851 (precedente del artículo 1483) cuando establece: «La acción rescisoria se prescribe por un año que se contará desde el otorgamiento de la escritura.

La de indemnización se prescribe por un año, a contar desde el día en que el comprador haya descubierto la carga o servidumbre». Por tanto, se puede concluir que el comprador para el ejercicio de la acción de indemnización dispone de un año a partir del descubrimiento de la carga. Sobre si podrá el comprador utilizar la acción de indemnización indefinidamente mientras no descubra el gravamen, entiendo, que no, al ser aplicable el plazo de quince años del artículo 1964 del Código civil.

## 5. REFERENCIA AL ARTÍCULO 45 DE LA LEY DEL SUELO

El 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 contempla en el artículo 45, con la rúbrica «Información urbanística y enajenación de terrenos», unas normas —las de los números 1 a 4—, que, efectivamente, se refieren a información en casos de enajenación cuando concurren las circunstancias que en ellos se establece. Y en el número 5, una norma sobre publicidad relativa a urbanizaciones de iniciativa particular.

Los cuatro primeros números recogen el contenido del artículo 62 del texto anterior de la Ley del Suelo. Tienen el carácter de legislación básica (Disposición Final única, número 1). Y su texto se reproduce íntegramente en la LSCat (art. 94).

---

(93) GARCÍA CANTERO, *o.c.* nota 9, p. 347.

El número 5 recoge el número 3 del artículo 55 del texto anterior de la Ley del Suelo. Y se reproduce en la LSCat (art. 88.3) (94).

El artículo citado dice literalmente:

1. El que enajenare terrenos no susceptibles de edificación según el Plan, o edificios o industrias fuera de ordenación, deberá hacer constar expresamente estas calificaciones en el correspondiente título de enajenación.

2. En las enajenaciones de terrenos de urbanización de iniciativa particular deberá hacerse constar la fecha de aprobación del planeamiento correspondiente y las cláusulas que se refieran a la disposición de las parcelas y compromisos con los adquirentes.

3. En los actos de enajenación de terrenos en proceso de urbanización, deberán consignarse los compromisos que el propietario hubiera asumido en orden a la misma, y cuyo cumplimiento esté pendiente.

4. La infracción de cualquiera de las anteriores disposiciones facultará al adquirente para rescindir el contrato, en el plazo de un año a contar de la fecha de su otorgamiento, y exigir la indemnización de los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado.

5. La publicidad relativa a urbanizaciones de iniciativa particular deberá expresar la fecha de aprobación del correspondiente planeamiento y no podrá contener indicación alguna en pugna con sus cláusulas.

Como se desprende de su texto, existe similitud con el artículo 1483 del Código civil. Por ello, el estudio del artículo 1483 debe ser completado con alguna referencia al artículo 45 de la Ley del Suelo.

Para explicar la razón de ser del artículo 45 hay que ponerlo en relación con lo que establecen los artículos 5.º y 8.º del mismo cuerpo legal (Texto refundido de 1992). Del artículo 5.º se desprende que la función social de la propiedad delimita el contenido de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condiciona su ejercicio; mientras que el artículo 8.º dispone que la utilización del suelo y, en especial, su urbanización y edificación, deberá producirse en la forma y con las limitaciones que establezcan la legislación de ordenación territorial y urbanística y, por remisión de ella, el planeamiento, de conformidad con la clasificación y calificación urbanística de los predios.

---

(94) Los cuatro primeros números del art. 45 de la Ley del Suelo, se corresponden con el artículo 62 del texto refundido de 9 de abril de 1976 (vigente hasta la actual Ley en virtud de la Disposición derogatoria de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo) plasmado, con anterioridad, en el artículo 50 de la Ley de 1956.



Como puede observarse, la nueva Ley tiende a configurar el régimen sobre los derechos y deberes de los propietarios del suelo afectados por el proceso de urbanización y edificación, es decir, no crea «limitaciones» al ejercicio del derecho de propiedad (en la concepción general del artículo 348 del Código civil), sino que establece una propiedad de contenido distinto, con concreción de las facultades urbanísticas susceptibles de adquisición y condicionando el ejercicio de las mismas. La consecuencia inevitable de esta nueva configuración es que el mismo objeto físico permite, antes y después de sometido a planificación, una titularidad de contenido distinto.

El legislador en el artículo 45 quiere proteger la seguridad del tráfico y reforzar hasta el máximo las posibilidades de que el adquirente tenga conocimiento de las cualidades del inmueble que se le transmite, y para ello se prescinde incluso de toda valoración del razonable deber de diligencia por parte del que adquiere, imponiendo el deber de información al transmitente (94 bis).

Una vez examinada la razón de ser del artículo 45 conviene precisar que su texto legal en sus números 1 a 4 se monta sobre dos presupuestos de aplicabilidad: Uno consiste en que se produzca un acto de enajenación, y el otro presupuesto consiste en que tal acto de enajenación tenga por objeto, precisamente, terrenos sometido a Plan urbanísticos, o edificios o industrias fuera de ordenación (95).

Como ya he apuntado, por la similitud entre el texto del artículo 45 L.S. (números 1 a 4) y 1483 del Código civil parece que los redactores del primero hubieran tenido presente el segundo. La identidad de los plazos y la aparente coincidencia de las hipótesis permiten entenderlo así. También, la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1966 empareja claramente los artículos 1483 del Código civil y 50 de la Ley del Suelo (actual artículo 45). En el mismo sentido se pronuncia la de 28 de febrero de 1990 en relación al antiguo artículo 45 de la LS. No obstante, existen algunas diferencias entre ambos; así, mientras el artículo 1483 es de carácter genérico y se aplica a toda clase de ventas de fincas, el artículo 62 LS es mucho más especial en cuanto al objeto, pero más amplio en lo que concierne al tipo contractual (enajenación y no necesariamente venta). Divergen también en que la presunción de que el comprador no habría adquirido la finca de conocer la existencia de la carga que requiere el artículo 1483, no se precisa en el artículo 45

---

(94 bis) Nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 28 de febrero de 1990, en relación con el antiguo artículo 62 de la Ley del Suelo (hay recogido en los cuatro primeros números del artículo 45), establece que no hay infracción del mismo al conocer el comprador las limitaciones a que la finca estaba sometida, cual si de carga o servidumbre aparente se tratase, asimilándose a que en el contrato se hiciese mención de dichos extremos el que no exista ausencia de conocimiento o conocimiento equivocado.

(95) *Vid.* ROCA JUAN, *Algunas consideraciones sobre la transmisión de inmuebles y el artículo 62 de la Ley del Suelo*, en Estudios de Derecho civil en honor del profesor BATLLE VÁZQUEZ (Madrid 1978) p. 652.

LS. Además, difieren también en orden 1483 es opcional (rescindir o solicitar indemnización) o únicamente cabe la indemnización, mientras que el artículo 45 LS es acumulable (rescindir y exigir la indemnización).

Otra circunstancia que conviene analizar es el alcance de la expresión «título de enajenación» del artículo 45 LS. En él se insiste que las circunstancias urbanísticas a que se refiere deberán hacerse constar expresamente y consignarse en el correspondiente título de la enajenación, en las enajenaciones, en los actos de enajenación. No hace, sin embargo, especificación alguna acerca del título del que habla. Tal imprecisión plantea el problema de si el título ha de ser oneroso o si, por el contrario, también cabe la rescisión de las enajenaciones a título gratuito. Para Lucas Fernández el artículo en cuestión (él se refería al antiguo artículo 50) sólo es aplicable a las enajenaciones a título oneroso (96). Siguiendo este criterio, la expresión «enajenación» debe entenderse en sentido amplio, comprendiendo no solamente la venta, sino también cualquier transmisión a título oneroso y cualquier acto de constitución de derechos reales que puedan implicar, en acto o en potencia, una enajenación. Sin embargo, esta regla general de exclusión de las enajenaciones a título gratuito puede tener una excepción: la de donaciones por causa onerosa y las remuneratorias, reguladas en el artículo 622 del Código civil (97). No obstante, la falta de especificación en la norma y el fundamento de la acción rescisoria a que da lugar el incumplimiento del deber de información, parecen justificar la interpretación contraria y entender que también se da el deber en las transmisiones a título gratuito, aunque éstas no justifiquen (además) la indemnización de daños y perjuicios, si es que en tales casos pudiera existir (98).

Por último, centraré la atención en la acción rescisoria del número 4 del artículo 45 de la LS. El legislador ha hecho una modificación en el texto, ya que el número 4 del antiguo artículo 62 LS disponía: «... facultará al adquirente para *resolver* el contrato...»; ahora, el Texto refundido habla de «... *rescindir* el contrato...» (99). En todo caso, su fundamento está en el mismo concepto de cargas urbanísticas y corre-

---

(96) LUCAS FERNÁNDEZ, *Aspectos civiles de la Ley del Suelo* (Cartagena 1963) p. 54.

(97) Esta postura fue defendida por MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles y la Ley del Suelo* (Madrid 1964) p. 354.

(98) GONZÁLEZ SALINAS, en *Comentarios a la Ley del Suelo* (Texto refundido de 1992) de Jesús González Pérez I (Madrid 1993), p. 350.

(99) Ello supone que la nueva norma recoge el criterio de la práctica unanimidad de la doctrina que entendía que el antiguo artículo 62-4 LS era incorrecto técnicamente, por referirse a un supuesto no de «resolución», sino de rescisión. En efecto, la facultad resolutoria de que hablaba el artículo 62-4 LS era realmente una acción rescisoria. Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, *o.c.* nota 96, pp. 52 ss.; MARTÍN BLANCO, *o.c.* nota 97, pp. 357 ss.; GONZÁLEZ SALINAS, *Sistemas de compensación y terceros adquirentes de suelo* (Madrid 1987), pp. 235 ss.

lativa subrogación en las mismas de los que resulten ser propietarios del suelo sobre el que recaen: la acción rescisoria articula técnicamente la liberación del nuevo propietario de la posible lesión que para él pueda resultar si desconoce los distintos tipos de cargas o, lo que es lo mismo, el respectivo alcance de las subrogaciones en cada caso concreto.

El ejercicio de esta acción rescisoria plantea algunas cuestiones que estudia González Salinas (100). Concretamente, las siguientes:

a) Frente a quien ha entendido que ha de presumirse la mala fe del enajenante (101), afirma que carece de todo fundamento técnico, ya que el silencio del texto de la Ley se cubre, tanto por aplicación directa del principio general de buena fe (art. 7.1 Cc) como su aplicación analógica (art. 1483-1 Cc).

b) En tanto haya buena fe por el adquirente, esto es, desconocimiento de las circunstancias que el enajenante debía haber hecho constar (102), o no se consiga demostrar lo contrario, la buena fe del enajenante no tendría relación a efectos de evitar el ejercicio de la facultad rescisoria: aunque el enajenante incumpliera el deber que se le impone de buena fe, también cabe la rescisión.

---

(100) GONZÁLEZ SALINAS, *o.c.* nota 98, pp. 351-352.

(101) Así, MARTÍN BLANCO, *El tráfico de bienes inmuebles y la Ley del Suelo* (Madrid 1964), pp. 356 y 359 ss.

(102) Cfr. a este respecto la STS de 28 de febrero de 1990, *vid. supra* nota 94 bis.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALBACAR LÓPEZ: *Código civil V* (Madrid 1992). «Código civil, jurisprudencia y legislación» (Madrid 1993).
- ALBALADEJO: *Derecho civil II-2* (Barcelona 1982).
- BADENES GASSET: *El contrato de compraventa I y II* (Barcelona 1979).
- BARASSI: *Instituciones de Derecho Civil II* (Barcelona 1955).
- BARBERO: *Sistema del Derecho Privado IV* (Buenos Aires 1967).
- BETTI: *Teoría general de las obligaciones I y II* (Madrid 1969-70).
- BIONDI: *La servitù prediali nel diritto romano* (Milano 1954).
- BORRELL Y SOLER: *El contrato de compraventa según el Código civil español* (Barcelona 1952).
- BRANCA: *Instituciones de Derecho Privado* (México 1978).
- CABELLA PISU: *Circa l'applicabilità dell'art. 1.489 cod. civ. alla vendita di edificio privo della licenza di abitabilità*, Foro it. 1 (1976).
- CALONGE: *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico* (Salamanca 1968).
- CAPOZZI: *Dei singoli contratti I* (Milano 1988).
- CARCELLER FERNÁNDEZ: *Manual de disciplina urbanística* (Madrid 1983).
- CASTAN: *Derecho civil español común y foral IV* (Madrid 1988).
- CIAN Y TRABUCCHI: *Comentario breve al Codice civile* (Padova 1989).
- CHICO Y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho hipotecario I* (1981).
- COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil IV* (Madrid 1981).
- COSSIO Y CORRAL: *Instituciones de Derecho civil I* (Madrid 1988).
- DÁVILA: «La expresión libre de cargas y gravámenes, y el pacto de saneamiento en la escritura de compraventa de bienes inmuebles. Fórmulas y comentarios» *BICNG* 231 (1972).
- DE ANGEL YAGÜEZ: «Algunas consideraciones en torno al artículo 1483 del Código civil» *RCDI* 487 (1971).
- DEGNI: *La compraventa* (Madrid 1957).
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial I* (Madrid 1988).
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil II* (Madrid 1989).
- ESPIN: *Manual de Derecho civil español III* (Madrid 1983).
- FENOY PICÓN: «Compraventa de terreno para edificar. Cláusula de reajuste del precio al aprovechamiento urbanístico efectivo. Interpretación del contrato. Vicios ocultos. Comentario a la STS de 4 de octubre de 1989» *CCJC* 21 (1989).
- FERNÁNDEZ Tomás-Ramón: *Manual de Derecho Urbanístico* (Madrid 1988).
- FERNÁNDEZ ESPINAR: *La compraventa en el Derecho medieval español* (Madrid 1955).
- GAETANO: *La compravendita e i contratti affini* (Roma 1960).
- GALGANO: *Diritto privato* (Padova 1988).
- GARDANI: *La compravendita* (Torino 1970).
- GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dirigidos por M. Albaladejo XIX* (Madrid 1991).
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español III* (Madrid 1852).
- GASCA: *La compraventa civil y comercial* (Madrid 1931).
- GERMANO: *La prestazione della garanzia per le servitù attive del fondo venduto*, Foro it. 1 (1915).
- GONZÁLEZ SALINAS: *Sistema de compensación y terceros adquirentes del suelo* (Madrid 1987).
- GONZÁLEZ PÉREZ: *Comentarios a la Ley del Suelo I* (Madrid 1993).
- GORLA: *La compravendita e la permuta* (Torino 1937).

- GRECO: *La compravendita e altri contratti* (Milano 1947).
- HEDEMANN: *Tratado de Derecho civil* III (Madrid 1958).
- HERNÁNDEZ GIL A: *Derecho de obligaciones* (Madrid 1988).
- LACAL: «Interpretación del artículo 1483 del Código civil» *RDP* (1929).
- LACRUZ: *Elementos de Derecho civil* II-3 (Barcelona 1986).
- LUZZATTO: *La compraventa según el nuevo Código civil italiano* (Madrid 1953).  
*La compravendita* (Torino 1961).
- LUCAS FERNÁNDEZ: *Aspectos civiles de la Ley del Suelo* (Cartagena 1963), p. 54.
- MANRESA: *Comentarios al Código civil español* X-1 (Madrid 1969).
- MARTÍN BLANCO: *El tráfico de bienes inmuebles y la Ley del Suelo* (Madrid 1964).
- MORALES MORENO: «El error en los contratos (Madrid 1988). El «propósito práctico» y la idea de negocio jurídico» en *Federico de Castro ADC* (1983). Comentarios al Código civil y Compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart XVII-1-B (Madrid 1993).
- MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil* XXIII (Madrid 1970).
- NÚÑEZ LAGOS R.: «Evicción de cargas», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro* II (Madrid 1976).
- O'CALLAGHAN MUÑOZ: *Compendio de Derecho civil* II -2 (Madrid 1989).
- OSSORIO MORALES: «Sobre una interpretación del artículo 1483 del Código civil» *RDP* (1929).
- POTHIER: *Tratado del contrato de venta* (Barcelona s.a.). *Tratado de los contratos* I (Buenos Aires 1944).
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil* II-2 (Barcelona 1982). *Compendio de Derecho civil* II (Barcelona 1987).
- PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español* IV-2 (Madrid 1973).
- RICCA-BARBERIS: «La evicción por hecho personal o propio de quien ha donado o vendido» *RDP* (1957). *Tratato della garanzia per evizione* (Torino 1958).
- ROCA JUAN: «Algunas consideraciones sobre la transmisión de inmuebles y el artículo 62 de la Ley del Suelo», en *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Batlle Vázquez* (Madrid 1978).
- ROJAS MONTES, GARCÍA GRANERO, Y SAPENA: «La protección de las partes contratantes mediante la intervención notarial en las fases preliminares del contrato de compraventa» *JDCNE* (1989).
- RUBINO: *La compravendita* (Milano 1962).
- RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil* II-2 (Madrid 1977).
- RUSSO: «La azioni previste dall' art. 1.489 Cod. civ.», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.* (1956).
- RUIZ SERRAMALERA: *Derecho civil. Derecho de obligaciones* II (Madrid 1982).
- SANZ FERNÁNDEZ: *Compraventa de finca hipotecada* (Barcelona 1949).
- TORRALBA SORIANO: *Comentario del Código civil*. Ministerio de Justicia II (Madrid 1991).
- TORRENTE Y SCHLESINGER: *Manuale di Diritto Privato* (Milano 1985).
- TRABUCCHI: *Instituciones de Derecho civil* II (Madrid 1967).

# El acogimiento familiar en la Ley 11/1987 de 11 de noviembre como modo de ejercer la «potestad» de guarda

M.<sup>a</sup> PILAR FERRER VANRELL

Prof. Titular de Derecho Civil. Facultad de Derecho de la UIB

**SUMARIO:** 1. La guarda como potestad: sus dos modalidades de ejercicio.—1.1 Concepto de guarda.—1.1.1 La guarda como potestad.—1.1.2 Relaciones de la «potestad de guarda» y el ejercicio de la patria potestad» en el Código civil.—1.1.3 La potestad de guarda y las «funciones tutelares» provisionales.—1.2 La asunción de la titularidad de guarda por parte de la entidad pública. Coexistencia de la potestad de guarda, como potestad menor, con otras titularidades de instituciones tuitivas.—1.3 Causas que dan lugar a la asunción de la guarda por la Entidad pública.—1.3.1 Los supuestos de constitución de tutela automática.—1.3.1.1 La tutela automática como fuente de la guarda y ésta, a su vez, del acogimiento. Estudio de la tutela automática y de la guarda, que es su contenido.—1.3.1.1.1 La situación de «desamparo» que da lugar a la constitución de la tutela automática, que incluye la guarda.—1.3.1.1.2 Aproximación a la naturaleza jurídica de la tutela automática, que incluye la guarda.—1.3.1.1.2.1 Coexistencia de la tutela automática con otra institución tuitiva.—1.3.1.1.2.2 La naturaleza jurídica de la tutela automática.—1.3.1.2 La Entidad pública. Sujeto titular de la tutela automática y de la guarda.—1.3.2 Los supuestos de mera guarda del art. 172,2: la solicitud de los padres; la declaración judicial.—2. Los modos de ejercicio de la guarda: el internamiento y el acogimiento familiar.—2.1 El acogimiento familiar. Sus precedentes.—2.1.1 Precedentes en normas administrativas.—2.1.2 Precedentes en normas civiles.—2.2 La constitución del acogimiento. Doble modalidad: negocial y judicial.—2.2.1 Negocio de acogimiento.—2.2.2 Acogimiento judicial.—2.2.3 Negocio complementario.—2.3 Diversas fases de la formalización del acogimiento familiar.—2.4 Sujetos de la guarda y de sus dos modalidades de ejercicio.—2.5. El interés del menor.—2.6 Contenido del acogimiento familiar.—2.6.1 Deberes del que acoge y del acogido.—2.6.2 Derechos del que acoge y del acogido.—2.6.3 Los gastos derivados del acogimiento.—2.7 Cesación del acogimiento. Ex-

pediente de cesación.—2.7.1 Causas de cesación.—2.7.2 Procedimiento: con o sin expediente previo.—2.7.3 Decisión de cesación.— Bibliografía consultada.

## 1. LA GUARDA COMO POTESTAD: SUS DOS MODALIDADES DE EJERCICIO

La guarda es una potestad inferior a la patria potestad, la tutela ordinaria y la tutela automática. La guarda es una institución protectora que implica el contenido personal de las otras potestades superiores. La guarda es, por tanto, también potestad, aunque inferior, porque contiene una serie de relaciones de poder, o mejor de deber y de sumisión, hoy llamadas funciones, entre quien la ejerce y quien está sometido a tal régimen. La guarda, como la patria potestad, se descompone en titularidad y ejercicio de la misma, lo que determina que puede no ser el mismo sujeto quien ostenta la titularidad y quien la ejerce. Y esto, viene determinado en el párrafo sexto de la E de M de la Ley 21/1987. La entidad pública es la titular de la guarda si bien ésta tiene dos modalidades de ejercicio, el acogimiento familiar y el internamiento del menor. Este ejercicio lo tendrán personas distintas al titular de la guarda. Si se trata del ejercicio de la guarda a través del internamiento del menor, será el Director del establecimiento donde se halla internado quien ejercerá las funciones propias de la guarda. Si, por el contrario, se dispone un acogimiento familiar para el menor, será la persona o personas que lo acogen quien deberá ejercer las funciones propias.

Hemos calificado de potestad inferior a la guarda, si bien aparece, junto a otra potestad superior, ya sea patria potestad o tutela ordinaria (art. 172,2 C.c.). Esta conexión se debe a que el contenido de la guarda abarca, tan sólo, el ámbito personal. Consecuencia de ello es que, la guarda se independiza de la patria potestad o la tutela ordinaria arrastrando, con esta escisión el contenido personal, que luego analizaremos, y manteniéndose, por otro lado, la titularidad de la potestad superior, ya sea patria potestad o tutela ordinaria, que quedarán desprovistas de su contenido personal, propio de la guarda, y mantendrán, además de la titularidad, el ámbito patrimonial de protección del menor. Si no existe patria potestad o tutela ordinaria, o aún existiendo, se produce una situación de «desamparo» del menor, se constituye la tutela automática (art. 172,1 Cc) y el contenido de esta tutela es la guarda.

Esta configuración de la guarda como potestad nos lleva a tener que determinar lo que se entiende por guarda.

## 1.1. CONCEPTO DE GUARDA

El concepto de guarda (1) podría concretarse a las funciones enunciadas en el art. 154,1 Cc y 269 Cc; y esto es así, no sólo porque doctrinalmente es lo que se entiende por guarda, sino por el contenido que nos suministra, para el acogimiento, el art.173,1 Cc (cuya vigilancia asume la Entidad pública, art.172,3 Cc) compuesto de funciones u obligaciones, que según el citado artículo, se concretan en «velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral». Como vemos se trata de las funciones propias que se ejercen en la patria potestad y en la tutela ordinaria, en el ámbito personal, sin entrar en el ámbito patrimonial (2).

Al concepto de guarda nos remiten distintos artículos del Código civil: 90, A; 92,4; 96,1; 103,1; 156,5; 158,2; 171,1; y finalmente el art.172,1 Cc nos habla de los «deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores».

Sin embargo debemos profundizar en el concepto de guarda (3). La guarda constituye una relación jurídica entre dos personas, a esta rela-

(1) RUIZ-RICO RUIZ, J. M., La guarda equivale al *affidamento-ricovero* italiano. Dice: «Probablemente, el deseo del legislador al institucionalizar la «guarda» no fue otro que el de acoger algo muy similar al llamado —*affidamento-ricovero*— del Derecho italiano, e intentar separar netamente lo que sería un acogimiento en una familia o grupo parafamiliar, de lo que sería un internamiento de un menor en un establecimiento público o cuasipúblico (esto es, homologado por la Administración) de asistencia-beneficencia». *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, Granada 1989, pp. 149-150.

(2) HAZA DÍAZ, Pilar de la, define la guarda en el siguiente sentido: «Según se deduce de la lectura del mencionado artículo 172,2.º del Cc, la guarda es un instrumento de asistencia a menores que por circunstancias relativas a ellos mismos o a sus familiares van a estar durante un determinado período de tiempo sin los cuidados que precisan. Esta característica definitoria de la guarda, será una medida substitutoria temporal de la familia biológica, conlleva que la entidad asistencial asume sólo la obligación de cuidar al menor, pero sólo en su aspecto personal, no en el patrimonial, que continúa en manos de los padres o del tutor, teniendo en cuenta además que ha de procurar la reinserción del menor en su propia familia cuando la dificultad temporal haya terminado. *Notas sobre el «affidamento» familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español*, RGLJ 1987, n.º 6, p. 988.

Por su parte, FELIU REY, MANUEL-IGNACIO, entiende que la guarda en sentido estricto (la enunciada en el art. 172,2 Cc) equivale al internamiento del menor, traducción española del *affidamento-ricovero*; en sentido amplio (enunciado en el art. 172,3 Cc) comprende tanto el internamiento como el acogimiento familiar. *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, Madrid 1989, p. 43.

(3) FELIU REY propone una definición de guarda, regida por las notas de provisionalidad y subsidiariedad, como: «aquella medida de protección de menores, a cargo de la entidad pública del respectivo territorio, de carácter transitorio y subsidiario, y que se lleva a cabo bien mediante el internamiento del mismo en un centro «*ad hoc*», bien a través del acogimiento familiar, con la finalidad de que sea adecuadamente atendido y cubiertas sus finalidades, a solicitud de quienes tienen potestad sobre él mediante justificación de no poder atenderlo por enfermedad u otras circunstancias gra-



ción, que está formada por la situación que une a guardador y guardado, el Derecho la toma en consideración y le atribuye unos efectos jurídicos.

Hemos dicho que el concepto de guarda nos lo podía suministrar el contenido que, para el acogimiento familiar, nos proporcionaba el art.173,1 Cc, que, como hemos visto, son las funciones propias del ejercicio de la patria potestad y la tutela en el ámbito personal (arts.154,1 y 269 Cc). El concepto de guarda podemos determinarlo procediendo al estudio de distintos artículos del Código civil, antes citados, donde se localiza tal concepto. Y del estudio de estos artículos podemos comprobar que son conceptos distintos: la guarda y contenido personal de la patria potestad. Además surgen otros conceptos como son el «cuidado» y la «compañía» que tendremos que determinar si son sinónimos de guarda o van englobados en ella. Estudiaremos la guarda como potestad y las relaciones de la potestad de guarda y el contenido personal de la patria potestad.

### 1.1.1 *La «guarda» como potestad*

La potestad de guarda viene incluida, normalmente, en la patria potestad, aunque sea separable de su ejercicio en casos especiales. La existencia de una potestad de guarda viene expresamente nominada en el art.158,2.º Cc. Este artículo dice textualmente que el Ministerio Fiscal dictará: «las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda». Tenemos, por consiguiente, que existe, específicamente, un derecho o potestad de guarda, que se fundamenta y consiste en el cuidado y la compañía del menor, y el titular de esta potestad no tiene por que coincidir con el titular de la patria potestad, aunque la regla general es su coincidencia, y por tanto sobre este titular de guarda pesarán todas las funciones propias de la patria potestad; esta diferenciación se manifiesta en que el titular de la guarda nunca coincide con el titular del derecho de visita, comunicación y estancia. Esta distinción entre titularidad de la patria potestad y derecho o potestad de guarda la encontramos en el art. 243,1.º Cc, que niega la capacidad para ser tutores a quienes estén privados o suspendidos de la patria potestad o, también, a quienes lo estén del derecho de guarda. El derecho de guarda es distinto a la patria potestad.

---

ves, o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en los que legalmente proceda, e independientemente de que la entidad ostente o no la tutela asistencial del art. 172,1 Cc sobre el menor en cuestión». AC, n.º 35, 1989, p. 807. Y *Comentarios a la Ley...*, cit., p. 42.

En efecto, del estudio de distintos artículos del Código civil, veremos estos conceptos, así como las distintas relaciones entre la potestad de guarda y la patria potestad.

### *1.1.2. Relaciones de la «potestad de guarda» y el «ejercicio de la patria potestad», en el Código civil*

Veamos distintas modalidades:

1.— La «potestad de guarda» incluida en el ejercicio de la patria potestad de uno sólo de los padres.

Analizaremos el art.90, A Cc; en este artículo se diferencia «cuidado», de ejercicio de la patria potestad, y se dice textualmente: «la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos». En este artículo podemos distinguir, por un lado, el «cuidado» de los hijos menores que están sujetos a patria potestad, cuya titularidad y ejercicio ostentan ambos progenitores, pero atribuye el «cuidado» a uno sólo de ellos y al otro le concede un derecho de visita, comunicación y estancia.

De este artículo surgen como aspectos del ejercicio de la patria potestad los conceptos de «cuidado» que equivale a «guarda», según el citado artículo; y el concepto de derecho de visita, comunicación y estancia que es distinto al concepto de guarda pero que como ella va unida al ejercicio de la patria potestad. Si bien decimos que en un principio la guarda y el ejercicio de la patria potestad suelen ir unidos, no es menos cierto que pueden separarse según parece desprenderse del art.92,4 Cc que dice: «podrá acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado de ellos corresponda a uno u otro procurando no separar a los hermanos». Tenemos, según este artículo, que el ejercicio total o parcial de la patria potestad corresponde a uno de los cónyuges, en tanto que el otro tendrá los derechos de visita, comunicación y estancia de acuerdo con el art.90, A Cc; y por otra parte puede acordarse que sea uno de los cónyuges quien tenga el cuidado, o sea la guarda, en tanto que el otro tenga el ejercicio total o parcial de la patria potestad. Esto debe entenderse en el sentido que el cónyuge que tenga el ejercicio parcial o total de la patria potestad tiene, también, la guarda. Por ello, no es cierta la afirmación que van separados ejercicio de la patria potestad y guarda, porque quien tenga la guarda, tendrá, también el ejercicio total o parcial de la patria potestad. El derogado art.177,3.º Cc utilizaba el término «cuidado» como equivalente a guarda. Como vemos, los conceptos «cuidado» o «guarda» y ejercicio de la patria potestad aquí son distintos.

En el art. 96,1 Cc, se prescinde, en cambio, de quien tiene el ejercicio de la patria potestad, al atribuir el uso de la vivienda familiar «al cónyuge en cuya compañía queden» los hijos; el fundamento para otorgar la vivienda familiar no está en quien tiene atribuido el ejercicio de la patria potestad, sino quien tenga en «compañía» a los hijos menores. Quien tenga en su compañía a los hijos, que es lo mismo que quien tenga a su cuidado o quien tenga la guarda, se le atribuye la vivienda familiar. Los términos «compañía» y «cuidado» los utiliza el código como sinónimos de guarda y distintos a ejercicio de la patria potestad.

Siguiendo con el estudio del concepto de guarda nos encontramos con el art.103,1.º Cc., que utiliza el concepto «compañía» distinto al de guarda. En este artículo, en su primer párrafo distingue entre a quien se atribuye el ejercicio de la patria potestad y quien queda privado de este ejercicio. A quien se le atribuye el ejercicio, tiene, además, el derecho de guarda, porque dice el citado artículo que «el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía»; el término «compañía», en este artículo, no equivale a guarda, sino que se está haciendo referencia al derecho de visita, comunicación y estancia, que ya hemos visto en el art. 90, A Cc., que se otorga al cónyuge que no tiene la guarda. Vemos que quien tiene la guarda tiene, por esto sólo, el ejercicio, ya sea total o parcial, de la patria potestad; pero quien no tiene la guarda, siempre tiene el derecho de visita, comunicación y estancia. Este derecho es, por tanto, ajeno al derecho de guarda, y propio de quien no la ostenta.

En estos supuestos analizados la potestad de guarda está incluida en el ejercicio de la patria potestad.

2.— La atribución de la «potestad de guarda» determina quien tiene el ejercicio de la patria potestad.

Volviendo al razonamiento anterior hemos visto que quien tiene la guarda, puede tener, además, el ejercicio de la patria potestad, incluso se puede afirmar que, salvo medidas excepcionales, se acuerda que quien tiene la guarda es quien ostenta el ejercicio de la patria potestad, y esto lo vemos plasmado en el art.156,5 Cc que dice: «si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva». La regla general es que quien tiene el derecho de guarda, o sea quien convive con el menor, tiene, por esto sólo, el ejercicio de la patria potestad. Este mismo artículo nos demuestra, además, que el ejercicio de la patria potestad y guarda son distintos, como se ha dicho. Y son distintos porque el mismo artículo añade: «sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio». Sin tener el derecho de guarda, el otro titular de la patria potestad, puede tener el ejercicio conjunto o parcial de la patria potestad, como hemos visto en el art.92,4 Cc.

Hemos visto que la guarda era el punto de conexión para la atribución de la vivienda familiar (ex art. 96,1 Cc.); de nuevo, en el art.171,1 Cc., la compañía, funciona como punto de conexión para atribuir la patria potestad rehabilitada. El mayor de edad (que por tanto no está sujeto a patria potestad, ni ostentan sobre él el derecho de guarda) que fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, cuya titularidad y ejercicio corresponderá al padre o padres en compañía de los cuales viva el hijo incapacitado. Aquí el término «compañía» equivale a «convivencia». Podemos distinguir: «compañía» que es propio de la guarda de menores de edad e incapacitados; de la «compañía» que equivale a «convivencia» de los mayores de edad no incapacitados, art. 171,1 Cc. En este sentido vemos los arts. 4.1 y 24.1 LAU. También en el art. 976 LEC vemos el término «compañía» que equivale a «convivencia».

Si nos detenemos en el derecho de guarda, propio del acogimiento familiar y del internamiento, vemos que, también, existe un titular de la potestad de guarda, y sin embargo, las funciones propias del acogimiento familiar (art.173,1) las ostenta quien tiene al cuidado al menor, esto es, quien acoge al menor, y no quien ostenta la titularidad, sino quien lo tiene en su compañía. En tanto que el derecho de visita y comunicación lo tienen los padres del menor (art.161 Cc.), a quienes se les ha suspendido de la potestad de guarda.

### 1.1.3. *La potestad de guarda y las «funciones tutelares» provisionales*

Veamos «la potestad de guarda» incluida en el ejercicio de las funciones tutelares conferidas a un tercero.

En el segundo párrafo del art. 103,1.º CC. se alude, nuevamente, a la guarda, al decir que, «excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea...». Esta solución es excepcional y limitada en el tiempo al ser «provisional» pero puede darse que se atribuya la guarda a una tercera persona o institución, en tal caso, dice el citado artículo, que se le confieren las funciones tutelares».

## 1.2. LA ASUNCIÓN DE LA TITULARIDAD DE GUARDA POR PARTE DE LA ENTIDAD PÚBLICA. COEXISTENCIA DE LA POTESTAD DE GUARDA, COMO POTESTAD MENOR, CON OTRAS TITULARIDADES DE INSTITUCIONES TUTIVAS

La titularidad de la guarda la asume siempre la Entidad pública, cuando concurren unos determinados supuestos. En tanto que el ejercicio de la función de guarda puede disponerse mediante acogimiento familiar o internamiento del menor. Veamos ambos supuestos:

En primer lugar analizaremos los supuestos en que la Entidad pública adquiere la titularidad de la guarda. Esta se asume por dos motivos diferenciados:

1.<sup>o</sup> Cuando existe situación de desamparo la Entidad pública asume la tutela, por ministerio de ley, automáticamente. En los supuestos en que existe situación de desamparo, la Entidad pública asume la tutela automática (art. 172.1 Cc), que tiene como contenido la titularidad de la guarda (art. 172.3 Cc.), no el ejercicio porque se hace cargo de éste quien tiene en su compañía al menor.

2.<sup>o</sup> Cuando concurren las circunstancias que determina el párrafo 2.<sup>o</sup> del art. 172 Cc., la Entidad pública asume, si bien temporalmente, la guarda; siempre que lo soliciten quienes tienen potestad sobre el menor, alegando no poder atenderlo. Cabe entender, como hemos dicho, que además de asumir la titularidad, que la asume siempre, asuma, también, el ejercicio, si bien temporalmente, hasta que se coloque al menor en internamiento o acogimiento familiar.

De la redacción del artículo no resulta claro que, también, en este supuesto, se exija una situación de desamparo, sin embargo, de las causas que originan tal situación y de la misma necesidad que se solicite por parte de los titulares de la patria potestad o del tutor, como del hecho que no entra la tutela automática (ex art. 172.2 principio Cc.), parece derivarse que no existe situación de desamparo (4). Nos hallaríamos, más bien, en la fase previa, que de no solicitarse unas determinadas medidas (que la entidad pública asuma la guarda) desembocaría en una situación de desamparo.

Si no existe situación de desamparo seguirá, el menor, bajo patria potestad o tutela limitada por la guarda, siempre que se den unas determinadas circunstancias que así lo requieran. ¿Cuáles son estas circunstancias? Del apartado 2.<sup>o</sup> del art. 172 Cc. debe concurrir una determinada situación: En primer lugar puede darse entrada a la guarda cuando los titulares de la patria potestad o tutela así lo soliciten justificando tal solicitud en base a no poder atender al menor ya sea por enfermedad, ya sea por otras circunstancias graves. También entrará la guarda cuando el juez lo acuerde en los casos que proceda.

En estos supuestos, se seguirá manteniendo la patria potestad o tutela ordinaria limitada, en cuanto a sus deberes, por la guarda ajena.

La situación de desamparo, en consecuencia, sólo da entrada a la constitución automática de la tutela legal, no a la mera guarda que es insuficiente. La sola guarda es consecuencia de circunstancias menos graves que el desamparo.

---

(4) VALLADARES RASCÓN entiende que hay dos situaciones de desamparo, una que da lugar a la constitución de la tutela y otra que sólo implica la guarda del menor. *Notas urgentes sobre la nueva ley de adopción*. «Poder Judicial» n.<sup>o</sup> 9, mayo 1988, pp. 33 y 34.

El derogado artículo 239 Cc. daba por sentado la existencia de guarda sin atribución de tutela. El *prius* era la guarda, consecuencia de la existencia de esta guarda sin la existencia de una institución tuitiva, ya fuera patria potestad o tutela, daba lugar a la constitución de la tutela que podía ser atribuida al Director del establecimiento. La actual redacción del art.239 Cc. otorga la tutela legal automática de los menores desamparados a la entidad pública correspondiente (5). No hay, por tanto, una situación de guarda previa y posterior constitución de la tutela, sino que ésta entra, *ope legis*, automáticamente, sin menoscabo que, posteriormente, se pueda constituir la tutela ordinaria si existen personas que puedan asumirla, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, como dice el citado artículo.

Hemos visto que la entidad pública asume la titularidad de la guarda. También hemos visto, al hablar de la tutela automática, que la entidad pública, también, la asume. La siguiente reflexión que debemos proponer es saber como limita esta potestad menor a las otras potestades superiores que coexisten, esto es, la patria potestad o la tutela ordinaria.

La nueva Ley no introduce la suspensión de la patria potestad. El originario art. 170 Cc preveía la suspensión de la patria potestad, además de estar regulada, también, la pérdida de la misma (art.169 Cc originario). Ahora nos interesa saber si en los supuestos de asunción de la guarda por parte de la entidad pública, ya sea en los supuestos de asunción de la tutela automática (art. 172,1 Cc), ya sea en los de solicitud por parte de los padres por no poder atender al menor (art. 172,2 Cc), como queda la patria potestad. ¿Seguirá coexistiendo con la potestad de guarda? En principio parece que debemos inclinarnos por postular la no coexistencia de ambas, porque dentro del ejercicio de la patria potestad está la potestad de guarda. Esto no es óbice, como hemos visto al analizar el concepto de guarda, para que se mantenga la patria potestad por un lado, atribuida a los padres y la potestad de guarda a la entidad pública. Lo que debemos propugnar es que aún manteniéndose la patria potestad o la tutela, la potestad de guarda de éstas debe suspenderse para que sea atribuida a la entidad pública.

¿Qué base legal puede apoyar tal argumento? En primer lugar el Cc nos proporciona argumento suficiente para mantener que la potestad de guarda puede cambiar de titular (ex art. 158,2.º Cc). Lo que no nos dice este artículo es que el cambio de la potestad de guarda conlleve la suspensión de la misma para el que hasta entonces la ostentaba; incluso, derogado el art. 170 Cc, no se prevé ningún tipo de suspensión de la patria potestad sino su privación (art. 170 Cc). No por ello, en otra

---

(5) Como dice el párrafo sexto de la E. de M. se ha «cambiado el criterio a que respondía el anterior art. 239 Cc, se ha estimado, atendiendo a la situación de urgencia del caso, que la situación de desamparo debe dar origen a una tutela automática a cargo de la entidad pública...».

sede, podemos encontrar el argumento que nos falta; el art. 243,1.º Cc prevé, expresamente, la existencia de suspensión del derecho de guarda. En base a lo dicho podemos concluir que del Cc. podemos extraer no sólo la existencia de cambio de titularidad de la potestad de guarda, sino que en estos casos se puede entender que existe una suspensión de este derecho.

La conclusión a que podemos llegar es que la potestad de guarda puede coexistir con otras potestades superiores (en manos de distintas personas) ya sea la patria potestad o la tutela, porque la guarda necesita de ellas para su existencia, pero lo que no puede darse es una duplicidad del derecho de guarda, o la asumirá quien ostente la patria potestad o la tutela o pasará a un tercero su titularidad, y en tanto éste la ostente quedará suspendido para aquél que hasta entonces lo tenía atribuido.

### 1.3. CAUSAS QUE DAN LUGAR A LA ASUNCIÓN DE LA GUARDA POR LA ENTIDAD PÚBLICA

El titular de la guarda es la Entidad pública, porque es quien la asume por ley (art. 172,2 Cc), aunque su ejercicio pueda encomendarse al director del establecimiento donde está internado el menor o bien a la persona o personas que tengan al menor en acogimiento familiar (art. 172,3 Cc). Y la guarda entra en dos supuestos distintos: unas veces la guarda procede como contenido de la tutela automática (art. 172,1 Cc); otras, la guarda es autónoma (art. 172,2 Cc).

#### 1.3.1. *Los supuestos de constitución de tutela automática*

Todos los supuestos en el que el menor se halla bajo la situación general de desamparo que llevan aparejada la constitución de la tutela automática y esta engloba las funciones de guarda (art. 269 Cc). Tenemos, por tanto, en primer lugar que la constitución automática de la tutela *ope legis*, da lugar a la guarda; si bien la interpretación de las causas que dan lugar a la constitución de la tutela automática deben interpretarse restrictivamente. Esto nos lleva a decir que en todos los supuestos que exista tutela automática comporta guarda (art. 172,1 Cc), aunque no todos los casos de guarda, comportan tutela automática (art. 172,2 Cc).

##### 1.3.1.1. La tutela automática como fuente de la guarda y ésta, a su vez, del acogimiento. Estudio de la tutela automática y de la guarda, que es su contenido

Podemos encontrarnos con la coexistencia de la titularidad de la patria potestad o de la tutela, con la tutela automática; y eso es así, por-

que no se ha reformado el art. 170 Cc ni el art. 248 Cc, que requieren decisión judicial, en tanto que la constitución de la tutela automática es administrativa. Será preciso que el juez declare la privación de la patria potestad (art. 170 Cc), o la remoción de la tutela ordinaria (art. 248 Cc), para que termine la coexistencia de la tutela automática y la titularidad de la otra función tuitiva existente, al tiempo de constituirse la tutela automática u *ope legis*.

Antes de pasar al estudio de estas cuestiones veamos, como determina el art. 172 Cc, si se produce, efectivamente, la constitución de la tutela automática, *ex lege*, siempre que exista una situación de desamparo. Para llegar a tal conclusión debemos analizar, en primer lugar, que se entienda por situación de desamparo (6) que da lugar a la constitución de tutela automática.

#### 1.3.1.1.1. La situación de «desamparo» que da lugar a la constitución de la tutela automática, que incluye la guarda

Según el apartado 1 del art. 172 Cc se entiende que existe desamparo cuando se «produce de hecho a causa de un incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores» y como consecuencia «queden privados de la necesaria asistencia moral o material». Ante todo se califica el desamparo como una situación de hecho, esto quiere decir que no requiere de una previa declaración judicial (7), sino que se atiende, simplemente, al hecho de quedar privado, el menor, de la necesaria asistencia moral o material. Se trata, en consecuencia, de una situación existente actualmente. Y esta situación puede ser imputable o no a los padres o al tutor.

Podemos hacer un parangón con el derogado art. 174 Cc (8), respecto al abandono, necesario para la constitución de la adopción. Se entendía que existía «abandono» cuando el menor de 14 años carecía de persona que le asegurara guarda, alimento y educación, siendo irrelevante que

---

(6) El término «desamparo» fue objeto de numerosas enmiendas por parte de los grupos parlamentarios cuando se estaba en fase de redacción de la ley; se aceptaron las enmiendas n.º 7 (Grupo Vasco) y 37 (Grupo Socialista), con parte de las correcciones técnicas de la 164 (Grupo Mixto-Agrupación PDP), que dió lugar a la actual redacción y definición de lo que es «desamparo».

(7) SANCHO REBULLIDA, Francisco, muestra su preocupación por la ausencia del control judicial ante la declaración de desamparo, que trae consigo tan grandes consecuencias. En todo caso, entiende el autor, que deberá estar sometida a la superior vigilancia del Ministerio Fiscal. *El nuevo régimen de la familia. IV Acogimiento y adopción*. Cuadernos Cívitas. Madrid 1988, pp. 37 y 38.

(8) Aunque este precepto fue muy criticado por la doctrina. *Vid. per tot.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. III, vol. 2, Madrid 1982, pp. 340 ss.



esta situación se produjera por causas voluntarias o involuntarias (confr. párr.2 del derogado art. 174 Cc); sin embargo esta situación de hecho que producía el abandono tenía que ser declarada judicialmente (párr. último del derogado art.174 Cc); en consecuencia, la situación de «abandono» no era sólo una situación de hecho, sino que tenía que ser declarada judicialmente. No ocurre lo mismo con la situación de «desamparo», ésta lo es de hecho y no hace falta la intervención del juez para declararla, sino que es competencia exclusiva de la Entidad pública. Será la Administración quien declarará que existe una situación de desamparo de la cual resultará *ope legis* la constitución automática de la tutela. Por tanto la Administración declara el desamparo, la ley crea la tutela automática ante la existencia de tal situación.

No deja de ser peligrosa esta fijación administrativa de la situación de desamparo, sin dar entrada, cuanto menos, al Ministerio Fiscal, cuya actuación está presente en todas las instituciones tuitivas, incluso en el mismo acogimiento, sin ser preceptiva su actuación en este supuesto. De la interpretación del párrafo segundo del art.174, que determina la obligación de la Entidad pública de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los nuevos ingresos de menores, y de su obligación de promover ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias, podemos interpretar que el Ministerio Fiscal puede instar al Juez para valorar la situación de desamparo, aunque sea a *posteriori*. Sin embargo, por otro lado no deja de ampliar la esfera protectora del menor que pueda declararse la situación de desamparo administrativamente, para dar entrada, automática, a la tutela, ya que evitará que la situación de desamparo del menor se prolongue (9), pudiendo, posteriormente, los padres o el tutor, impugnar la constitución de tutela automática o incluso el mismo Fiscal puede promover las medidas necesarias (art. 174,2 Cc).

No deja de ser peligrosa la declaración de desamparo, por parte de la administración pública, por cuanto no queda muy perfilado en la ley que se entiende por «desamparo» (10). Para que se produzca una situa-

---

(9) Esta es la idea que presenta, como defensa al Proyecto de Ley, la senadora Sauquillo Pérez del Arco: «sería muy grave, y no haríamos nada con este Proyecto de Ley, si tuviéramos que esperar a que los jueces decidiesen para estas situaciones de desamparo, porque habría muchos niños que desgraciadamente, cuando obtuvieran la resolución judicial, ya no podrían estar en la presencia del Juez, porque se habrían muerto de frío, de hambre..., nosotros creemos que precisamente el avance de este Proyecto es esa tutela automática». *Diario de Sesiones*, n.º 46, pág. 1743.

(10) En el propio Código civil existían ya, antes de la reforma de 1987 procedimientos para evitar el abandono, tanto en el supuesto del art. 222,1 Cc, que declara que el menor que no esté bajo patria potestad debe estar bajo tutela. Así como el art. 250 determina que se procederá al nombramiento de un nuevo tutor cuando se haya declarado judicialmente su remoción. PILLADO MONTERO, al comentar el Proyecto de esta ley ya hizo hincapié en la necesidad de perfilar lo que debe entenderse por desamparo y quien debe declararlo, si la entidad pública o si debe darse entrada al Juez. *Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción*. RDP mayo 1987, p. 448.

ción de desamparo tiene que dar como resultado, 1) la privación de asistencia moral o bien de asistencia material, y que ésta, 2) sea consecuencia de un incumplimiento, de un imposible o de un inadecuado ejercicio de los deberes de protección (11), propios de las instituciones tuitivas, esto es, de la patria potestad o de la tutela ordinaria.

1) La conjunción de los términos «moral» y «material» van referidos al ámbito personal y de bienes (art. 215 Cc.).

1.º El término «moral» (12) tenemos que entenderlo objetivamente, esto es, lo que el colectivo social entiende por ético o moral, sin dar entrada a valoraciones subjetivas. Así lo que podría determinar la falta de asistencia moral, para el supuesto de estar los hijos sujetos a patria potestad, sería el impedir el libre desarrollo de la personalidad del menor; no proporcionarle una formación integral (art. 154,1 Cc.), ni educación (arts. 92,2; 142,2; 154,1 Cc.); o bien estar incursos en alguna de las causas del art. 756; 853,3.º y 82,2.º Cc. En cuanto a la tutela ordinaria, también nos hallaríamos ante un supuesto de falta de asistencia moral del tutor si éste no proporciona educación y formación integral al tutelado (art. 269,2 Cc.), o descuidara su deber de «promover la adquisición o recuperación de la capacidad y su mejor reinserción en la sociedad» (art. 269,3.º Cc.).

2.º El término «material» podría corresponder a la falta de alimentos (art. 154,1; 142,1; 269,1 y 854,2.º Cc.).

2) El desamparo que da lugar a la constitución de la tutela automática se produce de hecho, por faltar a los hijos la necesaria asistencia material o moral, siempre que se derive de un incumplimiento, inadecuado o imposible ejercicio de la patria potestad o de la tutela ordinaria; no es necesario que los padres queden privados de la titularidad de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a esta función, ya sea dictada en causa criminal o matrimonial (arts. 170,1; 82,2 Cc.) o de la tutela ordinaria. El resultado tiene que ser el incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad (art. 154,1 Cc.),

---

(11) Para SANCHO REBULLIDA «no está claro (dice el autor) si la privación de la necesaria asistencia moral o material es un requisito acumulado al incumplimiento de aquellos deberes o alternativo al mismo. Es decir, si, para que exista desamparo en sentido legal, ha de haber incumplimiento productor de inasistencia o basta que haya incumplimiento (aunque se preste una asistencia subsidiaria), o que haya desasistencia (pese al cumplimiento de los deberes)». *El nuevo régimen...*, cit. p. 35.

(12) Para EGEA FERNÁNDEZ, Joan, es un elemento complicado ya que pueden comportar consideraciones de tipo religioso y dependerá incluir en esta expresión la concepción personal, en materia religiosa o moral en sentido estricto, de aquel que tenga que apreciar el «desamparo». Por ello, el autor, se inclina a objetivar este concepto al máximo. *La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció. (Propostes de nove regulació)*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Barcelona 1989 p. 28.

La STS 7 de julio de 1975, dice que «cuando la conducta de los padres ponga o puedan poner en peligro la formación o educación moral del hijo cabe privar o suspender a aquéllos del ejercicio de la patria potestad». (Aranzadi n.º 2945).

o inadecuado ejercicio; o bien el incumplimiento o inadecuado ejercicio (13) de las funciones de tutela (art. 269 Cc). También serían causas que dan lugar a la constitución de la tutela automática el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de representación y administración de los bienes de los hijos (art. 154,2), porque colocan al menor en una situación de desamparo.

Nos queda por concretar que se entiende por «imposible» ejercicio de las funciones de protección que den lugar a la falta de asistencia moral o material. Estaríamos ante supuestos que producen de hecho el desamparo, aunque podrían calificarse de inimputables al sujeto que se encuentra imposibilitado de ejercer la función tuitiva. Podríamos incluir en estos supuestos los de ausencia en sentido vulgar o incapacidad (arts. 156,4; 1694 y 1176,2 Cc); o bien los del 251,1 y 2 Cc, que imposibilitarían el ejercicio de sus funciones, aunque no pudiera imputarse directamente al sujeto, como en el caso del incumplimiento o el inadecuado ejercicio. Por tanto del estudio de los términos incumplimiento, inadecuado o imposible cumplimiento de los deberes propios de las instituciones tuitivas (14) que den lugar a la falta de asistencia material o moral podemos deducir que, por una parte, existirán unas actuaciones que son imputables al sujeto activo, es decir a los padres o a los tutores, incluso al guardador de hecho (art. 303 Cc), y éstas podrían ser el incumplimiento, e incluso el inadecuado cumplimiento; en tanto que otras serán inimputables al sujeto activo, y nos hallaríamos ante el término imposible cumplimiento.

Todos estos supuestos en que se produzca «desamparo» se procede a la constitución automática de la tutela o por ministerio de ley. Y en todos los supuestos de tutela automática se origina, como institución complementaria, que es su contenido: la constitución de la guarda, que se ejerce ya sea mediante el acogimiento familiar, ya sea por el internamiento del menor «desamparado».

#### 1.3.1.1.2. Aproximación a la naturaleza jurídica de la tutela automática, que incluye la guarda

¿Estamos ante una nueva institución, o se trata de una tutela ordinaria, aunque sea automática, por ministerio de ley? Debemos cuestionarnos el término «tutela» y ver si estamos ante la creación de una

---

(13) EGEA FERNÁNDEZ, Joan, entiende que la expresión «inadecuado cumplimiento» podría quedar incluida en el «incumplimiento» ya que cumplir inadecuadamente es incumplir. *La protecció de menors...*, cit., p. 34.

(14) RUIZ RICO entiende que no cabe el incumplimiento, el inadecuado o imposible cumplimiento por parte del ente público, cuando el menor está bajo tutela automática. *La tutela «ex lege» la guarda y el acogimiento de menores*. Actualidad civil, n.º 2 enero 1988, p. 62.

nueva institución, o bien se trata de la tutela ordinaria, regulada en los arts. 215 y ss., si bien constituida automáticamente (15), sin su procedimiento propio. De la reforma que ha hecho esta ley, en sede de tutela, y más concretamente de los arts. 222,4.º y 239.1, nos hace inclinarse a entender que se trata de la misma institución, aunque colocada en distinta sede, bajo el epígrafe *De la guarda y acogimiento de menores*. Sin embargo el modo de constitución no es el mismo, sino que se efectúa automáticamente, por ministerio de ley, sin intervención judicial (239,1 Cc), ni le son aplicables las normas de nombramiento de tutor, sino que esta función la asume, automáticamente, *ope legis*, la Entidad pública correspondiente. Sin embargo el párrafo 2 del art. 239 Cc determina que se procederá al nombramiento de tutor según las reglas ordinarias si concurren unas determinadas circunstancias, esto nos lleva a concluir que se trata, aunque sea sólo en este supuesto, de un tutor provisional (16).

Es posible afirmar que, seguramente, no nos hallamos ante una nueva institución, pero sí ante un nuevo tipo de tutela. Si añadimos, además, que coexisten patria potestad o tutela ordinaria, junto a la automática, nos llevará, todo ello, a distinguir entre tutela ordinaria y tutela automática *ope legis* (17). Antes de calificar la naturaleza jurídica de esta tutela debemos pasar al estudio de la siguiente cuestión.

#### 1.3.1.1.2.1. Coexistencia de la tutela automática con otra institución tuitiva

Lo que debemos cuestionarnos, porque incide en el anterior punto expuesto, es la coexistencia de dos instituciones tuitivas, cuando se procede a constituir la tutela automática. El n.º 1.º del art. 222 Cc, preceptúa que estarán sujetos a tutela «los menores emancipados que no estén bajo patria potestad». De la lectura de este precepto se deduce la incompatibilidad de la patria potestad y de la tutela; las dos instituciones protectoras no actúan conjuntamente, sino ante la inexistencia de una entra la otra. La STS de 12 de julio de 1985 (18), en su consideración

---

(15) Para RODRÍGUEZ JORDA, Pilar, se trata de «una nueva modalidad de tutela que se separa bastante en algunos aspectos de la Tutela ordinaria». *Las entidades competentes públicas y privadas. Alcance de sus competencias. La tutela automática, en El régimen jurídico de la adopción*, Colección Aragón de bienestar social, Zaragoza 1989, p. 15.

(16) FELIU REY, Manuel-Ignacio, entiende que se trata de una tutela de carácter diverso a la regulada en la Ley de 1983, al no reunir las notas de estabilidad ni habitualidad, sino que sus características son la provisionalidad. *Comentarios a la Ley ...*, cit., p. 37.

(17) PILLADO MONTERO ha calificado este tipo de tutela como tutela «eminente» que, según el autor «se hará efectiva y directa cuando alguien, no se sabe quien, considere que uno de ellos (se refiere a los menores) está desamparado. *Notas sobre el Proyecto de Ley de reforma ...*, cit., p. 447.

(18) Aranzadi n.º 4006.

do séptimo dice: «si la tutela es un organismo supletorio de la patria potestad cuyo nacimiento se opera por la inexistencia de ésta, es evidente que probando que la misma existe y radica exclusivamente en la actora-recurrida, el instituto tutelar carece de razón de ser».

El reformado art. 222 Cc ha añadido el n.º 4.º que sujeta a tutela a «los menores que se hallen en situación de desamparo». La situación de desamparo es un hecho, como hemos visto anteriormente, que no requiere decisión judicial; la tutela automática entra, por ministerio de ley, siempre que se de tal hecho, aunque esté, el menor, bajo patria potestad o tutela ordinaria. El art. 172 Cc no prevé la privación de la patria potestad, sino que sólo otorga a la Entidad pública la tutela del menor desamparado. Si acudimos a los artículos de patria potestad y de tutela ordinaria, vemos que no existe privación (art. 170 Cc) de la patria potestad, ni remoción (art. 248 Cc) de la tutela sin declaración judicial, por tanto administrativamente no se puede privar ni remover, en su titularidad, ni a los padres ni al tutor. En cambio, existiendo una situación de desamparo, la ley otorga la tutela, automáticamente, esto es, desde el primer momento de la existencia de la situación de desamparo, coexistiendo las dos instituciones tutelares. Incluso se podría hablar de tutela automática retroactiva, ya que existe desde el momento en que existe desamparo y no desde la constitución (19).

En el Decreto de 11 de junio de 1948 de Tribunales Tutelares de Menores, en su art.17, B y en su art. 18,2 se preveía la facultad, de suspender a los padres del ejercicio de guarda y educación de sus hijos, y más concretamente el art. 13 del Decreto de 1948 atribuía tal facultad de suspensión a la competencia de los Tribunales Tutelares de Menores; estos artículos tenían su correspondencia en el original art. 171 Cc que determinaba que los Tribunales podían privar de la patria potestad o suspender del ejercicio de ésta a los padres, si concurrían unas determinadas circunstancias, equivalentes a las determinadas en el art. 9,2 A del Decreto de 1948. Se adoptaba, por tanto, la suspensión del ejercicio de la patria potestad, ejercicio que se atribuía a la Entidad pública. Incluso el art.13,3 del Decreto decía: «si se decretara por la jurisdicción ordinaria la privación de potestad sobre un menor que estuviere ya sometido a la acción protectora permanente del Tribunal Tutelar con suspensión del ejercicio del derecho de guarda y educación, este Tribunal podrá continuar ejerciendo sobre la persona del mismo la facultad tuitiva que le reconoce la presente ley». Se separaba, por tanto, la titularidad de la patria potestad y su ejercicio, y era éste, el que estaba atribuido a los Tribunales Tutelares de Menores.

---

(19) Para RUIZ-RICO RUIZ, J. M., la situación de «desamparo» tiene «un ámbito de actuación mucho más extenso, al ser, por vía indirecta, un mecanismo de privación de la patria potestad, además de la constitución de una concreta tutela». *Acogimiento y delegación ...*, cit. p. 147.

La Ley de 1987 no prevé ni la previa privación de la patria potestad ni la suspensión de su ejercicio (20), y no habiéndose modificado los arts. 170 y 248 Cc, no queda más solución que, en principio, concluir que coexisten ambas instituciones tuitivas, salvo que procedamos a la interpretación del art. 158,2.º Cc que dice que el Juez puede dictar «las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda». Este artículo prevé la existencia de un cambio de titular de guarda, si bien se refiere a los supuestos del art. 156,4 y 5 Cc, se podría ampliar a los supuestos del art. 172 Cc. Se permite que se cambie del ejercicio conjunto de guarda a ejercicio exclusivo, sin disposición judicial, pero lo que no se puede deducir es la extinción de la titularidad de la patria potestad o de la tutela sin declaración judicial (ex arts. 170 y 248 Cc.). Es decir, se puede perder el ejercicio, sin declaración judicial, pero no se puede privar de la titularidad de las instituciones protectoras, ya sea tutela ordinaria ya patria potestad, sin declaración judicial (21).

Esto nos lleva a la coexistencia de dos instituciones tuitivas: tutela automática y titularidad, ya sea de patria potestad o de tutela ordinaria. Y también nos lleva a revisar, nuevamente, el concepto de tutela, que antes hemos apuntado.

### 1.3.1.1.2.2. La naturaleza jurídica de la tutela automática

Del art. 215 Cc. podemos extraer la división de tutor de bienes, tutor de persona. Al tutor de persona corresponderán las funciones del art. 269, que son las propias del contenido personal y no patrimonial, y las del art. 154,1.º Cc, en cuanto a la patria potestad, que también son funciones propias del contenido personal. Sólo nos queda por determi-

---

(20) EGEA FERNÁNDEZ, Joan entiende que cuando se constituye la tutela *ope legis* y hasta que el Juez decreta la privación de la patria potestad se entiende que la patria potestad está suspendida. *La protecció de Menors...*, cit., p. 30. El mismo autor, en otra obra en la que analizaba la Ley catalana 11/ 1985, de 11 de Juny, decía que la tutela prevista en la ley catalana no correspondía al régimen descrito en los arts. 222 ss. del Cc., sino que se trataba de una medida protectora compatible con la subsistencia de otras potestades, por ejemplo, la patria potestad.

Para BOUZA VIDAL, Nuria, se trata de una auténtica tutela y que es incompatible con la subsistencia de la patria potestad. *La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre sobre la adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado*. RGLJ 1987, n.º 6, p. 898.

(21) ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, dice: que así como la Entidad pública tiene competencia para constituirse automáticamente en tutora, «Y, de modo implícito, una competencia (asimismo administrativa) para enervar la posible relación de patria potestad preexistente» por ello argumenta, el autor, que la delación legal de la tutela, presupone «la inexistencia de relación de patria potestad o bien de existir ésta, su enervación siempre judicial» *El acogimiento familiar y la adopción en la Ley de 11 de noviembre de 1987*, RGLJ 1987, n.º 5, pp. 756 y 757.

nar cuales son las funciones propias de la tutela automática, para ver si abarca sólo el ámbito personal, y nos hallaríamos ante la división de tutor de bienes, tutor de persona, propio de la tutela ordinaria, para concluir que la tutela automática sólo afecta al contenido personal (22), o por el contrario, también afectaría al ámbito patrimonial del menor.

En la nueva redacción de la ley de 1987, no se determina cual es el contenido de la tutela automática, tan sólo del acogimiento familiar (art. 173,1 Cc). Sin embargo, del art. 172,2 y 3 Cc, puede inferirse que la Entidad pública, lo que asume es la guarda, correspondiéndole la vigilancia de la misma (ex art. 172,3 Cc), que puede ser ejercida mediante dos modalidades: internamiento del menor o acogimiento familiar (art. 172,3 Cc).

Si mantenemos que se trata de una tutela que sólo abarca el ámbito personal (ex art. 215 Cc), el menor desamparado podría quedar desprotegido (23). El art. 215 Cc tenemos que ponerlo en relación con el art. 236, 1.º Cc, y la consecuencia es que la existencia de un tutor de persona es una excepción, ya que la tutela se ejercerá normalmente por un sólo tutor, que abarca persona y bienes. Y no sólo es una excepción sino que, además, va unido a la existencia de un tutor de bienes, es decir, siempre que exista un tutor de persona, existirá, a su vez, un tutor de bienes (confr. art. 236,1.º Cc). Si esto es así, no podríamos seguir en la línea de entender que la tutela automática, que no deja de ser tutela (art. 222,4 Cc), sólo abarca el ámbito personal.

Sin embargo hay que insistir que no se trata de una tutela ordinaria, por cuanto puede coexistir con la patria potestad e incluso con la tutela ordinaria. La forma de constitución es, también, distinta, ya que no interviene el Juez (24), sino que su constitución es administrativa (25); como es distinto el nombramiento de tutor (art. 239,1 Cc) y su obligación de prestar fianza (art. 260 Cc). Parece, sin embargo, aplicable el art. 262 Cc.

En último extremo (y esto nos marcaría el criterio para poder seguir manteniendo que la tutela automática sólo alcanza al ámbito personal, junto al contenido que nos proporciona la Ley 21/1987), el tutor

(22) RODRÍGUEZ JORDA, Pilar, entiende que la tutela se ejerce, exclusivamente, sobre la persona del menor y no sobre sus bienes, de ahí que no exista la obligación de prestar fianza y de hacer inventario. *Las entidades competentes...*, cit, p. 16.

(23) Aunque tratándose de menores desamparados, normalmente serán familias marginadas con pocos recursos económicos; no por ello nos podemos hallar ante una situación de tener que aceptar una herencia, para lo cual se requerirá un representante en el ámbito patrimonial, es decir, un tutor de bienes.

(24) LORCA MARTÍNEZ, José, se cuestiona porque no hay control judicial sobre «las tutelas ex lege», habiéndolo en los supuestos de internamientos urgentes del menor o incapaz (art. 211 Cc). *La tutela «ex lege» o tutela de los menores en situación de desamparo*. Actualidad Civil 1989, n.º 24, p. 1820.

(25) SANCHO REBULLIDA la ha calificado de «administrativa». *El nuevo régimen...*, cit., p. 52.

es provisional, como se desprende del párrafo 2 del artículo 239 Cc, preceptuando que si se dan «ciertas circunstancias» se tendrá que proceder al nombramiento de tutor por las reglas ordinarias y ello arrastra, ciertamente, el cambio de tutela, ya que sólo la Entidad pública está contemplada en el art. 172,1 Cc; y bien es cierto que estas circunstancias no pueden ser otras que se derive la obligación de tener que intervenir en el ámbito patrimonial. Si ello es así y teniendo en cuenta que el contenido de la tutela automática, según la Ley 11/1988, es la guarda, que comprende sólo el ámbito personal, como hemos visto, no nos queda más que concluir que la tutela automática, aunque potestad cuyo contenido es la guarda, sólo alcanza, porque otra cosa no se desprende de la ley, al ámbito personal de protección propio de la tutela ordinaria para el supuesto del tutor de persona. De todo lo expuesto parece que puede concluirse que no se trata de una nueva institución, pero sí de un nuevo tipo de tutela.

### 1.3.1.2. La entidad pública. Sujeto titular de la tutela automática y de la guarda

La entidad pública es el sujeto titular de la tutela automática, para los casos que exista «desamparo» y el sujeto titular de la guarda, exista o no «desamparo».

En la Ley 21/1987 de 11 de noviembre se hace referencia, insistentemente, a la entidad pública correspondiente; la Entidad pública tiene la tutela por ministerio de ley (art. 172,1 Cc); la tutela de los menores desamparados corresponde a la Entidad pública (art. 239 Cc); la Entidad pública asume la guarda (art. 172,2 Cc); además de todas las funciones de mediación y vigilancia que se le atribuyen (arts. 172,3; 173,2; 173,3,2.º; 174,2; 174,3 Cc).

¿Quién es la entidad pública? Según la disp. ad. primera las entidades públicas son «los organismos del Estado, de las Comunidades autónomas o de las Entidades locales a las que, con arreglo a las leyes corresponda la protección de menores», y esto vendrá determinado por los respectivos Estatutos de Autonomía, ya que las Comunidades Autónomas pueden asumir la competencia en esta materia (art. 148,20 CE), al no ser materia reservada al Estado (art.149 CE).

A la entidad pública la Ley 21/1987 le atribuye numerosas funciones y es la única que tiene por ministerio de ley la tutela de los menores desamparados; es titular de la potestad de guarda (art. 172,2 Cc); como es la única legitimada para constituir el acogimiento familiar (salvo los supuestos que deba formalizarse judicialmente, confr. art. 173,2 *in fine* Cc); así como la única para intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares y adopciones, se trata, esencialmente, en este punto, de terminar con lo que se viene denominando «tráfico de niños».



Debemos distinguir, no obstante, los organismos de las entidades colaboradoras. Los organismos de las Comunidades Autónomas (disp. ad. primera, proposición primera) pueden habilitar a instituciones colaboradoras (disp. ad. primera, prop. segunda). Estas instituciones colaboradoras (arts. 103,1.<sup>o</sup>,2 y 242 Cc) tienen que ser habilitadas por dichos organismos. ¿Quiénes pueden ser instituciones colaboradoras?; según la proposición segunda de la disp. ad. primera se pueden habilitar como instituciones colaboradoras de integración familiar a Asociaciones o Fundaciones (26), no lucrativas, que tienen que reunir unos determinados requisitos: 1) que estén constituidas válidamente, 2) que su finalidad sea la protección de menores (27) y 3) que «dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinarios necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas» (28). Esta habilitación otorgada por los organismos de la Comunidad Autónoma debe realizarse previo expediente; esta habilitación puede ser retirada si estas instituciones colaboradoras dejan de reunir los requisitos exigidos o bien infringen las normas legales en sus actuaciones (proposición quinta de la disp. ad. primera).

El campo de intervención de las instituciones colaboradoras se reducen a intervenir en funciones de guarda y mediación (29) dentro de los límites que la Comunidad Autónoma les señale, en este sentido están sometidas a las directrices y control de quien les ha habilitado (confr. disp. ad. primera, proposición tercera).

### 1.3.2. *Los supuestos de mera guarda del art. 172,2 Cc: la solicitud de los padres; la declaración judicial*

Tenemos otro bloque de supuestos o causas que dan lugar a la guarda y son las que se contienen en el n.º 2 del art. 172 Cc. Estas causas no llevan aparejada la privación de la patria potestad, ni la remoción de la tutela ordinaria, porque nos hallamos en una situación diferente al «desamparo». Tales causas se dividen en dos bloques: 1) Cuando

---

(26) Vid. RICO-RUIZ, Francisco, *La función tutelar de las Fundaciones*, RGLJ 1988, n.º 3, pp. 371-386.

(27) Requisitos semejantes a los exigidos en el art. 242 Cc.

(28) ARCE Y FLOREZ-VALDÉS al reflexionar sobre los requisitos que exige la ley para ser instituciones colaboradoras dice: «¡ Casi nada! En la previsión legal se cierra los ojos a la realidad, ignorando que estas instituciones habitualmente no tienen los medios necesarios por sí mismos, sino que precisamente por la destacada función social que cumplen han de ser ayudadas por la Administración». *El acogimiento familiar y la adopción ...*, cit., p. 755.

(29) El interés del menor se ve reflejado en impedir funciones de medicación de acogimientos a personas o entidades que no sean calificadas como tales (disp. ad. primera, prop. cuarta).

quienes ostenten la patria potestad o la tutela soliciten el acogimiento por circunstancias inimputables que darían como resultado no poder atender al menor. 2) Cuando lo acuerde el juez en los casos que proceda legalmente.

Veamos ambos supuestos:

1) la solicitud de los padres. Entrará como causa de asunción de guarda por parte de la Entidad pública cuando se produzca la solicitud, por parte de los padres, de modificación del ejercicio de la patria potestad o bien cuando el tutor así lo solicite.

Las modificaciones del ejercicio de la patria potestad no conllevan necesariamente la privación de la titularidad; ambos padres continúan siendo titulares de la patria potestad, pero del ejercicio se desgajan las funciones propias de la guarda, que son las propias del ámbito personal (art. 154,1 Cc), que se entienden suspendidas en tanto la titularidad de la guarda pasa a la entidad pública. Esta modificación se produce por la existencia de ciertas causas que dificultan o imposibilitan el ejercicio de los deberes propios de la patria potestad. Si esta causa concurre en uno de los cónyuges no se presenta ningún problema, ya que el otro cónyuge será quien tendrá encomendado este ejercicio, que dejará de ser conjunto. El problema se plantea, y es cuando ha lugar la asunción de la guarda, cuando ninguno de los padres puede ejercitar estos deberes. Todos estos supuestos tienen que partir a instancia de parte, ya que el n.º 2 del art. 172 Cc dice, expresamente, cuando lo soliciten.

El art. 172,2 Cc, nos dice que puede solicitarse por los padres a la Entidad pública, para que ésta asuma la guarda, cuando éstos justifiquen no poder atender al menor si concurren unos ciertos presupuestos, y éstos son: en caso de enfermedad o bien por otras circunstancias graves. Parece que el caso de enfermedad está indicado a modo de ejemplo y que las circunstancias graves deben referirse a supuestos análogos a la enfermedad. Sin embargo parece correcto entender que estos supuestos en que se den circunstancias graves deben ir referidas a las que el Código civil nos proporciona, para la patria potestad o para la tutela ordinaria, y en ningún caso puede tratarse, simplemente, de cesión de hijos o pupilos a la Entidad pública, sin que concurren causas que lo justifiquen.

De los arts.156,4 y 251 Cc podemos obtener respuesta a lo que debe entenderse por circunstancias graves, que no sean enfermedad. Y estas circunstancias no deben comportar *a priori* «desamparo», porque nos hallaríamos ante un supuesto de tutela automática, sino que del hecho de no asumirse la guarda, por la Entidad pública, podría desembocar en una situación de «desamparo». Por tanto, todos estos supuestos deben partir a instancia de parte y deben tratarse de situaciones que, previsiblemente, si no se tomara la iniciativa de solicitar a la entidad pública que asuma la guarda, desembocarían en una situación de desamparo.

Estos casos pueden ser la ausencia o la incapacidad (art. 156,4 Cc), siempre que estas causas sean previsibles (no consumadas porque estaríamos ante supuestos de desamparo) y que puedan desembocar en un desamparo si no se solicita a la entidad pública la asunción de la guarda.

En estos casos la titularidad de la potestad, ya sea patria, ya sea tutela, continuará en manos de los padres o del tutor, sólo se desgajará la potestad de guarda que asumirá la Entidad pública, y quedará en suspenso para los padres o el tutor.

2) La declaración judicial. En este supuesto nos hallamos ante los casos que, cuando lo acuerde el Juez, se constituye la guarda de la Entidad pública, pero se mantiene la titularidad de la patria potestad y de la tutela ordinaria.

Los supuestos de tutela ordinaria pueden hallarse en el supuesto de nombrar el juez un tutor de bienes (art. 215 Cc), y confiar la guarda a un tercero, en régimen de acogimiento. Como también, en los supuestos de remoción de tutor (art. 247 Cc), el juez decida sólo la remoción en el ámbito personal, pero no en el patrimonial, con lo cual el menor continuará bajo tutela ordinaria, pero la guarda estará confiada a una tercera persona.

En los supuestos de patria potestad podrán quedar los hijos bajo guarda de un tercero, en los casos de separación, nulidad o divorcio, art. 92,2 Cc, en que los padres no pierden la titularidad de la patria potestad, sino sólo parte del contenido del ejercicio. Y en los supuestos del art. 170 Cc, para los casos de privación parcial de patria potestad, podría entenderse que el juez determine que queden en régimen de guarda, manteniéndoles en la titularidad de la patria potestad. También puede constituirse la guarda como resultado de los reiterados desacuerdos entre los padres (art. 156,2 Cc.), por un plazo máximo de dos años (confr. art. 156,2 Cc), si el juez lo considera conveniente, cuando entienda, en interés del menor, más conveniente esta medida que la de distribuir entre los padres las funciones de la patria potestad. Y en los casos del art. 103,1.º,2 Cc también se prevé que «los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea...».

## 2. LOS MODOS DE EJERCICIO DE LA GUARDA: EL INTERNAMIENTO Y EL ACOGIMIENTO FAMILIAR

Pasemos a estudiar el segundo punto, antes enunciado: formas en que puede ejercerse la guarda, cuyo titular es la Entidad pública.

La guarda del menor tiene dos modalidades de ejercicio (ex art. 172,3 Cc), el internamiento en un centro de la Entidad pública o colaboradoras (ex disposición adicional Primera), o el acogimiento fa-

miliar (30). La ley de 1987 parece que denomina «guarda» que es el término genérico, a la que se realiza mediante internamiento del menor. El art.172,4 Cc dice «...que la guarda o acogimiento de los hermanos se confíe a una misma institución o persona...». El término «guarda» se aplica al caso en que el menor es confiado a un establecimiento, y cuya guarda se puede ejercer por el director del establecimiento o casa (art. 172,3 Cc.) (31); en tanto que el acogimiento familiar es cuando se confía, al menor, a una persona o personas que lo reciben (32). Podríamos hablar, también, de «acogimiento familiar» (ex disp. adicional primera, prop. cuarta) y «acogimiento por establecimientos o centros tutelares», que equivale a internamiento.

En el derecho italiano se distingue entre *affidamento-ricovero* y *affidamento*; el primero se trataría de la guarda en establecimiento público, en tanto que el segundo se corresponde al acogimiento familiar. Lo que parece en nuestro derecho es que el primero da paso al segundo, la

---

(30) De la Exposición de Motivos de la Ley de 1987, el acogimiento familiar podría tener dos formas: el acogimiento familiar stricto sensu y el acogimiento previo a la adopción. En este sentido la E de M dice que la figura tiene sustantividad propia, aunque «se espera» que se utilice como figura previa a la adopción, si bien para precisarlo sólo se tendrá constancia *a posteriori*, cuando el acogimiento se sustituya por la adopción. En el Código civil italiano se determinan las dos modalidades de *affidamento*. La cuestión se centrará en determinar cuando se trata de un *affidamento* temporal o con vistas a la adopción. PERLINGIERI, para distinguirlo dice que debe diferenciarse la situación de dificultad temporal de la familia de origen, de la situación de abandono y de la privación de asistencia material y moral debida a causa de fuerza mayor de carácter no transitorio. La no temporalidad de la situación de abandono es presupuesto necesario y suficiente para la declaración del estado de adoptabilidad. *Legge 4 Maggio 1983, n.º 184. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*. Le Nuove Legge civili commentate n.º 1-2. Padova 1984, p. 17. Por tanto en la legislación italiana, se recogen ambas figuras: 1) *l'affidamento*, cuando el menor es colocado en acogimiento por faltarle el medio idóneo, pero con ámbito temporal y 2) *l'affidamento preadottivo*, que coloca al menor en acogimiento, intentando tutelar situaciones de abandono. Se trataría, por tanto, de los supuestos en que existiendo situaciones de desamparo se constituye la tutela automática, en tanto no se procede a la adopción; atendiendo a la situación de provisionalidad. Si se trata de un «desamparo» provisional o de un «desamparo» definitivo, podría procederse a la constitución de la adopción.

(31) En este sentido lo entiende RUIZ-RICO RUIZ: «guarda que, a pesar de ser en la ley un término amplio, susceptible de abarcar unitariamente a las dos figuras, hace más bien alusión a los casos en que es la propia entidad pública asistencial con competencias en cada territorio la que acoge al menor (por imposibilidad paterna o por decisión judicial), con ejercicio —no— de las funciones por el director de la casa o establecimiento», en *Acogimiento y delegación de la Patria Potestad*, cit., p. 135.

(32) PINTO RUIZ, describió el acogimiento de la legislación administrativa (Orden de 1 de abril de 1937) diciendo: «Así como la adopción se acerca a la filiación ... el acogimiento se asemeja a la tutela pues, como ella, significa también una función al menos cuasi pública ..., no tiene, como la adopción, la misión de colocar a una persona en el lugar del hijo, sino cuidar, acoger, asistir a un menor, sin producir transmutación alguna en su estado familiar, sin constituir, modificar o extinguir parentesco alguno»; en *Acogimiento familiar*, Nueva Enciclopedia jurídica SEIX, tomo 11, Barcelona 1975, p. 268.

guarda-internamiento es el primer estadio que puede dar lugar al acogimiento familiar o no. Aún existiendo la distinción entre acogimiento familiar y guarda-internamiento lo cierto es que todo acogimiento familiar debe ir canalizado por mediación de la Entidad pública (disp. adicional primera, prop. cuarta); los padres (o el tutor) no pueden por sí dar en acogimiento a su hijo a quien les parezca idóneo (art. 172,2 y 3 Cc). Es discrecional de la Entidad pública que en las situaciones de guarda se proceda al acogimiento familiar o al internamiento del menor. Esta discrecionalidad está matizada respecto del acogimiento judicial, que requerirá unos determinados consentimientos para formalizarse (art. 173,2 Cc).

El concepto de «acogimiento familiar» no lo proporciona la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, como tampoco proporciona el de guarda. Acogimiento familiar no es otra cosa que ejercicio de la guarda y ya hemos estudiado lo que se entiende por guarda. La Llei 11/1985 de 11 de Juny de Protecció de Menors de la Generalitat de Catalunya fija la noción de acogimiento familiar desde dos puntos de vista; uno desde la perspectiva de la delincuencia infantil y juvenil y dice que «consistirá a confiar el menor a una persona o familia pel temps que l'autoritat judicial determini, a fi de procurar tornar-lo a la família d'origen o reinserir-lo en el medi social si el citat entorn familiar pogués resultar-li perjudicial»; y otro concepto lo proporciona al referirse a la forma de atención del menor por falta o inadecuado ejercicio de la patria potestad y dice: «l'execució de l'acollida familiar consistira a confiar el menor a una persona o família per un temps indeterminat fins a retornar-lo a la família d'origen o fins que sigui adoptat» (33).

Se trata de analizar, para saber que se entiende por acogimiento familiar, que se entiende por «confiar» al menor a otra persona; y este concepto nos lleva, como hemos visto, a la «guarda». El acogimiento familiar no es otra cosa que el ejercicio de la potestad de guarda.

Siempre se asume, en primer lugar, la guarda por medio de la Entidad pública; tanto si nos hallamos en una situación de desamparo, con constitución automática de la tutela, como si nos hallamos en el caso de solicitud por parte de los padres, por no poder atender a su hijo menor, entrará en funcionamiento la guarda-internamiento por parte de la Entidad pública, que podrá desembocar en un posterior acogimiento familiar o no. La única solución o inmisión en este acogimiento que les queda a los padres o al tutor es negar su consentimiento (ex art. 173,2

---

(33) Algún autor ha intentado un concepto de acogimiento familiar, así MERIN I CAÑADA, Tomás, dice que es «la mesura de protecció de menors, administrativa o judicial, que otorga la guarda d'un menor a una o diverses persones que no son els seus pares perquè hi visquin, en tinguin cura, l'eduquin i l'alimentin, per un temps determinat o no, i amb el fi d'integrarlo en una vida de família que substituïxi le que els seus pares no li poden donar». *El Projecte de modificació del Codi Civil en matèria d'adopció*. Cuaderns de Serveis Socials, n.º 1, octubre 1986, p. 25.

Cc) y en tal caso el acogimiento tendrá que ser constituido judicialmente, quedándoles a los padres el derecho a ser oídos por el Juez (ex art. 1828,2 LEC).

Aunque distingamos «internamiento» de «acogimiento», lo cierto es que su contenido debe ser el mismo, la sola diferencia está en que una se ejerce por el director del establecimiento, en tanto que la otra se confía a persona o personas que acogen al menor; no hay razón para estudiar por separado ambas figuras, podría englobarse dentro de la figura del acogimiento. Aunque el contenido de la guarda sólo la proporciona el art. 173,1 Cc para el acogimiento familiar.

Aquí sólo se estudiará el «acogimiento familiar».

## 2.1. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR. SUS PRECEDENTES

La ley 21/1987 de 11 de noviembre prevé la figura del acogimiento en los arts.172 y ss, figura hasta ahora regulada, como dice la E. de M. en su párrafo quinto por «dispersas normas administrativas». Esta figura, que hasta ahora no había sido regulada en el ámbito civil tiene, sin embargo, similitudes en otras figuras que recoge nuestro Código. Procedamos al análisis de ambas normativas.

### 2.1.1. *Precedentes en normas administrativas:*

En efecto, se habla de acogimiento en la Orden de 30 de diciembre de 1936 de atención a los niños huérfanos y abandonados; en la Orden de 1 de abril de 1937 de Colocación familiar de niños. En el Decreto de 11 de junio de 1948 de Tribunales Tutelares de Menores; y en el Decreto de 2 de julio de 1948 de Protección de Menores. Veamos como se configura, el acogimiento familiar, en estas distintas normativas:

1) La Orden de 30 de diciembre de 1936 de atención a los niños huérfanos y abandonados se dictó para proteger y paliar los problemas a estos menores durante la Guerra civil española. En la E. de M. de dicha Orden se decía: «la primera medida adoptada por el Gobierno del Estado, ha sido la designación de personas que con la debida preparación y los elementos indispensables, tienen por principal misión la recogida de niños desvalidos a la entrada en Madrid, atendiendo en los primeros momentos a su alimentación, cuidados sanitarios y alojamiento».

Esta Orden contiene, específicamente, el término «acogidos». Se establecen medidas de urgencia sobre la asistencia que debe prestarse a estos niños, a los que se pretende colocar en acogimiento familiar y proceder, luego, si es posible a la adopción. La primera medida que adopta el Gobierno es la designación de personas que pueden acoger a estos niños; para ello se crean en cada localidad unas Juntas presididas

por el Alcalde de ésta, e integrada por los párrocos más antiguos, un Inspector municipal de Sanidad y un Maestro de superior categoría (art.1). Estas Juntas tienen por misión hacer una relación de las familias que pueden dar albergue a uno o dos niños «acogidos así en el santo calor de la familia» (art.1). Para ello las Juntas deberán tener en cuenta, respecto a las familias que se ofrezcan, la moralidad y la religión de las mismas, porque se pretende «que a los acogidos se les albergue en familias que por sus costumbres, por su religión y moralidad puedan ser para los niños escuela y asilo ejemplar, al mismo tiempo que satisfacción de su necesidad material y cuidado de educación cristiana y Santo amor a la Patria» (art.2).

Estas Juntas, una vez hecha la relación de las familias, se remitirá por el Alcalde a los Gobernadores civiles de su provincia, los cuales deberán enviar al Gobierno General el número de posibles «adoptados» después de cubrir las necesidades de su provincia, para dictar instrucciones para la implantación del servicio de «colocación familiar» (art.3).

Estas instrucciones sobre «colocación familiar» se plasman en la Orden de 1 de abril de 1937.

2) La Orden de 1 de abril de 1937, de Colocación familiar, se dicta para desarrollar la Orden de 30 de diciembre de 1936. Como se dice en la E.de M. «se hace preciso, de acuerdo con lo dispuesto en el art.3.º de la referida disposición, dictar las instrucciones ampliatorias conducentes a la completa implantación de este importantísimo servicio de colocación familiar».

En esta Orden se determina expresamente la palabra «acogimiento» y éste puede realizarse de dos formas, ya sea de carácter permanente, ya sea con carácter temporal (ex. art.1). Incluso se determina que pueda existir acogimiento de hecho, es decir aquél por el cual «una persona que...venga atendiendo voluntariamente a alguno de los niños comprendidos en esta disposición...» y posibilita que se transforme en acogimiento permanente o temporal, recayendo la preferencia de este acogimiento en aquélla persona (ex art.4). Cabe, por tanto, según esta Orden, el acogimiento familiar con carácter permanente (art.1.A) y con carácter temporal (art.1.B), sin perjuicio de la adopción según la regulación del Código civil. En este sentido se da preferencia a los solicitantes que acojan al menor con carácter permanente (art.2), y se permite elegir de entre la relación de los posibles adoptandos (que según el art.3 de la Orden de 30 de Diciembre de 1936 tenía de confeccionarse en cada provincia y según la relación que deberán formar a este efecto las Juntas Locales de Colocación familiar (34)) (art.6), con

---

(34) Estas Juntas deberán formar en el mes de enero de cada año una relación de niños que puedan ser objeto de colocación familiar, que estén abandonados dentro del territorio de su jurisdicción, remitiendo un ejemplar a la Junta Provincial de Beneficencia. Estas, en el mes de febrero remitirán la relación al Gobierno General (art.5).

arreglo a las características de sexo y edad (art.2). Para ello, en la relación para poder acogerse con carácter permanente se destinarán los niños que sean huérfanos de padre y madre que estén abandonados, o aquellos niños abandonados que se desconozca «la existencia de sus familiares obligados por Ley a su sostenimiento» (art. 3). Se permite, también, acoger con carácter permanente a instancia del solicitante, los que no se encuentren en la situación antes descrita, siempre que medie el consentimiento de la persona llamada a ejercer la tutela (art. 3). Se refiere a los supuestos de niños no abandonados, aunque si huérfanos, porque de otro modo no estarían bajo tutela, sino bajo patria potestad. E incluso cabe el acogimiento de niños abandonados por incumplimiento de los deberes propios de la patria potestad (art. 13,1 y 2). Los que se acojan con carácter temporal, el acogimiento durará «hasta la edad o momento que en cada caso se estipule» (art. 1. B). La Orden no determina quienes pueden ser acogidos con carácter temporal; debemos entender que serán los que se encuentren en la situación antes descrita, con la única diferencia que se dará preferencia, para la colocación, a aquellos que lo soliciten con carácter permanente (ex art. 2).

También se determinan los deberes de la persona que acoge a los menores y éstos son: la obligación de «darles instrucción escolar hasta los 12 años como *minimum*» (art. 8), así como «alimentarles, vestirles y educarles dentro de los más sanos principios de religión y moral cristiana, amor patrio etc.» (art.10); así como el deber de poner en conocimiento de la autoridad correspondiente si el niño llega a poseer bienes (art. 11.2), porque se procede a la constitución del Consejo de familia (art. 11.1). La vigilancia del cumplimiento de estos deberes está a cargo de las Juntas Locales de Colocación familiar (art. 10) y pueden proponer a las Juntas Provinciales de Beneficencia las sanciones pertinentes, en caso de incumplimiento, e incluso pueden proceder a retirar el niño (art. 10).

Y por último se habla de una tutela del Estado, que podríamos parangonar con la tutela automática regulada en la nueva Ley de 1987. En este sentido dice el art.9 de la Orden de 1937 que «siendo la colocación Familiar una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados, por analogía con el principio sustentado en el artículo 212 del Código civil para los niños recogidos en establecimientos benéficos, la tutela correspondiente a los acogidos a esta disposición, se ejercerá por las Juntas Locales de Colocación Familiar, bajo la inspección de la Junta Provincial de Beneficencia y el Gobierno General del Estado, quienes investigarán en la forma que en cada caso crean más conveniente, como cumplen aquéllas su obligación tutelar». Se trata de una tutela desnaturalizada, como la que nos proporciona la ley de 1987, por cuanto no alcanza a la representación ni la administración de los bienes de los acogidos (confr. art 9,2 y art 11). Este art. 11 determina expresamente que «si uno de los niños colocados, en virtud de esta disposición, llegase en cualquier momento a poseer bienes, se



constituirá el Consejo de Familia para la guarda de los mismos, de conformidad con lo dispuesto en el Código civil y disposiciones vigentes». Esta tutela del Estado se transforma en una tutela ordinaria según las normas de la legislación civil.

3) En el Decreto de 11 de junio de 1948 que aprueba el texto refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, en el Capítulo tercero de dicha Ley se regulan las normas de procedimiento de estos Tribunales y las medidas que pueden adoptar. En estas medidas vemos un precedente del acogimiento, es decir de guarda encargada a una persona o familia y de otra modalidad de guarda (que también veremos recogida en la actual ley de 1987) consistente en colocar al menor en internamiento a cargo de una Entidad pública (arts.17,B y 18,2). En estos artículos no se habla de acogimiento sino que se utiliza la palabra «confiar». Al menor se le confía ya sea a una persona o familia, ya sea a una sociedad tutelar o Establecimiento.

¿Cuáles son las causas por las que se confía al menor a una persona o se le interna? En esta Ley existen dos modalidades de ejercicio: la reformadora y la protectora. Analizaremos sólo la protectora, por ser la más afín a la institución que tratamos de estudiar. Es competencia de los Tribunales Tutelares conocer de «la protección de menores de dieciséis años contra el indigno ejercicio del derecho o la guarda y educación» (art. 9,3). Este indigno ejercicio es consecuencia de los «casos previstos en el Código civil por malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores» (art. 9,3.A); y en los casos del art. 584, 5, 6, 8,10, 11 y 12 del Código penal, así como el art. 3 de la Ley 23 de julio de 1903 (art. 9,3.B). En estos supuestos entra la modalidad protectora al menor, por parte de los Tribunales Tutelares, y así, en el ejercicio de esta facultad protectora puede adoptar unas determinadas medidas, ordenando que el menor «sea confiado a la correspondiente Junta de Protección de Menores, o bien a una persona, familia, sociedad tutelar o Establecimiento» (art. 17,B).

Se trata, por tanto, de dos modalidades de guarda, ya sea el acogimiento familiar, ya sea el internamiento en un establecimiento o sociedad tutelar. El Tribunal Tutelar dictará tales medidas previo expediente (art. 77,3 Rgto), para ello deben ser oídas «las personas que pudieran dar razón de los hechos atribuidos a los padres o al tutor», y además se practicará por parte del Presidente del Tribunal «una investigación respecto del carácter y antecedentes del menor, de la conducta moral y social de los padres o tutores y del concepto público que de estos últimos merezcan a personas de notoria probidad» (art. 79,1 Rgto). En tanto se practica la investigación y se resuelve se puede acordar el internamiento o el acogimiento familiar del menor (art. 79,2 Rgto), que es apelable cuando se suspende el derecho a la guarda y educación (art. 45 Rgto) y siempre que se acuerde la separación del menor de los padres, por más de treinta días, durante la tramitación (art. 45 Rgto). Esta facultad de suspen-

der el derecho a la guarda y educación es competencia de los Tribunales Tutelares, sin perjuicio que puedan corresponder a los Tribunales ordinarios según el art. 171 Cc (art. 13).

En la Ley y el Reglamento sobre los Tribunales Tutelares de Menores se determina específicamente a cargo de quien corren los gastos de mantenimiento y educación, cosa que no sucede en la Ley 21/1987. El art. 25,2 de la Ley de Tribunales Tutelares dice que «serán sustentados y educados por cuenta de los Municipios en que hubiesen nacido, y a falta de medios municipales, por las Provincias a que dichos Municipios pertenezcan» salvo que los padres tengan medios suficientes (art.12). El Reglamento amplía este punto; en primer lugar determina que se entiende por gastos, y son, según el art.148 del Reglamento: «los indispensables para contribuir a su sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción». En segundo lugar nos dice a cargo de quien corren estos gastos, y corren a cargo de los padres si tienen medios económicos necesarios (art. 149 Rgto). Si el menor se halla sometido a tutela y posee bienes patrimoniales suficientes para satisfacer los gastos, serán a cuenta de éste (art.150). También corren a cargo del menor cuando reciba, éste, una retribución por su trabajo suficiente para sufragarlos (art. 151). En el caso que no puedan sufragarlos íntegramente, las personas expresadas, los abonarán conjuntamente y de forma proporcional, el Estado, el Ayuntamiento donde hubiere nacido el menor, la Diputación Provincial a cuya jurisdicción corresponda dicho Ayuntamiento, el padre o representante legal del menor, o el menor con parte del producto de su trabajo (art. 153 Rgto).

En este Decreto no queda tan clara la función tutelar, que encomiendan a los Tribunales Tutelares. Si bien en el art. 18,1 determina que los Tribunales tutelares ejercerán «su acción tutelar sobre el menor de un modo permanente» hasta que desaparezcan las causas que la motivaron; en su apartado segundo, concreta las funciones tutelares, distinguiendo que la guarda corresponde a las personas o Entidades en que se coloca al menor, en tanto que los Tribunales Tutelares asumen «las facultades que a los padres o tutores competen para autorizar los contratos de aprendizaje o trabajo, la emigración o la instrucción del menor en el Ejército o en la Marina de Guerra o Mercante». Tenemos por tanto un ámbito de la representación, reducido a lo indicado en este artículo. La acción tutelar cesa cuando el menor llega a la mayoría de edad civil (art. 18,1).

4) Por último analizaremos el Decreto de 2 de julio de 1948 que aprueba el texto refundido de la legislación de Protección de Menores. En el art. 2 se declara que «quedan sujetos a la protección establecida por las disposiciones que se refunden en el presente Decreto los menores de ambos sexos hasta la edad de dieciséis años»; también se incluyen los mayores de dieciséis años hasta los veintiuno (mayoría de edad) cuando se hallaren bajo la acción tutelar permanente de los Tribunales de Menores (art. 2,2). La protección alcanza, por tanto, hasta

la mayoría de edad, si antes de cumplir los 16 años ya se hallaren protegidos por dichos Organismos (art. 2,2 y 4).

La protección consiste en aquello que se determina en el art.5 y especialmente alcanza «al amparo a los menores moralmente abandonados, recogiénolos en la vía pública y proporcionándoles educación protectora y enseñanza profesional» (art. 5,5). Los deberes que se imponen son, en consecuencia, la educación protectora y la enseñanza profesional: así como la educación e instrucción de los «llamados anormales» (art. 5,6). En este punto hay que tener en cuenta que se trata de una ley de Protección de menores, por ello se tratará de incapaces menores de edad. Esto mismo sucede en la ley 21/1987, que aún sin mencionar a los incapaces o «anormales» se subsumen dentro de los menores de edad ya sean desamparados, ya sea que existe una imposibilidad por parte de los padres o el tutor de ejercer los deberes propios de protección. Otro punto contenido de la protección es la de ostentar la representación legal de los menores, «que carezcan de ella» (art. 5,8). Sin embargo esta representación es temporal y subsidiaria. Es temporal porque sólo se ostenta «en tanto no se confiera a los Organismos establecidos a este respecto por la legislación civil» (art. 5,8); y es subsidiaria porque sólo se ostenta a falta de existencia de tal representación legal por quien corresponde. La representación legal, en estos casos, correspondería a la Junta Provincial (art. 5,8). Este Decreto introduce la representación legal que no es propio de la guarda y que no se menciona en la Ley 21/1987.

La función protectora de este Decreto se puede ejercer mediante dos modalidades, ya sea por «ingreso del menor en instituciones», o sea, mediante internamiento, ya sea mediante «colocación en familias», es decir, mediante acogimiento familiar. Estas dos modalidades son las que se presentan en la Ley 12/1987. Y serán quienes tienen acogidos al menor, o el Director del establecimiento donde está internado quienes cumplirán con estos deberes de protección, que, por otra parte, son propios de la guarda, excepto la representación legal que la ostenta la Junta Provincial.

En este Decreto no se menciona la función tutelar, pero va más allá de la mera guarda, al determinar que la representación legal del menor corresponde a la Junta Provincial, aunque se trate de una representación subsidiaria y temporal. Esto supone, sin embargo, que la protección de menores queda reducida al ámbito de la guarda, ya que la Entidad pública debe instar a constituir la tutela según la legislación civil (art. 5,8).

### 2.1.2. *Precedentes en normas civiles*

En el ámbito de la legislación civil podemos encontrar, desde la reforma de 1983 una parca regulación sobre la guarda de hecho, figura,

ésta, que ya se apuntaba en el art.103 Cc, redactado conforme a la ley de 1981, y en los arts. 303 y ss. de la ley de 1983.

A) El art.103,1 proposición 2 Cc, dice: «los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares». De la dicción del artículo se desprende la existencia de las dos modalidades de guarda, antes apuntadas, la guarda por parte de una persona y el internamiento del menor en una institución idónea. El problema estriba en saber si se abre la tutela. De la dicción del artículo no se sigue, necesariamente, que se constituya la tutela; encomendar a los hijos a otra persona parece, más bien, que se coloca al menor, en guarda; sin embargo, «conferir las funciones tutelares» distorsiona esta conclusión (35). Si entendemos que funciones tutelares son las enunciadas en el art. 269 Cc, no coincidirán con las funciones propias de la guarda, y son incompatibles con la patria potestad. Hay que dilucidar sobre el concepto de «funciones tutelares», que es una expresión ambigua: por una parte parece referirse sólo a la tutela; en los arts. 216 y 220 Cc se habla de «funciones tutelares», refiriéndose al ejercicio sobre el «tutelado»; por otra parte puede entenderse que «funciones tutelares» sean la guarda y protección de la persona y bienes (ex art. 215 Cc) y sea aplicable, no sólo a la tutela, sino a la curatela y al defensor judicial, es decir, que se refiera a todos los cargos (art. 215 Cc). Caben dos posibilidades, primero, que «funciones tutelares» sean las del art. 269 Cc, pero sin el cargo de tutor, esto es, sin que exista tutela. O bien una segunda posibilidad, que las «funciones tutelares» del art. 103.1.2 Cc sean distintas a las de los arts. 216 y 220 Cc y se entiendan estas funciones en sentido vulgar, es decir, como funciones de protección. Si es así, podemos mantener que los padres sigan en la titularidad de la patria potestad, ejerciendo otra persona las funciones de protección propias de la guarda, que sería el supuesto del acogimiento familiar.

Sin embargo, dado que se trata de una medida provisional puede terminar y ser sustituida, de acuerdo con el primer párrafo del art. 106 Cc, en la sentencia. El juez, siempre en interés del menor, puede acordar, o bien proveer de la forma más conveniente, que podría ser mantener a los padres en la titularidad de la patria potestad, confiando la guarda a un tercero que acoja al menor; o bien privar a los padres de la titularidad, constituyendo la tutela automática (arts. 172,1 y 239,1 Cc, según la nueva redacción), y abrirse un nuevo proceso para el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias (art.239,2 Cc).

---

(35) El derecho francés distingue entre guarda confiada a un tercero y guardián provisional con apertura de la tutela. El art. 373,2 Cc francés dice que si la guarda fue confiada a un tercero, los otros atributos de la autoridad continúan siendo ejercidos por el padre y la madre, pero el Tribunal, al designar a un tercero como guardián provisional, puede disponer que éste deberá solicitar la apertura de la tutela.

B) Otra norma que podríamos entender que es un precedente del acogimiento, en la legislación civil, la encontramos en el art. 303 Cc, que regula la guarda de hecho (36), sin embargo tiene una regulación distinta. No es semejante al acogimiento familiar. El sujeto pasivo que engloba el art. 303 Cc, es más amplio que el que se contiene en el nuevo art. 172 Cc; en aquél entran tanto los menores, como los incapacitados, en tanto que en éste, sólo puede serlo el menor; la sección primera del Capítulo V del Título VII, del Libro 1, se enuncia «De la guarda y acogimiento de menores», en consecuencia sólo los menores pueden estar bajo el régimen de acogimiento, no estando contemplados los mayores incapacitados. También es más amplio el contenido de la guarda de hecho que la del acogimiento legal. El guardador de hecho hace las veces de tutor de hecho, por tanto actúa no sólo en el ámbito personal sino en el patrimonial y esto se deduce de los arts. 303, 304 e incluso 306 que remite al art. 220 Cc; en el acogimiento legal sólo actúa en el ámbito personal (ex art. 173,1 Cc) y no es representante del menor. En este mismo ámbito podemos decir que el guardador de hecho puede ser indemnizado con cargo a los bienes del menor o presunto incapaz por los daños o perjuicios que le haya ocasionado la guarda (confr. art. 306 Cc que remite al art. 220 Cc); en tanto que el sujeto que acoge no puede repercutirlos. Y esto por dos razones: en primer lugar sólo afecta al ámbito personal; en segundo lugar se trata de una institución colocada en el ámbito de la adopción, y en ésta no se prevé tal efecto; y en tercer lugar se desprende de la clasificación misma del acogimiento, que puede ser remunerado o no (confr. art. 173,2). Por otra parte, también, podemos diferenciar la guarda de hecho del acogimiento, aquélla es previa a la constitución de la tutela; sobre el menor o el presunto incapaz no existirá una institución tuitiva y posterior guarda; en tanto que siempre que se constituye el acogimiento es porque existe, anteriormente, alguna institución tuitiva, ya sea tutela automática, en caso de menores desamparados (art. 172 Cc), o tutela ordinaria o patria potestad.

## 2.2. LA CONSTITUCIÓN DEL ACOGIMIENTO. DOBLE MODALIDAD: NEGOCIAL Y JUDICIAL

La constitución del acogimiento tiene lugar mediante una doble modalidad, bien sea de carácter negocial, bien sea, según los supuestos que veremos, de forma judicial. Junto a la constitución del acogimiento puede darse, un negocio accesorio, que entrará cuando el acogimiento se constituya con carácter remunerado.

---

(36) Sobre la guarda de hecho existen diversos trabajos. *Vid. per tot.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo *De la guarda de hecho*. Madrid 1984, y ROGEL VIDE, Carlos *La guarda de hecho*. Madrid 1986.

### 2.2.1. Negocio de acogimiento

El negocio de acogimiento sólo se regula para el acogimiento familiar; en cambio cuando se trata de un internamiento la ley no prevé un negocio jurídico otorgado mediante unos determinados consentimientos sino que se configura como un acto de autoridad por parte de la Entidad pública que decide, discrecionalmente, el ingreso del menor en un establecimiento *ad hoc*.

La constitución del acogimiento se efectúa mediante un negocio jurídico de derecho de familia. Como todo negocio de derecho de familia carece de causa y es formal, es decir el control de la autonomía de la voluntad no está en la causa sino en la forma. Si bien encuadramos el negocio de acogimiento dentro de los negocios de derecho de familia (37), en este caso no es suficiente, ya que se trata de un negocio complejo, en que se unen negocio principal, que es el acogimiento familiar y negocio accesorio cuando el acogimiento sea oneroso.

Veamos esta afirmación: El negocio principal de acogimiento se otorga mediante unos determinados consentimientos que exige la ley y perfeccionado el negocio nace una determinada situación: la relación de acogimiento que tiene un determinado contenido. Sin embargo el art. 173,2 Cc añade que para formalizar el acogimiento se tendrá que expresar «su carácter remunerado o no». Es evidente que se trata de otro negocio conectado al principal, que no es el de carácter personal, en el que confluyen unos determinados consentimientos, que no son todos necesarios para el negocio accesorio. Calificando este negocio de accesorio nos soluciona algunos problemas que pueden surgir a la hora de la cesación del negocio principal. Así por ejemplo, el negocio principal cesa por decisión de las personas que lo tienen acogido, dice el art. 173,3,2.º Cc. Si la retribución fuera un elemento del negocio principal, cosa que repugnaría en un negocio de familia, el incumplimiento de una prestación afectaría a la otra. Si se configura como negocio accesorio cuando se extingue el principal queda extinguido el accesorio, y por el contrario si se extingue el accesorio no arrastra la extinción del principal.

El negocio principal de acogimiento se configura mediante unas determinadas declaraciones de voluntad que producen la relación de acogimiento. Deben prestar el consentimiento la Entidad pública, los que reciben al menor (acogedores) (38) y el menor si tuviere doce años

---

(37) GARCÍA CANTERO entiende, respecto del negocio de adopción, dada la destacada participación de la Administración pública, que cada vez presenta más dificultades para seguir calificándola como un negocio de familia. *Presentación*, RGLJ 1987, n.º 5.

(38) La redacción del párrafo 2 del art. 173 Cc es confusa debido a la omisión de una coma. El artículo dice textualmente: «se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela de las personas que reciban al menor

(art. 173,2 Cc). En principio son tres las declaraciones de voluntad que deben manifestarse. Sin embargo hay otro consentimiento que constituye un presupuesto de eficacia del negocio que es el de los padres o el tutor (art. 173,2 Cc).

Hay tres tipos de declaraciones de voluntad que intervienen en el negocio:

1) Dos son declaraciones de voluntad esenciales, que constituyen un sólo negocio, un acuerdo de voluntades entre la entidad pública que cede el ejercicio de la guarda, conservando sólo la titularidad y por otra parte la persona o personas que reciben al menor que quedan a la vez legitimados y obligados para el ejercicio de la guarda.

2) Una tercera declaración de voluntad que debe constar en el negocio es la del menor, si tiene 12 años. Esta declaración de voluntad no es constitutiva (39) sino que es requisito de eficacia, ¿por qué? La ley exige la declaración de voluntad del menor para la constitución del acogimiento, pero no contempla la oposición del menor como supuesto para que se formalice judicialmente (art. 173,2 Cc), y en la E. de M. se señala que debe valorarse, especialmente, su negativa; no significa que su negativa sea esencial para no constituir el acogimiento, lo que nos lleva a determinar que esta declaración de voluntad es esencial como requisito de eficacia, pero podrá consentir o negarse, es decir es esencial que se manifieste, por tanto se trata de una declaración de voluntad consultiva.

La ley no prevé, como lo hace para la constitución del acogimiento judicial, que si el menor tiene menos de 12 años debe ser oído, siempre que tenga suficiente juicio; entiendo que, analógicamente (40), debe aplicarse a la constitución del acogimiento administrativo y más teniendo en cuenta que debe valorarse su negativa.

3) Por último hay una cuarta declaración de voluntad, que si bien no es esencial, es complementaria, y ésta es la de los padres del menor o del tutor. Esta declaración de voluntad es también requisito de eficacia del negocio de acogimiento. La declaración de voluntad de los padres o del tutor es necesaria sólo en el caso de que sean conocidos y no estén privados de la patria potestad (respecto del tutor hay que entender que no haya sido removido de la tutela, porque, evidentemente, ya no sería tutor). Se trata del supuesto del art. 172,2 Cc y en los del art.

y de éste...», es evidente que después del término tutela debe ir una coma y lo que se requiere es el consentimiento de las personas y no que la entidad pública tenga la tutela de las personas que reciban al menor.

(39) FELIU REY entiende que la declaración de voluntad del menor, mayor de doce años, es un auténtico consentimiento negocial. *Breve estudio sobre las nuevas figuras...*, cit., p. 807.

(40) En este mismo sentido y aplicando, analógicamente, los arts. 1828 LEC y de los arts. 92.2; 156.2; 177.3; 231; 273 Cc y a la luz del art. 24 de la Constitución.

172,1 Cc siempre que no hayan sido privados de la patria potestad (como se ha visto la tutela automática coexiste con la patria potestad porque ésta sólo puede privarse judicialmente, ex art. 170 Cc), y sean conocidos (cabe ante el supuesto de desamparo que no lo sean). Aún en el caso de que los padres sean conocidos y no estuvieren privados de la patria potestad (lo mismo para el tutor), el consentimiento «necesario», según dice el art. 173,2 Cc, puede ser suplido por el Juez. El art. 173,2 Cc determina que «si se opusieran al mismo (se refiere al acogimiento) o no comparecieran, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez».

Nos encontramos que ante la manifestación de voluntad negativa de los padres, el acogimiento cambia a judicial, es decir, se impone la privación, judicialmente, de la potestad de guarda. El consentimiento de los padres, cuando se dan unas determinadas circunstancias (que sean conocidos y no estén privados de la patria potestad) es un requisito de eficacia del negocio, porque es un consentimiento que «necesariamente» ha de ser positivo para que surta efectos el negocio, ya sea por los padres o el tutor, y esta declaración de voluntad de los padres puede ser consentir el acogimiento u oponerse al mismo, en cuyo caso, es decir, si el consentimiento es negativo, supletoriamente lo acuerda el Juez.

Y es necesario el consentimiento de los padres, aún sin tener valor negocial, sólo como requisito de eficacia, porque el acogimiento es una pérdida voluntaria (41) del derecho de guarda propio de la patria potestad. Cuando la pérdida es impuesta, no es necesario el consentimiento de los padres porque se impone como sanción por haber incumplido los deberes legales de guarda (art. 172,1 Cc) propios de la patria potestad. Como tampoco en los casos que lo acuerde el Juez (art. 172,2 *in fine* Cc) porque también tiene carácter sancionador, o bien porque debido a la negativa o a la falta de comparecencia se priva judicialmente de la guarda (art. 173,2 *in fine* Cc), determinada en interés del menor.

Por lo tanto el negocio consta de las declaraciones de voluntad esenciales, de la Entidad pública y de quien reciba al menor en acogimiento. La complementaria del menor si ha cumplido 12 años, como requisito de eficacia. Además hay otra declaración de voluntad que, también, es requisito de eficacia del negocio, que es la de los padres o tutor, si son conocidos y no estuvieren privados de la patria potestad o removido de la tutela, que de no otorgarlo, por incomparecencia o por oposición es el Juez quien lo acuerda en interés del menor. No queda claro si se trata de un «consentimiento», éste que deben otorgar los padres o el tutor, o de un «asentimiento», como se preceptúa para la

---

(41) Si bien esta pérdida de la guarda está fundamentada en la imposibilidad de atender al menor (art. 172,2 Cc). Este artículo permite la renuncia voluntaria, cuando exista motivo justificado, ya que de otra forma es irrenunciable.



adopción (art. 177,2,2.º Cc). En realidad el asentimiento, creo entender, es un consentimiento más débil, si es que se puede medir éste (42), si bien en el art. 1827 LEC parece considerar «asentimiento» igual a «consentimiento» (art. 173,2 Cc); aunque el art. 1830 LEC parece que los diferencia. Se trata de un consentimiento sin valor negocial, sólo necesario como requisito de eficacia. Por el contrario si los padres se hallan privados de la patria potestad o no son conocidos, no es necesario su asentimiento, ni debe suplir, su falta, el Juez, porque en estos casos no existe privación de la potestad de guarda, ya sea porque están privados de la patria potestad, ya sea, al no ser conocidos, porque no la ostentan, si no ha quedado determinada la filiación. Por tanto, en realidad, debemos decir que sólo son necesarios dos consentimientos, el de la Entidad pública y el de quien acoge al menor. El consentimiento del menor sólo es necesario en el supuesto que haya cumplido 12 años. Y, el de los padres o el tutor, en caso que tengan que otorgarlo, puede ser suplido por acuerdo del Juez.

### 2.2.2. Acogimiento judicial

Cuando sea el Juez quien deba «acordar» el acogimiento, en los casos que sea necesario que presten el consentimiento los padres o el tutor, y no lo hagan o se opongan, el acogimiento se convertirá en judicial y, el Juez, decidirá unilateralmente «resolviendo lo procedente en interés del menor» (arts. 1828,2 y 3 *in fine* LEC y 173,2 Cc). A la decisión antecede la tramitación de un expediente, dentro del cual tiene que recabar unos determinados consentimientos, no vinculantes, y que son preparatorios para el otorgamiento final del acogimiento familiar. Recabará, en primer lugar, el consentimiento de la entidad pública, salvo que fuera promotora del expediente y el de la persona o personas que acojan al menor. También tiene que recabar el del menor si tiene 12 años. Estos tres consentimientos son suficientes para decretar, unilateralmente, el Juez, el acogimiento familiar. Esto quiere decir que puede, el Juez, valorar estos consentimientos en interés del menor, resolviendo lo que crea procedente (art. 1828,2 *in fine* LEC). El consentimiento del menor no es necesario si tiene menos de 12 años. Los consentimientos de la entidad pública y de los acogedores tienen un doble valor: uno formal, es decir, forman parte del expediente previo que instruye el Juez y que éste valorará unilateralmente a la hora de decidir; otro valor material, esto es, la entidad pública mediante su con-

---

(42) Para FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, el consentimiento es un requisito esencial del negocio a diferencia del asentimiento. *La adopción*, ADC 1970, p. 725. Para LLEDO YAGÜE, si bien el asentimiento no está definido en el Código civil, entiende que, no es requisito sustancial, sino complementario y prescindible en algunas hipótesis, del negocio jurídico. *Comentario al proyecto de Ley de Adopción*, ADC 1986, p. 1207.

sentimiento decide desprenderse del ejercicio de la guarda en favor de un tercero, siempre en interés del menor. El acogedor manifiesta su voluntad de asumir el ejercicio de la guarda del menor; y finalmente será el Juez quien resuelva lo procedente.

El consentimiento de los padres o el tutor no se recaba, ya que la constitución del acogimiento se convierte en judicial debido a la oposición de éstos, o bien porque no han comparecido. Sin embargo, el Juez, deberá oír a los padres y al tutor, si no estuvieren privados de la patria potestad, ni suspendidos de su ejercicio (de otro modo no daría lugar a la constitución judicial porque se prescinde de este consentimiento). Esta necesidad de que el Juez oiga a los padres o al tutor cesa cuando «no haya podido conocerse el domicilio o paradero de los padres o tutor, o si citados no comparecieren» (art. 1828.3 LEC); es un requisito del expediente que es prescindible (art. 1828,3 LEC). En este caso el Juez puede acordar el acogimiento sin necesidad de oírlos, salvo que aleguen, los padres, que es preceptivo su consentimiento, según se desprende de las reglas comunes «para el acogimiento de menores y la adopción», en el art. 1827 LEC, que dice textualmente: «...en el supuesto de que los padres citados sólo para audiencia comparecieren alegando que es necesario su asentimiento, en cuyo caso se interrumpirá el expediente, y la oposición se ventilará ante el mismo Juez por los trámites del juicio verbal». Cabe, por tanto, en el caso que se proceda a la constitución judicial del acogimiento, por causa de haberse opuesto los padres, al mismo, que el ser citados para oírlos manifiesten nuevamente su oposición al acogimiento y en tal caso el Juez debe interrumpir el expediente y conocer esta oposición. Según se desprende del art. 1827 LEC no es aplicable al tutor.

No se trata, por tanto, de prescindir totalmente del consentimiento de los padres, cuando se opongan, y constituir, el Juez, el acogimiento, sino que éste debe ventilar, mediante juicio verbal, tal oposición. Creo que es posible mantener que no se trata tanto de que el Juez, tramitada la oposición de los padres, no proceda al acogimiento, porque si se ha iniciado es porque existe alguna de las causas que lo hacen necesario (art. 172,1 y 2 Cc), sino que se proceda a la elección de otra persona o personas para acoger al menor, e incluso, tener en cuenta que los padres prefieran un internamiento para su hijo. En estos casos, el Juez, aún teniendo discrecionalidad para decretar el acogimiento debe ponderar el interés del menor (art. 1826,1 y 1828,2 LEC).

Cuando el menor no tenga 12 años puede, el Juez, prescindir de su consentimiento, pero no de oírlo (art. 1828,2 LEC), si tiene suficiente juicio. El derogado art. 1827 LEC determinaba para la adopción que «cuando el adoptando sea mayor de siete años, el Juez le hará comparecer para explorar su voluntad, consignándose también en los autos si está conforme con la adopción o no la contradice». Esta necesidad de explorar al menor, mayor de siete años, para ser oído, ha quedado suprimida. Sin embargo, es obvio, ante la necesidad de oír al menor, que

tiene el Juez, si tiene suficiente juicio, no le queda otra solución que explorarlo previamente, de otra manera no puede determinar si tiene suficiente juicio para ser oído. En la Exposición de Motivos de la ley 21/1987 dice que deberá tenerse en cuenta la negativa del menor, no sólo cuando sea mayor de 12 años y debe prestar su consentimiento, sino también cuando siendo menor de esta edad tenga suficiente juicio.

Cuando la formalización del acogimiento es judicial los consentimientos no son declaraciones de voluntad dirigidas a crear un negocio jurídico sino que son meros trámites de formación de un expediente que finalizado, sólo es el Juez quien, unilateralmente, lo «acuerda».

### 2.2.3. *Negocio complementario*

El otro negocio, que es accesorio del de acogimiento, ha de ser de carácter oneroso. El art. 173,2 Cc. determina que el acogimiento se formalizará «con expresión de su carácter remunerado o no». Posiblemente estamos ante un negocio atípico, como el que efectúan los padres al internar a su hijo en un colegio extranjero para seguir unos determinados estudios; pero es evidente que puede configurarse como un arrendamiento de servicios, que a cambio de una retribución se presta una determinada actividad (educar, alimentar etc.). No creo que pueda configurarse como un arrendamiento de obra, porque no se trata de profesionales, no se exige una determinada pericia, ni se contrapresta un resultado, con independencia de la actividad llevada a cabo para conseguirlo.

En este negocio accesorio son esenciales dos consentimientos, el de la persona o personas que reciben al menor en acogimiento y el de la Entidad pública. No entiendo que sea necesario el consentimiento de los padres, en un caso, porque puede que este consentimiento, incluso, no sea necesario para el negocio principal, y en otro caso que sería el enunciado en el art. 172,2 Cc, porque es la Entidad pública quien tiene la facultad de mediación en los acogimientos, aunque sean los padres quien, en último caso, si ello fuere posible, sean quienes paguen la contraprestación a la Entidad pública para que ésta la entregue a los acogedores.

Dado que se tratan de dos negocios consensuales se tendrá en cuenta los vicios del consentimiento (error, dolo, violencia, intimidación, falta de capacidad), para poder declarar su nulidad o anulabilidad. Si se declara nulo el negocio principal conllevará la nulidad del negocio accesorio, no a la inversa.

## 2.3. DIVERSAS FASES DE LA FORMALIZACIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

La formación del expediente de acogimiento familiar pasa por diversas fases: la promoción, la formación del expediente y termina con la constitución o formalización del acogimiento familiar.

La formalización o constitución del acogimiento familiar puede ser administrativa o judicial y debe ser siempre en interés del menor (confr. art.173,2 *in fine* Cc y 1826.1; 1828,2 *in fine* LEC). El interés del menor, en la constitución del acogimiento está siempre presente, tanto dándole entrada para prestar su consentimiento, si tiene 12 años, como oyéndole si es menor de esta edad, pero tiene suficiente juicio. Se refleja en el procedimiento administrativo (art. 173,2 Cc) como en el judicial, dando entrada al Ministerio Fiscal (art. 1828,1 LEC); así como al encomendar a las entidades públicas la propuesta y vigilancia del acogimiento (confr. arts.173,2; 172,3; 174,3 Cc) y al Ministerio Fiscal (art. 174,1 Cc). En la E de M, en su párrafo quinto dice que «aunque el acogimiento se formaliza en el plano administrativo, no deja de estar sometido, ya desde su iniciación, a la vigilancia del Ministerio Fiscal y al necesario control judicial», de esto se deduce que la formalización del acogimiento familiar es, en primer lugar, administrativa y, subsidiariamente, cuando se den unas determinadas circunstancias, ha de ser judicial.

#### 1. Promoción del expediente.

Si la formalización es administrativa, la promoción corresponde a la Entidad pública (art. 173.2 Cc). Si la formalización es judicial, la promoción corresponde al Ministerio Fiscal o a la Entidad pública (art. 1828.1 LEC).

#### 2. Formación del expediente.

1.º En primer lugar si la formalización es administrativa, la Entidad pública es quien la promueve e instruye el expediente. El expediente refleja el negocio jurídico de acogimiento (43) haciendo constar los consentimientos prestados por la entidad pública, tenga o no la tutela (ya que es la titular de la guarda); el de la persona o personas que acogen al menor y el de éste, si tiene 12 años (art. 173,2 Cc); como el consentimiento de los padres o tutor del menor, siempre que sean conocidos y no estén privados de la patria potestad (art. 173,2 Cc). También se hace constar en el expediente el carácter de remunerado o no del acogimiento (Art. 173,2 Cc).

2.º La formalización ha de ser judicial cuando se opongan los padres o el tutor o éstos no comparecieran para prestar su consentimiento (art. 173,2 Cc). Para la formación del expediente se requiere que consten unos determinados consentimientos (confr. art. 1828,2 LEC). En primer lugar el de la entidad pública siempre que no sea promotora del

---

(43) La doctrina ha calificado el negocio por formalización administrativa de «concesión administrativa», según SANCHO REBULLIDA, *El nuevo régimen...*, cit., p. 64. De «Acogimiento negocial», según VALLADARES RASCÓN, *Notas urgentes...* cit. p. 39; también ha sido calificado por RUIZ-RICO de «negocio especial de Derecho de familia», *La tutela 'ex lege', la guarda...* cit., p. 24. PILLADO MONTERO dice que es «un negocio entre la entidad pública y el acogedor», *Notas sobre el Proyecto...*, cit. p. 449. Vid. Su naturaleza jurídica en el presente trabajo.

expediente de constitución de acogimiento familiar. Además deberá constar el consentimiento de la persona o personas que acojan al menor y, el de éste si tuviere más de 12 años. Además de estos consentimientos se exigen otros requisitos que deben constar en el expediente y estos son la audiencia de los padres o tutor y la del menor de doce años si tiene suficiente juicio (art. 1828 LCE). Es lógico que no tengan que prestar su consentimiento, ya que la formalización judicial implica que los padres se han opuesto al acogimiento o bien que no han comparecido para prestarlo (confr. art. 173,2 Cc). En este supuesto, que los padres no hayan comparecido, siempre que hayan sido citados, el juez puede prescindir del trámite de oírlos; igualmente podrá prescindir si no se conoce el paradero o domicilio de los padres; ambos supuestos son aplicables, también, al tutor, dice el párrafo tercero del artículo 1828 LEC; cosa que no parece muy lógica ya que tratándose de un caso de abandono, como se trataría, correspondería la apertura de la tutela automática, en consecuencia el tutor sería la Entidad pública correspondiente. Y también se oirá al menor de doce años, que tuviere suficiente juicio.

Para la formación del expediente de acogimiento, el Juez «podrá ordenar la práctica de cuantas diligencias estime oportunas» a fin de que el acogimiento «resulte beneficioso para el menor» (art. 1826.1 LEC).

Todas las actuaciones que se realicen para la formación del expediente, cuando la formalización es judicial, se llevarán a cabo con la intervención del Ministerio Fiscal (art. 1825 LEC).

### 3. Formalización o constitución del acogimiento.

Promovido y formado el expediente de acogimiento familiar, termina con la formalización o constitución del acogimiento.

Si la formalización ha sido administrativa, se otorga el acogimiento por la Entidad pública por escrito (art. 173.2 Cc). Deberá remitirse copia de los escritos de formalización administrativa al Ministerio Fiscal (art. 174.2 Cc).

Si la formalización es judicial, el acogimiento será acordado unilateralmente por el Juez (art. 1828.2 LEC), mediante auto, contra el cual cabe recurso de apelación en un sólo efecto (art. 1828.6 LEC).

## 2.4. SUJETOS DE LA GUARDA Y DE SUS DOS MODALIDADES DE EJERCICIO

1. El sujeto activo o titular de la potestad de guarda es la Entidad pública y ésta puede delegar el ejercicio de la función de guarda en el Director del establecimiento o en una persona o personas que acojan al menor.

En el supuesto de «acogimiento familiar» la delegación de la función se otorga a la persona o personas que lo reciban (172,3 Cc), que serán los sujetos activos del ejercicio de la guarda. Que se refiera a per-

sonas, parece que deben constituir una familia (confr. art. 173,1 Cc); esta familia puede ser matrimonial o de hecho (44). También puede ser sujeto activo una sola persona; esto significa que una sola persona puede acoger al menor, sin que sea preceptiva la existencia de familia, cosa que parece en contradicción con el art. 173,1 Cc, que establece la plena participación del menor en la familia. No sabemos si estamos ante una modificación del concepto de familia (45), entendiendo ésta como la compuesta sólo por la persona que acoge, ya que no puede darse entrada al menor porque este tiene el derecho a la plena participación en la familia (46). Sin embargo no es lo mismo vida de familia, que vida en familia. Es posible que la ley contemple, en este supuesto, el caso de las Aldeas Infantiles, donde una persona se hace cargo de los deberes de guarda de un grupo de menores, semejante a lo que se entiende por familia. La persona que acoge, aunque no sea una familia, debe dar al menor una vida como de familia.

En cuanto a la capacidad que debe tener la persona o personas que acogen al menor, la ley guarda silencio; parece que es oportuno exigir la plena capacidad de obrar. En materia de acogimiento no creo que se pueda aplicar, analógicamente, el artículo 157 Cc que rige en materia de patria potestad, porque el art. 157 Cc da solución a la relación de filiación que surge respecto de un menor no emancipado, cuya relación comporta la patria potestad. En cambio la relación de acogimiento es negocial, y aunque el contenido no es patrimonial, no es menos cierto que se trata de una figura afín a la adopción, que se exige una capacidad especial (47).

Si se trata de un acogimiento familiar «con vistas a la adopción» no podrán ser sujetos acogedores aquellos en quienes concurren causas que impidan ser adoptantes (confr. art. 175 Cc), porque no sería en interés del menor este acogimiento si, posteriormente, por no

---

(44) Por analogía con la adopción (confr. disp. adicional tercera, que denomina «pareja permanente»).

(45) FINOCCHIARO/FINOCCHIARO, entienden que familia, dicen textualmente: «cioè di una coppia di persone conviventi». *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. (Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983 n.º 184)*. Milano 1983, p. 23.

(46) EGEA I FERNÁNDEZ entiende que el concepto de familia surge a posteriori, será a partir del acogimiento que se creará un grupo social i jurídico formado por el menor y la persona que acoge. *La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985 de Juny de protecció de menors. L'acolliment*. RJC. 1987, p. 319.

En la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de reproducción asistida, se baraja de nuevo el concepto de familia formada por «mujer sola» a la que se le aplica dichas técnicas reproductoras y se añade expresamente «desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia». Por tanto el concepto de familia surgiría a posteriori, como indica EGEA.

(47) SANCHO REBULLIDA entiende que no es de aplicación analógica la capacidad para adoptar, sino que debe exigirse tan sólo la plena capacidad de obrar. *El nuevo régimen... cit.*, p. 62.

concurrir las cualidades para ser adoptante se tendría que proceder a un cambio de sujeto activo. Sin embargo, que el acogimiento sea preadoptivo no se sabrá *a priori*, porque no lo califica, expresamente, la ley 21/1987 (48), aunque se desprenda de la E. de M.; sin embargo el Convenio Europeo (49) en materia de adopción de menores, n.º 58 de 24 de abril de 1967, en su art.17 recomienda que la adopción sólo pueda acordarse cuando el menor, previamente, se haya confiado en acogimiento y la autoridad judicial aprecie las relaciones que se establecerían entre adoptante y adoptado, si la adopción fuese concedida.

2. El sujeto pasivo es el acogido o internado, el menor, sometido a tutela automática u ordinaria, o bien a patria potestad.

Que sea menor es esencial para constituir el acogimiento, no para seguir acogido. Se puede seguir en régimen de acogimiento siendo mayor de edad, si voluntariamente se acepta seguir conviviendo con los acogedores, y esto se desprende del art. 176,2,4.º Cc, que permite la adopción de mayores de edad o menores emancipados, en relación con el art. 175,2 Cc que preceptúa que sólo podrán ser adoptados los menores no emancipados, salvo que inmediatamente antes de la emancipación hubiere existido una situación de acogimiento.

Además del menor de edad, podría darse entrada, también, como sujeto pasivo al mayor de edad incapacitado (50), tanto que se halle bajo tutela ordinaria como bajo patria potestad prorrogada o rehabilitada. La ley no lo contempla, sino que se trata de una ley de protección de menores y sólo son menores los que tengan menos de 18 años; también se considera menor al que esté emancipado (51). En la guarda de hecho puede ser sujeto pasivo el incapaz, por tanto, aunque sea mayor de edad puede estar colocado en guarda de hecho (ex art. 303 Cc), pero no puede estar en situación de acogimiento porque la propia ley lo limita a los menores de edad.

---

(48) El Proyecto de Ley (BOCG, de 10 de marzo de 1986) tenía en cuenta la preferencia para acoger al menor de las personas que cumplieran las condiciones para adoptar al menor, según se disponía en el art. 173,1 de dicho proyecto.

(49) ARCE Y FLOREZ-VALDÉS entiende que «no hubiera sido superflua una más atenta reflexión sobre el contenido del art. 17 del Convenio europeo en materia de adopción de menores», *El acogimiento familiar y la adopción...*, cit., p. 751.

(50) HAZA DÍAZ, Pilar de la, se manifiesta a favor de una interpretación más flexible en los supuestos de mayores, que no puedan gobernarse por sí mismos, entendiendo que cabe la asunción de la tutela automática (y por tanto, entiendo, puede derivarse el acogimiento) por parte de las entidades públicas, para que asuman su asistencia en tanto se les incapacita y se les nombra tutor, *Notas sobre el «affidamento» familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar ...*, cit., p. 982.

(51) SANCHO REBULLIDA entiende que el menor emancipado queda englobado como sujeto pasivo de esta ley. *El nuevo régimen...*, cit., p. 37. FELIÚ REY dice que: «se atiende a la protección del menor «in genere» con independencia de su ámbito de capacidad de obrar». *Breve estudio de las nuevas figuras introducidas ...* cit., p. 807.

## 2.5. EL INTERÉS DEL MENOR

El interés del menor queda patente desde el inicio del procedimiento de constitución del acogimiento y, posteriormente, durante el acogimiento, por ello vamos a ver este «interés» desde un doble plano:

1) Ya en la constitución del acogimiento familiar existe un deber hacia el menor que es procurar su interés. Incluso en la fase previa a la formalización de la constitución del acogimiento tanto administrativo, como judicial debe realizarse en interés del menor (confr. arts.173,2 *in fine* Cc y 1828,2 *in fine* LEC). Este interés está patente tanto dándole entrada para prestar su consentimiento, si tiene 12 años, como oyéndole si es menor de esta edad, pero tiene suficiente juicio. Se refleja, también, en todo el procedimiento de constitución del acogimiento (art.173,2 Cc) y dando entrada al Ministerio Fiscal (art.1828 LEC). Como, también, al encomendar a las entidades públicas la propuesta y vigilancia del acogimiento (confr. arts. 172,3; 173,2; 174,3 Cc), así como al Ministerio Fiscal (art. 174,1 Cc). Este interés del menor también se ve reflejado en impedir funciones de mediación de acogimientos a personas o entidades que no sean calificadas como tales (disp. ad. primera, prop. cuarta) y, exigiendo una serie de requisitos y controles para habilitar a las entidades privadas colaboradoras (disp. ad. primera, prop. segunda, tercera y quinta). Y, en suma, exigiendo reserva a las personas que presten sus servicios en estas entidades públicas o colaboradoras sobre la información del menor (disp. ad. primera, prop. séptima y art. 173,4 Cc y art. 1826,2 LEC).

2) Este interés del menor queda, también, reflejado en las funciones de vigilancia, que corresponde al Ministerio Fiscal, siendo, también, responsable la entidad pública (art. 174,1 y 3 Cc). Estas funciones de vigilancia se estructuran mediante la comprobación de la situación del menor, semestralmente, y promoviendo, si fuera necesario, ante el Juez, las medidas de protección que estime oportunas (art.174,2 Cc). Por su parte la entidad pública está obligada a dar noticia al Ministerio Fiscal de los nuevos ingresos de menores, así como remitirle copia de los escritos de las formalizaciones de acogimientos (art.173,2 Cc); también está obligada a vigilar el acogimiento, ya sea ejercido por el director del establecimiento o por persona o personas que acojan al menor (art. 172,3 Cc), y a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que detecte en el ejercicio del acogimiento (art.174,3 Cc).

## 2.6. CONTENIDO DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

El efecto que produce la constitución de acogimiento familiar es crear una relación de ámbito personal entre acogedor y acogido y esta relación que se crea produce unos determinados derechos y deberes.



El contenido del acogimiento está compuesto, esencialmente, por deberes o funciones que pesan sobre el sujeto activo que acoge al menor, aunque puedan existir unos determinados derechos.

El conjunto de obligaciones que tiene quien acoge al menor son equiparables a las que tiene el titular de la patria potestad, que tenga atribuido el ejercicio (art.154,1 Cc), y las que tiene el tutor de persona (269 Cc), y éstos son los propios de la guarda (52), aunque se debe matizar: sólo comportan deberes personales y no patrimoniales (art.154,2 Cc), se trata, esencialmente, de los deberes de custodia, educación y alimentación. Una vez cesa el acogimiento familiar no existe una norma como la del art. 304 Cc para la guarda de hecho; en este caso no se pueden impugnar los actos (53) llevados a cabo por el guardador, si redundan en utilidad del menor o del presunto incapaz, lo que quiere decir que si no redundan en su utilidad son impugnables. La razón está en que el acogimiento sólo actúa en el ámbito personal (art. 269, 2.º y 3.º Cc) y no patrimonial; pero no es menos cierto que pueden existir actos, en el ámbito personal que sean desacertados, piénsese en decisiones sobre educación, salud etc., que podría ser oportuno interponer la consiguiente impugnación. Y esto porque cuando los padres o tutor no están privados de la patria potestad, aunque mantengan en suspenso la potestad de guarda, son los representantes legales del menor, aunque la titularidad de la guarda la ostente la entidad pública.

Sin embargo no hay que olvidar que las funciones del que acoge, son normas de la guarda, cuya titularidad corresponde a la Entidad pública (art.172,3 Cc) y están sometidas a la vigilancia del Fiscal y de la Entidad pública correspondiente. Incluso en los casos en que se constituye la guarda o acogimiento, a solicitud de los padres, sin que entre la tutela automática, podría entenderse que tienen que tenerse en cuenta las instrucciones paternales (54) o del tutor, que de no seguirlas, se po-

---

(52) PERLINGIERI/PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, entienden que los derechos-deberes que pasan del titular de la patria potestad al acogiente son los ligados a la convivencia. *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*. Quaderni della Rassegna, Napoli 1984, p. 57.

(53) La clase de actos que puede ejecutar el guardador y no pueden impugnarse si redundan en su utilidad son cualquier tipo de acto. ROGEL VIDE, Carlos dice «no podrán ser impugnados —nada menos—, y, además, no sólo los actos meramente conservativos, ni sólo los actos de administración —ordinaria o extraordinaria que ésta sea—, sino los actos, sin más paliativos todos los realizados, parece desprenderse, cualquiera que sea su especie, incluidos los dispositivos. *La guarda de hecho, cit.*, p. 31.

(54) El art. 5,1 de la ley de 4 de mayo de 1983, sobre la adopción y el acogimiento, en Italia, contempla la necesidad de tener en cuenta las indicaciones de los padres y del tutor.

EGEA FERNÁNDEZ también entiende que deben seguirse las indicaciones de los padres en los supuestos en que los padres tengan la patria potestad sobre los hijos (art. 172,2 C.c.). *La Protección de menores...*, cit., p. 74.

dría proceder a su impugnación, ya que siguen siendo sus representantes legales. No hay que olvidar que los padres pueden pedir el cese del acogimiento, en cualquier momento (art. 173,3.º Cc). En especial entiendo que cuando el acogimiento es remunerado deben seguirse las indicaciones de los padres, piénsese por ej. en la posibilidad de indicar, los padres, el tipo de centro donde el hijo deba realizar sus estudios.

En el contenido del acogimiento familiar hay obligaciones que son comunes a la patria potestad y a la tutela, sin embargo hay otras que no las tiene el tutor (por ejemplo tenerlo en su compañía, confr. art. 269 Cc), y otras que tiene el titular de la patria potestad y no las tiene quien acoge (ej. la representación y administración de los bienes, art.154,2 Cc). El problema surge respecto al derecho de representación en el ámbito personal, piénsese, por ejemplo en materia educativa: firma de calificaciones, cambio de centro educativo; o en materia de salud; o en el ámbito de los derechos de la personalidad, cuando el menor no pueda actuar por si mismo.

Parece evidente que el acogimiento no contiene el derecho de representación (ex art.1828,5 LEC), será aconsejable que en el ámbito de la representación personal, propia de la guarda, que sea el que acoge quien tenga esta representación, en aras al buen funcionamiento del acogimiento, o cuando menos la ostente la entidad pública que es la titular de la guarda, porque no debemos olvidar que éste se constituye, precisamente, por circunstancias que dificultan la protección de menores, ya sea por causas imputables a los padres o al tutor o bien por causas inimputables.

El derecho de representación siguen ostentándolo los padres o el tutor ordinario. En algunos supuestos no planteará problemas, los padres o el tutor actuarán en este ámbito; los problemas pueden surgir cuando exista imposibilidad de los padres de ejercer tal derecho. De la ley de 1987 no se desprende que la facultad de representación la tenga la Entidad pública, ya que ésta asume sólo la guarda, que no implica representación legal, excepto en los supuestos que asuma la tutela automática, que debe entenderse, como se ha dicho anteriormente, que se configura como el tutor de persona, en el ámbito de la tutela ordinaria; por tanto la entidad pública, en estos supuestos, ostentará la representación legal en el ámbito personal del menor.

### *2.6.1. Deberes del que acoge y del acogido*

El primer deber del acogimiento es la plena participación del menor en la vida de familia (art.173,1 Cc). Esto constituye un deber para el sujeto que acoge al menor, cuando se trata de personas que lo acogen. Este deber no puede predicarse de la institución, por cuanto no tie-

ne el carácter de familia. Inversamente se trata de un derecho del menor a la plena participación en la vida de familia (55).

1. Las otras obligaciones que tiene quien acoge son comunes a la patria potestad y a la tutela, porque son comunes al concepto de guarda y son: velar por él; alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral (art.173,1 Cc; confr. con los arts.154,1 y 269 Cc). Aunque no lo diga la ley, parece que es deseable que se observe un pleno respeto al desenvolvimiento de su personalidad. La obligación del acogedor, entiendo que, se reduce a ofrecer al menor cuanto sea necesario para su pleno desarrollo de forma proporcional a las posibilidades económicas de la familia que lo acoge, salvo que sea remunerado, en cuyo caso tendrá que seguir las instrucciones de quienes ostentan la titularidad de la patria potestad o del tutor, en su caso, o de la entidad pública, que es la titular de la guarda, cuando tenga la tutela automática.

Tampoco dice la ley, pero parece oportuno, en vistas a la finalidad que debe perseguir el acogimiento (la reinserción en la familia de origen), el deber de cuidar al menor de forma sustitutiva, y no antitética a la de los padres por naturaleza, ya que se debe procurar la reinserción del menor en su familia de origen. No hay que olvidar, sin embargo, que en la Ley de 1987, el acogimiento es sólo el ejercicio de la guarda, cuya titularidad la ostenta la Entidad pública (art.172,3 Cc), por tanto las directrices deberá marcarlas la Entidad pública, en cuanto titular de esta guarda, siempre compatibilizándolo con la representación legal que tienen los padres o el tutor.

Otra obligación propia del acogimiento y la patria potestad y que no lo es en la tutela, es la de tener al menor en su compañía (art.173,1 Cc). Propia, también, del acogimiento y de la patria potestad (art.161 Cc) es la obligación de dejar a los padres el derecho de visita; la nueva redacción del art.161 Cc dispone que «tratándose de un menor acogido, el derecho que a sus padres corresponde para visitarle y relacionarse con él, podrá ser regulado o suspendido por el Juez, atendidas las circunstancias y el interés del menor»; este artículo reconoce a los padres el derecho de visita, salvo que el Juez determine lo contrario. También se desprende del n.º 4 del art.172 Cc, donde preceptúa que se procurará la reinserción del menor en su propia familia, así como el art.1826 LEC que determina que el Juez puede «practicar» cuantas diligencias estime oportunas en beneficio del menor, por tanto este derecho garantiza, judicialmente, su ejercicio. De ellos se puede desprender, tanto la necesidad del derecho de visita, para procurar la reinserción del menor en su propia familia, como la prohibición de este derecho cuando redunde en perjuicio del menor. Salvo disposición ju-

---

(55) ARCE FLOREZ-VALDÉS, afirma que el acogimiento familiar podría producir «el acceso a la adopción transcurrido un año, sin requerir propuesta de la entidad pública (art 176,2,3.º Cc.)». *El acogimiento familiar. ...*, cit., p. 763.

dicial que así lo determine, es derecho del menor y de los padres, poder visitarlo y relacionarse con el menor. Como vimos anteriormente, el derecho de visita siempre se otorga cuando se suspende el derecho de guarda y en favor del sujeto que tiene suspendido este derecho.

Si quienes acogen son matrimonio o pareja de hecho deben proceder de consuno en la guarda y educación del acogido; es posible acudir al Juez en caso de desacuerdos (por aplicación analógica del art.156,2 Cc), que de ser reiterados, el Juez podrá atribuir el ejercicio del acogimiento a uno de los dos cónyuges.

Parece que entre los deberes de los que acogen está el de corregir moderadamente al acogido, ya que es propio de la función de educarle, y no es exclusivo de la cualidad de padres, sino de las funciones de guarda (ex art.268,2 Cc).

La obligación de promover la tutela (art.229 Cc) no lo es del supuesto de acogimiento legal, porque existe la tutela automática o bien patria potestad y tutela ordinaria, sólo lo es para el supuesto de acogimiento sin formalización, de acuerdo con este Código, es decir de la guarda de hecho.

El sujeto activo es también responsable extracontractualmente de los daños causados por el acogido (art.1903,2 y 3 Cc), ya que la responsabilidad se deriva de la guarda (56).

2. En cuanto al menor la ley no determina cuales son sus deberes (57); analógicamente podría aplicarse los deberes del hijo sometido a patria potestad. El deber de respetar y obedecer a quien acoge no se deriva de la procreación sino de la contrapartida hacia quien ejerce los deberes de guarda (ex art.268,1 Cc).

## 2.6.2. Derechos del que acoge y del acogido

1. Además de los deberes existen, también unos derechos del sujeto activo. En primer lugar, es derecho del sujeto activo, cuando no se

---

(56) DÍAZ ALABART entiende que «la *ratio* de la responsabilidad de los padres y tutores se apoya sobre dos pilares. Uno, la obligación de unos y otros de ocuparse de los menores y tutelados, por mor de la relación de filiación o tutela que les une con ellos, tanto para cuidar de esos mismos menores o incapacitados como para que no causen daño a otros. Y otro, la posibilidad de ejercitar esas funciones por medio de los poderes y facultades que sobre aquéllos les concede la ley y la sociedad. Esta razón no se da más que en el caso de padres y tutores, y no en el de los demás parientes, pues a éstos les falta la obligación y los correlativos poderes que ésta lleva consigo». *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*. ADC, julio-septiembre 1987, p. 824. Entre acogedor y acogido existe, efectivamente la relación de acogimiento, y ésta implica ejercicio de la guarda, que a su vez implica cuidado sobre el menor.

(57) VALLADARES RASCÓN entiende que le son de aplicación los propios de la patria potestad. *Notas urgentes sobre la nueva...*, cit., p. 37. ARCE Y FLOREZ-VALDÉS entiende que «a los acogedores les asiste la facultad de exigir obediencia del menor acogido». *El acogimiento familiar...*, cit., p. 763.

trate de establecimiento, sino de persona o personas particulares, y siendo el acogimiento previo a la adopción, ser informado sobre la salud del menor (disposición adicional primera, proposición 8).

Otro derecho que goza, la persona o personas particulares que acogen, es que el acogido quede integrado en el régimen de la Seguridad Social, siempre que el sujeto activo gozare de este beneficio (disposición adicional cuarta).

También tiene derecho a la remuneración, por el acogimiento, si este ha sido estipulado como remunerado (art.173,2 Cc). Sea remunerado o no, parece que es obligación del que acoge, correr con todos los gastos derivados del acogimiento. La doctrina asimiló la guarda de hecho a la gestión de negocios ajenos; por tanto, sería de aplicación las normas de responsabilidad e indemnización por los gastos hechos por el gestor (arts.1893 y 1894 Cc); esta conclusión es debida a que el guardador actúa como tutor, por tanto actúa en el ámbito patrimonial, cosa que no ocurre con el guardador, además es una figura más afín a la del adoptante. Sin embargo, para la guarda de hecho el art.306 Cc dispone que «será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el art.220 Cc respecto al tutor». Este art. 220 Cc confiere al tutor un derecho a ser indemnizado, a cargo de los bienes del tutelado, si sufre daños en el ejercicio de su función. Para que se de este derecho tiene que concurrir: la existencia de daños y perjuicios; que éstos se ocasionen debido al desempeño de las funciones propias del cargo; que no exista culpa por parte del tutor; y, por último, que no tenga otro medio de resarcimiento. Es posible entender que el art. 306 Cc pueda aplicarse analógicamente al acogimiento familiar, sin embargo ya se ha dicho que esta institución es más afín a la adopción que a la tutela o a la guarda de hecho (que no deja de ser, ésta, una tutela de hecho, ya que tiene contenido patrimonial).

2. Existen otros derechos que tiene el menor, y es el de vigilancia sobre el funcionamiento del acogimiento. Esta vigilancia incumbe al Fiscal, y en colaboración con el Fiscal está obligada la entidad pública (art. 174 Cc y 1826 LEC). Como, también, el derecho de que sean confiados, los hermanos a una misma persona o personas, en definitiva, a que no se les separe, salvo que sea perjudicial para el menor (confr. art. 172,4 Cc). Como, también, parece que se desprende del art. 172,1 y disp. ad. primera, aunque no esté formulado de modo explícito, es que viva en la región donde residía el menor, antes de producirse el acogimiento, y ello para facilitar las relaciones con sus padres, así como no producir un perjuicio al menor, al separarle de su entorno habitual.

También tiene derecho el menor a comunicarse con los padres, ya que éstos tienen el derecho de visita (art. 161 Cc), consecuencia de que el fin del acogimiento es la reinserción del menor en su propia familia (ex art. 172,4 Cc).

3. Otro derecho que goza el que acoge y, en particular el acogido, es el derecho de reserva (confr. arts.173,4 Cc; disposición adicional primera, proposición 7 y art. 1826,2 LEC).

### 2.6.3. Los gastos derivados del acogimiento

La ley de 1987 no determina a cargo de quien corren los gastos de alimentación y educación del menor. Del art.173,1 Cc se desprende que las personas que tienen en acogimiento familiar a un menor deben alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. Ciertamente esto son deberes que se imponen al sujeto activo, sin embargo estos deberes parece que imponen que, efectivamente, los gastos que producen la alimentación y la educación corren a cargo de estos sujetos.

El Decreto de 11 de junio de 1948, de Tribunales Tutelares de Menores establecía unas directrices, al respecto. En su art. 12 disponía el deber de los padres, si disponían de medios suficientes, de satisfacer las pensiones para educación, fijadas por el Presidente del Tribunal, tanto si el menor estaba entregado en acogimiento familiar, como internado en un establecimiento público. En los arts. 25 y 26 de este Decreto se dan las directrices de cuando el menor es sustentado por cuenta de los padres o por cuenta de los Municipios. Y más concretamente en su Reglamento se determina quienes deben contribuir en caso de no poderlo hacer los padres o el mismo menor, así como la proporcionalidad (arts.149; 150; 151; 153).

En un intento de suplir la falta de regulación legal, es posible afirmar que, si el acogimiento se ha constituido con el consentimiento de los padres o, en su caso, del tutor (art. 173,2 Cc), es posible mantener que los gastos corren a cargo de los padres, o a cargo del patrimonio del acogido, cuando éste está sometido a tutela, porque sobre estos patrimonios pesa la obligación. Si bien puede hacerse la salvedad en el supuesto que se haya constituido el acogimiento, a instancias de los padres o el tutor, por falta de medios materiales para alimentarlo. En estos supuestos y cuando el menor esté sometido a tutela automática, por encontrarse en situación de abandono, y careciendo los padres o el tutor, si son conocidos, de medios, cabe pensar que los gastos corren a cargo de los sujetos que lo acogen.

En Derecho francés se distinguen dos supuestos: el caso regulado en el art. 375 del *Code*, que podría corresponder al supuesto del art. 172,1 del Cc., y el supuesto de delegación de las funciones de la patria potestad del art. 377 del *Code*, que correspondería, en cierto modo al supuesto del art. 172,2 Cc.; para ambos supuesto se regulan, en el *Code*, sobre quien recaen los gastos que se derivan de la asistencia al menor. Así, para el primer supuesto el art.375-8 del *Code* dispone: «Les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qui a fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative continuent d'incomber à ses père et mère ainsi qu'aux ascendants auxquels des aliments peuvent être réclamés, sauf la faculté pour le juge de les en décharger en tout ou en partie». En cuanto al segundo supuesto el art. 377-2, segundo párrafo del *Code* dispone: «Dans le cas où la restitution de l'enfant est accordée aux père et mère, le tribunal met à leur charge, s'ils ne sont indigents,

le remboursement de tout ou partie des frais d'entretien». Por tanto, salvo el caso de insolvencia de los padres, son éstos los que corren con los gastos de los hijos, en los supuestos de delegar la guarda de los mismos a un tercero.

## 2.7. CESACIÓN DEL ACOGIMIENTO. EL EXPEDIENTE DE CESACIÓN

El acogimiento está presidido por la nota de temporalidad: o se trata de un acogimiento, que desembocará en la adopción o tiene como finalidad la reinserción del menor en su familia de origen.

### 2.7.1. *Causas de cesación*

Si se dan una serie de causas, ya sea por adopción, por reinserción en la familia de origen o bien por obtener el beneficio de la mayor edad, puede cesar el acogimiento por decisión del Juez o de unas determinadas personas que contempla la ley, según se haya formalizado el acogimiento judicial o administrativamente. Parece que no es causa de extinción la constitución de la tutela ordinaria, ya que entre los deberes no está el tenerlo en su compañía (ex art. 269 Cc). Entiendo que podría continuar, el menor, en régimen de acogimiento familiar aún constituyéndose la tutela ordinaria. Como es causa de extinción, las propias que extinguen las relaciones personales, ej. muerte, declaración de fallecimiento etc. del menor; que si se trata del sujeto que acoge no producirá la cesación del acogimiento, sino el cambio de sujeto.

### 2.7.2. *Procedimiento: con o sin expediente previo*

La cesación del acogimiento deberá ser previo expediente (art.1828,4 LEC), cuando se haya constituido judicialmente; o bien, simplemente por decisión de unas determinadas personas que contempla la ley.

Si se ha constituido judicialmente sólo podrá cesar judicialmente, mediante resolución judicial de cesación (art.173,3 *in fine* Cc). Si se ha constituido administrativamente, cabe la cesación por voluntad de las personas que determina la ley, y, también, por decisión judicial (art. 173.3.1.º Cc).

### 2.7.3. *Decisión de cesación*

- 1.º Por resolución judicial.

Para que cese judicialmente el acogimiento, el Juez debe iniciar un expediente de cesación del acogimiento (art. 1828,4 LEC). Este expediente se inicia de oficio o a petición del menor, de su representante legal, de la entidad pública, del Ministerio Fiscal, o bien de las personas que lo tengan acogido.

Son causas para que cese el acogimiento por resolución judicial (art.173,3,1.º Cc) la constitución de la adopción del menor (art.176,1 y 2,3.º Cc); la concesión del beneficio de la mayor edad (art.321 Cc); que judicialmente se acuerde la recuperación de la titularidad o del ejercicio de la patria potestad, en los casos que se haya perdido por disposición judicial. Y en todos aquellos supuestos en que se haya constituido el acogimiento judicialmente, cuando, el juez, en interés del menor lo determine (art.173,3 *in fine* Cc), así en los casos que se nombre tutor según las reglas ordinarias (ex art. 239,2 Cc), que cesa la tutela automática, puede cesar, también el acogimiento. «Por decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación a la entidad pública» (art. 173,3,2.º Cc y 1828,4 LEC). En este supuesto se requiere, además, que el Juez declare la cesación del acogimiento, aunque este supuesto no da lugar a la extinción del acogimiento, sino que cesa un determinado acogimiento por una persona o personas y se pasa a otro acogimiento o internamiento. También es causa de cesación la «petición del tutor o de los padres que tengan la patria potestad y reclamen su compañía» (art.173,3,3.º Cc y 1828,4 LEC).

En concreto se procederá a cesar el acogimiento judicialmente cuando cesen las causas que judicialmente los provocaron.

No se contempla, específicamente, como causa de extinción del acogimiento, el supuesto de incumplimiento de los deberes propios del «acogedor» así como el inadecuado o imposible cumplimiento de los deberes de guarda (ex art. 172 Cc), si bien más que ante un caso de cesación estaríamos ante un supuesto de sustitución de la persona que acoge. Parece oportuno insistir que corresponde al Fiscal la superior vigilancia del acogimiento y tomar las medidas que le parezcan oportunas (art.174,1 y 2 Cc), y una de estas medidas sería la sustitución de la persona o personas que acogen al menor. Como también cabe que el MF entienda que cesa el acogimiento, que pondrá en conocimiento del Juez para que se inicie a petición del MF el expediente de cesación (art. 1828,4 LEC). Esta iniciativa del Ministerio Fiscal ante esta causa de cesación o cambio de acogimiento puede tomarla, también, la entidad pública (art.1828,4 LEC), ya que le corresponde la vigilancia del acogimiento (art.172,3 Cc), que deberá ponerlo en conocimiento del Juez para que decrete su cesación.

El Juez podrá acordar la cesación del acogimiento siempre que oiga a la entidad pública, al menor, o a su representante legal (ya sean los padres, si conservan la titularidad o el tutor), y a las personas que tengan acogido al menor (art.1828,5 LEC).

2.º Por decisión de las personas que marca la Ley.



En los supuestos que se haya formalizado el acogimiento por la entidad pública, podrá cesar el acogimiento por decisión de los padres o tutor o por decisión de la persona o personas que lo tienen acogido y también por decisión judicial, aunque se haya formalizado administrativamente el acogimiento, en los supuestos que hemos visto.

1) Cesa, también, el acogimiento, cuando así lo decidan la persona o personas que lo tienen acogido, siempre que lo hayan comunicado previamente a la Entidad pública correspondiente (art.173,3,1.º Cc). La causa, por tanto de cesación es la decisión de los sujetos acogedores. Se trataría de una extinción unilateral del ejercicio de guarda. La ley no determina que deba anunciarse tal decisión en un plazo determinado, por tanto el acogimiento cesará ante la decisión del sujeto que acoge, siempre que lo comunique a la Entidad pública; porque de otro modo podría encontrarse, el menor, en situación de desamparo. La ley exige previa comunicación a la Entidad pública; se puede mantener que rige la teoría de la recepción. Hasta que la Entidad pública no tenga conocimiento de la decisión de las personas o persona que tienen acogido al menor, no pueden dejar de cumplir los deberes propios del acogimiento porque redundaría en contra del interés del menor. Si es por decisión de tales personas no significa que las causas que motivaron el acogimiento hayan cesado, en consecuencia, más que causa de cesación del acogimiento, lo es de sustitución; el menor deberá pasar, en acogimiento, a otra persona o personas, o bien a un internamiento en un establecimiento idóneo.

Si el acogimiento es remunerado y estamos, como hemos visto, ante un arrendamiento de servicios, dado que, como hemos dicho, se trata de un negocio accesorio, se extinguirá si se extingue el negocio principal.

2) Otra causa de cesación del acogimiento es la petición de los padres que ostenten la titularidad de la patria potestad o del tutor, que reclamen su compañía (art.1 73,3,3.º Cc). En estos supuestos se tratará de acogimiento sin constitución automática de tutela, sino que, tanto los padres como el tutor habrán solicitado el acogimiento por alguna causa que imposibilite el ejercicio de la función de guarda. Estaríamos, por tanto, ante un cese de la imposibilidad de tal ejercicio. Esta sería una causa de extinción del acogimiento al quedar integrado el menor, nuevamente, en su propia familia. Se trataría de un supuesto de extinción del acogimiento por reinserción en la propia familia. En la ley se presenta como una facultad resolutoria unilateral por parte de los padres, sin control judicial. Parece que no debiera ser suficiente que reclamen su compañía para que cese el acogimiento, sino que será necesario que manifiesten poder atender al menor, de otra forma podría quedar, éste, en situación de desamparo. Sería deseable que se requiriera la intervención del Ministerio Fiscal para adoptar tal medida, en interés del menor y no funcionara como una facultad resolutoria

unilateral. Tampoco se requiere, como se desprende de la ley, la decisión de la entidad pública para cesar el acogimiento; en interés del menor sería aconsejable interpretar que, o bien la entidad pública o bien el Ministerio Fiscal tendrían que valorar la procedencia de cesación del acogimiento.

3.º En ambos supuestos, tanto si se ha constituido judicialmente el acogimiento, como administrativamente, puede cesar el acogimiento por la mayoría de edad. Sin embargo, dado que el acogimiento incide en el plano personal (58), y no interfiere en el plano patrimonial no es esencial la mayoría de edad para que cese el acogimiento. Será voluntad del acogido que cese el acogimiento sin que tenga que intervenir ni la Entidad pública ni el juez, y podría continuar con el contenido de los alimentos, art. 142 Cc.

---

(58) El acogimiento puede continuar con el contenido de los alimentos (art.142 Cc), que no es, sólo, propio de la menor edad, sino del estado de necesidad, y no hay razón para que no puedan seguir siendo suministrados por el que tiene al mayor en acogimiento.

## BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- AMORÓS MARTÍ, Pedro: *La adopción y el acogimiento familiar*. Madrid 1987.
- ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, Joaquín: *El acogimiento familiar y la adopción en la Ley 11 de noviembre de 1987*. RGLJ 1987, n.º 5.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *De la guarda de hecho*. Madrid 1984.
- BOUZA VIDAL, Nuria: *La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción y su proyección en el Derecho Internacional Privado*. RGLJ. 1987, n.º 6.
- BOQUE I CALVET, Jaume: *Centres de protecció i acollida: dues realitats compatibles*. Papers d'estudis i formació, decembre 1988, n.º 4. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- CERDA GIMENO: *Notas de urgencia acerca del nuevo proyecto de Ley de Reforma de la Adopción*. RCDI 1987.
- CUTILLAS TORNS, José María: *Consideraciones sobre el internamiento de presuntos incapaces*. La Ley, N.º 1879, Madrid 1988.
- DÍAZ ALABART, Silvia: *La responsabilidad por actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*, ADC 1987.
- DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Ignacio: *Consentimiento, asentimiento y audiencia en la nueva Ley de adopción*, RCDI 1989.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *El negocio jurídico del Derecho de Familia*, RGLJ 1962,1.
- EGEA FERNÁNDEZ, Joan: *La protecció de menors a Catalunya. Els diferents règims de protecció. (Propostes de nova regulació)*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Barcelona 1989. *La tutela de menors a la Llei catalana 11/1985 de Juny de protecció de menors. L'acolliment*. RJC 1987.
- FADIGA, Luigi: *El abuso respecto a la infancia*, Papers d'Estudis i Formació. Decembre 1988, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- FELIU REY, Manuel-Ignacio: *Breve estudio de las nuevas figuras introducidas por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*. Actualidad Civil, n.º 35, 1989. *Comentarios a la Ley de Adopción*, Editorial Tecnos, Madrid 1989.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, Mariano: *La adopción*, ADC 1970.
- FINOCCHIARO, Alfio / FINOCCHIARO, Mario: *Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori. (Commento teorico-pratico alla legge 4 maggio 1983 n.º 184)*. Milano 1983
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Presentación al número monográfico de diciembre de 1987 sobre la Ley 21/1987 de 11 de noviembre*. RGLJ 1987, n.º 5.
- GARCÍA GARCÍA, Inmaculada: *Notas para una construcción jurídica del acogimiento de menores en el Derecho español*. La Ley 1988.
- HAZA DÍAZ, Pilar de la: *Notas sobre el «affidamento» familiar en Derecho italiano y el acogimiento familiar en el Código civil español*. RGLJ 1987 n.º 6.
- JORI TOLOSA, José Luis: *La función de la justicia para la protección de la infancia desde una perspectiva práctica*. Papers d'estudis i formació. Decembre 1988, n.º 4. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- LLEBARÍA SAMPER, Sergio: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*. Librería Bosch. Barcelona 1990.
- LLEDO YAGÜE, F.: *Comentario al Proyecto de Ley de Adopción*, ADC 1986.
- LORCA MARTÍNEZ, José: *La tutela «ex lege» o tutela de los menores en situación de desamparo*. Actualidad Civil 1989, n.º 24.
- LORCA NAVARRETE, Antonio M.<sup>a</sup>: *Aspectos procesales de la nueva ley de adopción*. La Ley, abril 1988.
- MARÍN I CAÑADA, Tomás: *Projecte de modificació del Codi civil en matèria d'adopció*. Cuacerns de Serveis Socials, n.º 1. Barcelona, octubre 1986.

- MARTÍNEZ PIÑEIRO CARAMES, Eduardo: *Comentario al proyecto de ley sobre adopción*. Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada, n.º 80, 1987.
- MORRAL I FERRER, Carme: *Reflexions sobre una dialèctica entre la nova llei d'acolliments familiars i adopcions, i una perspectiva psicològica*. Papers d'estudis i formació. Decembre 1988, n.º 4. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.
- MUÑOZ ROJAS, Tomás: *Perspectiva judicial del acogimiento y de la adopción*, Actualidad Civil 1989, n.º 9.
- PASCUAL ESTEBAN, José Luis: *La tutela y la guarda de menores por las entidades públicas. El acogimiento. La adopción*. RDN, n.º 140, abril-junio 1988.
- PÉREZ GALLEGO, Roberto: *La guarda y el acogimiento de menores. Examen parcial de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre*. Revista Tapia, n.º 48, octubre 1989.
- PERLINGIERI, Pietro: *Legge 4 Maggio 1983, n.º 184. Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori*. Le nuove Legge civile commentate, n.º 1-2. Padova 1984.
- PERLINGIERI, Pietro/PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino: *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*. Quaderni della Rassegna di diritto civile. Napoli 1984.
- PILLADO MONTERO: *Notas sobre el proyecto de ley de reforma en materia de adopción*. RDP, mayo 1987.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo: *El nuevo régimen procesal de la adopción*, RGLJ 1987, n.º 5.
- RICO-RUIZ, Francisco: *La función tutelar de las Fundaciones*, RGLJ 1988, n.º 5.
- RIPOLL-MILLET, Aleix/ RUBIOL, Gloria: *L'acolliment familiar*, Barcelona 1988.
- RODRÍGUEZ JORDA, Pilar: *Las entidades competentes públicas y privadas. Alcance de sus competencias. La tutela automática*. Conferencia pronunciada en la mesa redonda, organizada por el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1988; presentada por Gabriel GARCÍA CANTERO, recogidas en *El régimen jurídico de la Adopción*. Colección Aragón de bienestar social. Zaragoza 1989.
- ROGEL VIDE, Carlos: *La guarda de hecho*. Madrid 1985.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: *La tutela «ex lege» la guarda y el acogimiento de menores*, Actualidad Civil, n.º 2, enero 1988. *El acogimiento y delegación de la Patria Potestad*. Editorial Comares, Granada 1989.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *El nuevo régimen de la familia. IV Acogimiento y adopción*. Cuadernos Cívitas, Madrid 1988.
- VALLADARES RASCÓN, Eitelvina: *Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción*. Poder Judicial, n.º 9, mayo 1988.
- VERA OLIVER, Antonio: *La función integral de los centros de protección: la educación integral*. Papers d'estudis i formació. Decembre 1988, n.º 4, Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia.



Imprescriptibilidad y recuperación de oficio de las  
vías pecuarias: un análisis de la Disposición  
Final 1.<sup>a</sup> de la Ley de 27 de junio de 1974\*

JAVIER BERMÚDEZ SÁNCHEZ

Becario de investigación. Facultad de Derecho.  
Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I. Planteamiento: 1) Problemática social; 2) Problemática Jurídica.—II. Naturaleza Jurídica de las Vías Pecuarias: 1) La imprescriptibilidad de los bienes de uso común en la Tercera Partida, Ley VII, Título XXIX; 2) Servidumbres públicas o bienes de dominio público; 3) Intrascendencia a efectos de imprescriptibilidad de las vías pecuarias; su régimen jurídico.—III. Evolución Histórica de la Legislación Pecuaria en torno a la imprescriptibilidad: 1) Disposición Final 1.<sup>a</sup> de la Ley de 1974; 2) La Tercera Partida, Ley VII, Tít. XXIX; 3) La Novísima Recopilación; 4) Cuestiones de competencia; 5) R.D. de 13 de agosto de 1892; 6) Decreto-Ley de 5 de junio de 1924; 7) Decretos de 7 de diciembre de 1931 y de 23 de diciembre de 1944; 8) Ley de 27 de junio de 1974.—IV. Posturas Jurisprudenciales: 1) Partidaria de la usucapión; 2) Negadora de la usucapión.—V. Conclusión.

I. PLANTEAMIENTO

1. Mediante el complejo y vasto trazado de las cañadas, cordeles, veredas, descansaderos y abrevaderos fue posible durante varios siglos que la Cabaña española atravesara fundos privados, ciudades y pue-

---

\* He de agradecer al Profesor Dr. D. ANTONIO MANUEL MORALES MORENO su inestimable apoyo en la publicación del presente estudio, el primero, para mí, que ve la luz. Quiero igualmente agradecer al Prof. Dr. D. F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS Cid su infinita capacidad de plantear agudas objeciones, fruto de las cuales son estas páginas, que, en su día, fueron expuestas ante un Seminario de Profesores del Area de Derecho Administrativo de esta Facultad, dirigido por el Prof. Dr. D. ALFREDO GALLEGU ANABITARTE.

blos hasta llegar a los ansiados pastos, agostaderos e invernaderos, del Norte o del Sur respectivamente, según la época en que se encontraran, de tal forma que en un país de rudo clima, con inviernos que helaban los pastos del norte y veranos que secaban los del sur, se consiguió una necesaria complementariedad entre las diversas zonas climáticas del territorio, para que el ganado dispusiese continuamente de alimento natural, transhumancia que llegó a considerarse como la causa de la magnífica calidad de la lana de las merinas castellanas.

Para potenciar uno de nuestros recursos entonces más valiosos se fue dotando a La Mesta de una serie de «privilegios», desde el reinado de Alfonso X, que permitieran a los ganaderos el libre paso para acceder a los pastos frescos.

Ya en el siglo XVIII, los Ilustrados, y a la cabeza de ellos Campo-manes y Jovellanos, consideraron que era necesario abolir todos los privilegios que poseía el Honrado Concejo de La Mesta, que no hacían sino perjudicar el desarrollo agrícola del país, entonces firme promesa y supuesta fuente de riquezas aún sin explotar, causa final de la desertización en nuestros campos.

Al margen de dicha crítica quedaron los «camino pastoriles», de los que Jovellanos hizo una fervorosa defensa en el Informe de la Sociedad Económica Matritense de 13 de enero de 1835 sobre la Ley Agraria, pero esa desposesión de privilegios de La Mesta, su progresivo decaimiento y su abolición final en 1827, provocada también por levantamientos populares contra los ganaderos, significó la total victoria sobre los «señores de los caminos» por parte de los agricultores, que les llevó a una usurpación continua de estas vías, cada vez ya más inseguras y finalmente sustituidas por otras más firmes y rápidas: las de hierro, tras la aparición del ferrocarril.

Hoy existe un desuso generalizado de esta red de comunicaciones de magnífico trazado, con una longitud total de 125.000 km., en superficie unas 25.000 hectáreas (1% de la superficie nacional) (1), que están siendo ocupadas de forma masiva e indiscriminada.

Efectivamente, uno de los problemas que siempre han acompañado a las vías pecuarias es su desuso en determinados casos. Pero la legislación ya previó un mecanismo que permitiera la desafectación de estos bienes de dominio público, de uso común y general, para que posteriormente pudieran ser enajenados: la declaración de innecesariedad.

Hoy la práctica totalidad de estos caminos públicos no tiene una finalidad concreta que cumplir y parece que, desafortunadamente, se va abriendo hueco la idea de que no ocurre nada porque los propietarios

---

(1) Datos recogidos por la Fundación para la Ecología y la Protección del Medio Ambiente (FEPMA), en colaboración con el ICONA, publicados en la Revista de Medio Ambiente «QUERCUS», n.º 68, oct. 1991, pp. 24 y ss., en las que se recogen datos históricos y bibliográficos.

colindantes (muchas veces una misma finca atravesada por estas vías) hagan suyos estos terrenos. ¿Pero es que, acaso, no sería un supuesto semejante el que un particular decidiese que un determinado camino vecinal ya no es utilizado, innecesario por tanto, y que podría usurparlo sin reacción alguna por parte del Derecho? Es necesario, partiendo de una realidad inequívoca, abordar el problema con prudencia y desde una perspectiva jurídica, pues nos encontramos con unos bienes de dominio público, y por tanto con un régimen de protección especial, ante el que no podemos cerrar los ojos en unos supuestos sí y en otros no. Hay que afrontar el problema jurídico que esta situación nos plantea.

2. ¿Podría un particular ocupar un terreno de una cañada, cordel o vereda y usucapirlo tras el transcurso de un plazo determinado? ¿Qué ocurriría con los particulares que tuvieran inscritos en el Registro de la Propiedad unos terrenos sobre los que pasan vías pecuarias y que, sin embargo, no se hace mención de ellas?

Existe una jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirmó, sin cortapisa alguna, la posibilidad de usucapión de las vías pecuarias por el mero transcurso de treinta años. Además de estos supuestos ya amparados por sentencias firmes existe una oscura y titubeante legislación que parece recoger la posibilidad de que hubo un tiempo en que, efectivamente, era legítima dicha adquisición (D. F. 1.<sup>a</sup> L. de Vías Pecuarias de 1974).

Es un supuesto más de un bien de dominio público desprotegido, «abandonado» por la legislación (2). Evidentemente será difícil defender (como hace cierta jurisprudencia apoyándose en una particular interpretación de la confusa regulación vigente en cada momento) la prescriptibilidad treintenal de unos bienes que, sin que nadie lo dude, han sido siempre catalogados como de dominio público ya desde Las Siete Partidas, aun cuando hayan sufrido una progresiva degradación tanto en su uso social como en su evolución legislativa.

El núcleo del presente estudio trata de desmontar una equivocada concepción del término «irrevindicabilidad», aparecido en las diversas regulaciones pecuarias, que favorecía una errónea posibilidad de usucapión, ofreciendo otra, que justifica desde un punto de vista jurídico-histórico la alusión a dicho término como «irrevindicabilidad administrativa», con objeto de delimitar las competencias de la propia Administración, al indicar qué terrenos podrá recuperar de oficio.

---

(2) Como en su momento lo pudieron ser las costas hasta cierta jurisprudencia del T.S., SS. de 9 de noviembre de 1984 y 6 de julio de 1988, comentadas por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y por F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 6 y 17, respectivamente, y finalmente aborrecida por la Ley 22/88, de 28 de julio, de Costas, una vez resueltas las situaciones anteriores en su Disposición Transitoria Primera, estudiada por FENOY PICÓN y por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLII, 1989, pp. 915 y ss. y 937 y ss., respectivamente, a las que se acerca la paralela problemática planteada sobre las vías pecuarias.



Para una posterior fácil comprensión de las sucesivas regulaciones sobre las vías pecuarias y de las dos líneas jurisprudenciales claramente diferenciadas, creo necesario el previo estudio de la naturaleza jurídica de estas vías.

## II. NATURALEZA JURÍDICA

1. Partimos del incuestionable carácter de dominio público que estos bienes o servidumbres poseen y de la especial consideración de *res extra commercium*, que lleva aparejada. Así se recoge sin lugar a dudas (3), desde la Tercera Partida, Ley VII, Título XXIX:

*«Plaça, nin calle. nin camino, nin defefa, nin exido, nin otro lugar qualquier femejante deftos qfea en vso comunalmente del pueblo de alguna ciudad, o villa, o castillo, o de otro lugar non lo puede ningund ome ganar por tiempo. Mas las otras cofas que fean de otra natura afsi como fieruos, o ganados, o pegujar, o nauios, o otras cofas qualequier femejantes deftas maguer fean comunalmente del concejo de alguna cibdad, o villa bien fe podrian ganar por tiempo de quarenta años. E efto es porque maguer que fean de todos comunalmente non vfan comunalmente dellas todos afsi como delas otras cofas fobredichas (...)».*

donde ya se hace tajante diferencia entre las cosas que por ser *usadas* de forma común, no puede individualizarse sobre ellas un uso privado y no serán por tanto susceptibles de prescripción adquisitiva, de otras que, si bien *pertenecen* a la comunidad, sin embargo, sobre ellas no se proyecta un uso común, de tal manera que sí sería observable de forma particularizada un uso que permitiera finalmente, tras el transcurso de cuarenta años, según fija esta Ley, una adquisición en favor del poseedor.

Las vías pecuarias serían «lugares semejantes a las calles o caminos» en la medida en que soportan un uso común.

Estamos, por ello, en presencia de unos derechos de dominio público, en atención a su uso.

2. Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se han mantenido dos posturas sobre su naturaleza jurídica: como *servidumbres de paso* (4) o como *bienes* de dominio o señorío público.

(3) A pesar de la tentativa funesta de tergiversar la letra de la Partida Tercera, Ley VII, Tit. XXIX, por parte de la S.T.S. de 6 de febrero de 1864, Gaceta de 11 de febrero.

(4) Así lo serían en algunos casos, según defiende MARTÍN-RETORTILLO, L., en *El proceso de apropiación por el Estado de las vías pecuarias*, Revista de Administración Pública, n.º 51 (1966), pp. 97 y ss., en especial las pp. 148-149.

a) La primera postura implica defender su carácter de *iura in re aliena*: los terrenos por los que transcurren los ganados serían de titularidad privada; un dominio limitado por un uso público, un derecho de paso de ganado.

Para aceptar esta posibilidad lo primero a digerir sería una concepción del dominio público que no sólo estaría integrada por bienes, derechos de propiedad, sino, también, por otros derechos de distinta naturaleza (5). Mas, en todo caso, nos estaríamos moviendo dentro del dominio público (6) y serían servidumbres públicas, nunca al margen del dominio público como una equivocada lectura que hace cierta jurisprudencia del art. 570 Cc, que se refiere a ellas como servidumbres, y del art. 339 Cc a contrario, dedicado a los bienes de dominio público, del que queda excluido. La exclusión es de los *bienes*, por ser tratada como *servidumbre*, no del dominio público (7).

Se discutirá si, como tal derecho que limitaría una propiedad privada, sería necesario que apareciera inscrito en el Registro de la Propiedad mas, frente a esta tesis, siempre queda dentro del art. 5 del Reglamento Hipotecario, tanto si las consideramos bienes como servidumbres públicas, integrantes del dominio público.

Así, efectivamente, hasta el Real Decreto de 13 de agosto de 1892 se hace referencia a ellas como *servidumbres públicas* (8) pero bajo su consideración *de caminos públicos* (9) y ello, porque, efectivamente, también éstos eran considerados, de manera algo imprecisa, *servidumbres públicas* (10).

(5) Favorable a este concepto aglutinador es la postura mantenida por LUIS M.<sup>a</sup> Díez-PICAZO en *Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los iura in re aliena*. Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 35, 1982.

(6) Tesis mantenida por GUAITA, *Derecho Administrativo Especial*, vol. III, p. 275, 1967, aunque se refiera al régimen anterior a 1974 como de dominio público degradado al admitir la usucapión treintenar (vid. p. 276); PAREJO GAMIR y RODRÍGUEZ OLIVER, *Lecciones de Dominio Público*, pp. 450 y ss., 1975, que realiza la conexión entre las dos posibles concepciones de las vías pecuarias, con las dos líneas jurisprudenciales contradictorias; también FUENTES BODELÓN, *Derecho Administrativo de los Bienes*, pp. 274 y ss., 1959.

(7) Responde este lacónico párrafo a una sorprendente interpretación jurisprudencial, STS 4 de mayo de 1959, recogida por MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, pp. 148-149, que concibe las vías pecuarias como servidumbres de propiedad privada (al menos unas, otras sí serían de «propiedad» del Estado) y, así, «(...) lo mismo la reivindicación que el deslinde de las vías pecuarias no deben suponer despojo o menoscabo alguno de los derechos dominicales y sus derivaciones (...)». Esto explica, de manera bastante reveladora, las «derivaciones» en lo que a usucapión se refiere y justifica el interés en exponer, de manera previa, algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de estos bienes y resaltar su incuestionable carácter de dominio público, ya sea como servidumbres, ya como bienes.

(8) Tal como recogen GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH, DÍAZ LEMA, *Derecho de Aguas en España*, p. 33. M.O.P.U., 1986.

(9) R.O. de 20 de marzo de 1851.

(10) Vid. ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración*, 1887, voz «servidumbres públicas», p. 786.

b) A partir del citado Real Decreto de 1892 se regulan como *bienes de dominio público*, nunca ya como servidumbres, por lo que al igual que el resto de caminos públicos parecería correcto el que nos refiriéramos a ellas como *bienes* de dominio público, aun cuando sería posible discutir sobre la naturaleza jurídica de la totalidad de la categoría «caminos públicos», que aquí no corresponde hacer.

3. En cualquier caso, de tratarse de servidumbres públicas, disfrutarían de un régimen jurídico diferente al recogido para el resto de servidumbres en el Código civil y de ahí que encontremos en el art. 570 C.c. una remisión a la normativa administrativa (por lo que no se les aplicará el art. 1959 C.c. y su prescripción treintenral); paralelamente, y añadiendo un dato significativo sobre la naturaleza de estos derechos, en el art. 1.2.º de la Ley de Vías Pecuarias de 1974 se excluye a las servidumbres en la aplicación del régimen que establece, apoyando su concepción como derechos de propiedad:

*«Los preceptos de esta Ley no serán de aplicación a servidumbres constituidas o que se constituyan sobre predios privados».*

Por tanto, la naturaleza del derecho que se integra en el dominio público no nos ha de confundir a la hora de aplicarle el régimen que como tal les corresponde, siendo por ello, en principio, inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Es cierto que no a todos los bienes de dominio público se les aplica el mismo régimen jurídico (11), pues se da una diversa gradación en el régimen de protección según la naturaleza del bien; claro que todos los destinados a uso público se encuentran sujetos al *señorío del Estado*, a su jurisdicción (12); el Estado no es sino el gestor de estos bienes.

En la legislación pecuaria, art. 11 y ss. de la Ley de 27 de junio de 1974, se prevé la posibilidad de enajenar las vías pecuarias, aunque esto sólo será posible cuando, previamente, se declaren innecesarias para el tránsito de ganado y las comunicaciones agrarias, al realizar su clasificación, declaración que es una desafectación, dejando de ser de dominio público antes de su venta, de forma que no queda alterado el principio de inalienabilidad que, como bienes de señorío público, les corresponde.

Más problemas plantea el principio de imprescriptibilidad aplicado a estas vías.

---

(11) De ahí cierta perversa interpretación, de una S.T.S. de 31 de mayo de 1988 que más adelante comentaré, del art. 132.1 C.E. cuando señala que el régimen jurídico de los bienes de dominio público se *inspirará* (y no serán por ello características imprescindibles) en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

(12) GALLEGO ANABITARTE *et al.*, *op. cit.*, pp. 327 y ss. y 340 y ss.

### III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN PECUARIA EN TORNO A LA IMPRESCRIPTIBILIDAD.

1. El estudio de la evolución histórica se hace necesario para llegar a entender el sentido de la Disposición Final 1.<sup>a</sup> de la actual Ley 22/74 de Vías Pecuarias (LVP):

*«Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos que hayan hecho irrevindicables los terrenos ocupados de vías pecuarias, y cuyas situaciones se apreciaran por los Tribunales de Justicia».*

y ello tras afirmar en el art. 1.<sup>o</sup> que:

*«Las vías pecuarias son los bienes de dominio público destinados principalmente al tránsito de ganados; no son susceptibles de prescripción ni de enajenación, ni podrá alegarse para su apropiación el tiempo que hayan sido ocupados, ni legitimarse las usurpaciones de que hayan sido objeto (...)».*

Hemos de averiguar, en principio, qué *derechos legalmente adquiridos* son esos que hacen *irrevindicables* terrenos ocupados de vías pecuarias y que, *además*, hayan sido reconocidos en los Tribunales de Justicia (o, incluso, que lo sean en el futuro).

Tras esta escueta Disposición Final se esconde una larga serie de «agujeros negros» que las diversas regulaciones jurídicas no han sabido afrontar.

Con esta normativa recogida en 1974 resulta obvio que hoy no se admite la posibilidad de prescripción, mas se respetan los derechos adquiridos conforme a legislaciones anteriores (¿?), evitando así posibles indemnizaciones a que darían lugar como ocurre en el caso de la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> de la Ley de Costas.

Se pretende ver cuáles son estos supuestos a los que se refiere la DF 1.<sup>a</sup> de la L. V.P. de 1974 en que se adquirieron *legalmente* unos derechos sobre vías pecuarias. Éste sería el primer punto que plantea la DF. Pero ¿es que hubo alguna legislación que permitió a los Tribunales reconocer derechos privados sobre las vías pecuarias? Parece referirse a una posibilidad de usucapión, que no menciona, pues resultaría harto contradictorio con el régimen jurídico de unos bienes de dominio público.

2. Retrocediendo en el tiempo ya me he referido anteriormente (II, 1) a la Tercera Partida, Ley VII, Tít. XXIX, en la que no se plantea

ninguna duda acerca de su exclusión del comercio de los hombres, por lo que al no ser una *res habilis* no es susceptible de usucapión.

3. Las siguientes referencias sobre las ocupaciones y usurpaciones se recogen en la *Novísima Recopilación*, menos precisa que Las Partidas, donde se alude a la recuperación a requerimiento de los «alcaldes mayores entregadores» de todas las vías pecuarias usurpadas:

«(...) visitándolas y apeándolas por sus propias personas (...)».

« (...) y sus sentencias las ejecutarán sin embargo de cualesquier apelaciones que se interpongan (...)».

(Ley 4.<sup>a</sup>, Tít. XXVII, Libro 7 de la *Inov. Rec.*, art. 22).

Para lo que se prevén unas visitas anuales:

«Los procuradores fiscales celarán siempre el cumplimiento de esta instrucción, acudiendo al subdelegado con cuantas contravenciones entendieren: saldrán á lo menos una vez en cada año á reconocer si los pastos, pasos, cañadas, cordeles, descansaderos y abrevaderos se hallan ó no libres (...)».

Y para el supuesto de que existiese duda acerca de la dirección de la vía:

«(...) oirá el subdelegado sobre ello al promotor fiscal y demás interesados, breve y sumariamente, y con la calidad de que presenten los documentos y pruebas que tengan; y con vista de todo tomará la providencia que convenga en justicia eseucusando en cuanto pueda consultar sobre dudas, que puede y debe resolver por sí conforme á derecho, sin perjuicio del que compete á los interesados en su caso».  
(art. 13, Ley 11 citada).

Esta cláusula final (sin perjuicio de...) fue interpretada por una Instrucción de la Presidencia de la Asociación General de Ganaderos de 9 de noviembre de 1858 (13) como una alusión «al de apelación o al de evicción».

4. Posteriormente, y de forma previa al RD de 1892, se suscitan numerosas *cuestiones de competencia entre la Administración* (en la vía activa y en la contenciosa) y la *jurisdicción ordinaria, semillero de*

---

(13) Vid. ALCUBILLA: «cañadas».

*conflictos ante los que intentará reaccionar toda la legislación posterior*, que deberá ser analizada precisamente a la luz de aquéllas, donde encontraremos los rales por los que conducir correctamente nuestra posterior interpretación y dar con la clave jurídica de la alusión en las diferentes regulaciones pecuarias del término «irreivindicabilidad».

Partiendo de la lectura de numerosas Reales Órdenes, Reales Decretos y Dictámenes del Consejo de Estado, todas ellas tratando de resolver las innumerables cuestiones de competencia suscitadas (14), se puede, sin forzar en absoluto su interpretación, concluir que:

a) La Administración podía recuperar y resolver por sí sola todas las vías pecuarias usurpadas, siempre que desde la ocupación no hubiera transcurrido más de *año y día*, plazo, que delimitaba cuáles eran las *usurpaciones «recientes o de fácil comprobación»*, posiblemente relacionadas con el fijado en la Novísima Recopilación para las visitas de los procuradores fiscales, a la que antes nos referimos.

Así se recoge expresamente en los RR. DD. de 6 de junio de 1867 y 20 de febrero de 1865; RR. OO. de 23 de octubre de 1871, de 2 y 17 de julio de 1879, de 13 de marzo de 1880 y 29 de marzo de 1881, y R.D. de 5 de octubre de 1884 (2.º cdo.).

Es necesario resaltar que esta «recuperación de oficio» se denomina entonces, también, «reivindicación de la Administración» tanto en los RR.DD. de 6 de junio de 1867 y 20 de febrero de 1865, como en el R.D. de 5 de octubre de 1884: se alude a la «reivindicación administrativa» y no a la «irreivindicabilidad civil». Esto es: no significa que cuando excedan las ocupaciones de año y día la Administración no pueda reivindicarlas ante los tribunales ordinarios, sino que no las podrá recuperar *por sí sola* y será competencia de la jurisdicción civil.

b) La Administración será, según la regulación de esta época, la competente para llevar a cabo los deslindes y los problemas que ello suscite (como recogen los arts. 10 y 11 del RD de 3 de marzo de 1877 sobre la organización de la Asociación de Ganaderos), pero no cuando se discuta la existencia misma de la «servidumbre» (15). En este supuesto estábamos ante una acción negatoria de servidumbre, por su naturaleza, propia de la jurisdicción ordinaria. Viene recogido en los RR.DD. de 20 de abril de 1883 y 13 de mayo de 1884 que resuelven dos cuestiones de competencia entre los gobernadores provinciales de Toledo y Ávila, respectivamente, con la jurisdicción ordinaria, en los que se recoge la doctrina del Consejo de Estado (contraria de la mayoría y la minoría) sobre cuál será el definitivamente competente aunque, finalmente, resuelvan en favor de la Administración.

---

(14) Compiladas en el Diccionario ALCUBILLA, voces «cañadas» y «servidumbres públicas».

(15) Usando terminología previa a 1892.

En estos supuestos en que la Administración no podía «reivindicar por sí sola» las usurpaciones, sino que eran de competencia de la Jurisdicción civil, el juez competente entraría a conocer sobre la existencia o no de la «servidumbre», no sobre la usucapión, que quedaba siempre excluida. Se limita la competencia, se excluye a la Administración en favor de la Jurisdicción civil mas no se aplica la «ley común» de las servidumbres del Código civil en perjuicio de la administrativa como, posteriormente, se intentará argumentar en un ataque de confusión sufrido por cierta jurisprudencia.

5. El RD de 13 de agosto de 1892 (16) enlaza directamente, como se recoge en su «Preámbulo», con Las Partidas en lo que se refiere a imprescriptibilidad de las vías pecuarias, haciendo así frente a los que pretextaban la posesión de año y día, confundiendo los términos de la disputa generada, antes comentada (sustituyendo «irreivindicabilidad administrativa» por la «irreivindicabilidad civil», siendo ésta equivalente a la admisión de la usucapión). Así se expresa en el «Preámbulo» y no deja lugar a dudas su art. 13:

*«Las vías pecuarias, los abrevaderos y los descansaderos de la ganadería son bienes de dominio público, y son imprescriptibles, sin que en ningún caso puedan legítimarse las roturaciones hechas en ellos.*

*En el caso de existir plantaciones ó edificaciones de larga fecha dentro del perímetro de una vía pecuaria ó descansadero, la Asociación, sin perjuicio de las facultades é iniciativas que á la Administración corresponden para la defensa y reivindicación de los derechos que al Estado pertenezcan, instruirá el oportuno expediente, a fin de preveer, de acuerdo con el ocupante de buena fe, al servicio de la ganadería, debiendo elevarlo, una vez terminado, al Ministerio de Fomento para la resolución que proceda».*

En el párrafo 2.º se deja a salvo la reivindicación (aquí civil) por parte de la Administración, de los derechos que le corresponden al Estado, aun cuando haya pasado «largo tiempo», por lo que no ofrece duda ni excepción la imprescriptibilidad. Esta normativa aborda, por tanto, de forma correcta y clara el problema que se les planteaba; sin embargo, será a partir de aquí cuando las disposiciones se redactarán de forma confusa, generando horribles desvelos para una jurisprudencia incapaz de adentrarse en estudios jurídico-históricos.

---

(16) Tras el RD de 3 de marzo de 1877 de reorganización de la Asociación General de Ganaderos, en cuyo art. 8.º recoge la definición de cañadas, cordeles, veredas, coladas y pasos.

6. El «gazapo» se introduce en el R. Decreto-Ley de 5 de junio de 1924 en cuyo art.1.º se hace referencia al término irreivindicabilidad (según definiendo, administrativa, como en los RR.DD. de 6 de junio de 1867, 20 de febrero de 1865 y 5 de octubre de 1884) como imposibilidad de recuperación de oficio:

*«Las vías pecuarias son bienes de dominio público y están destinadas al tránsito de los ganados. En tal concepto, no serán susceptibles de prescripción y no podrá alegarse para su apropiación el mayor o menor tiempo que hayan sido ocupadas, ni en ningún caso podrán legitimarse las usurpaciones de que sean objeto. Corresponde a la Administración el restablecimiento y reivindicación de las vías pecuarias usurpadas, cualquiera que sea la fecha de su ocupación, salvo los casos en que se haya legitimado, conforme a las leyes, el derecho adquirido, haciéndose la adquisición irreivindicable».*

La primera parte del precepto no ofrece dudas: «no podrá alegarse para su apropiación el mayor o menor tiempo que hayan sido ocupadas»; *corresponde a la Administración* su restablecimiento y reivindicación, salvo los derechos adquiridos irreivindicables.

Es, ciertamente, no sólo una regulación confusa sino de una carencia de rigor jurídico absoluta.

A ello hemos de unirle lo que refiere el art. 9 del mismo R. Decreto-Ley *para los supuestos de deslindes* por la Administración:

*«Los propietarios colindantes podrán concurrir al acto de deslinde, haciendo las alegaciones y presentando los documentos que estimen oportunos al comenzar las operaciones. Las informaciones posesorias presentadas por los propietarios colindantes no tendrán valor ni eficacia para impedir la reivindicación de terrenos usurpados a las vías pecuarias, si no se acredita por ellas posesión quieta y pacífica durante treinta años, en armonía este precepto con el artículo 1.º».*

Ante esta regulación caben dos posibles interpretaciones:

a) Es absolutamente contradictorio, pero frente a la imprescriptibilidad recogida en el art. 1.º se permitirían supuestos excepcionales (que no son en realidad excepción sino que rompen y contradicen de plano el principio antes recogido que alude a usurpaciones «de cualquier tiempo») en los que tras posesión quieta y pacífica durante treinta años se consolidaría la apropiación de ese terreno y la Administración



no podría reivindicarlo, ni ante los Tribunales civiles, con lo que se admitiría la usucapión en favor del particular.

Ello, además de contradicción absoluta, que vulneraría la más mínima lógica, implicaría una ruptura total con la tradición jurídica que arrancaba de Las Partidas, pues se quiere individualizar un uso sobre un terreno sometido precisamente a un uso común que, como más arriba expliqué (II,1), rompe la lógica de la Partida Tercera, Ley VII, Tít. XXIX. Pero ¿cómo podremos aislar un uso privado y concreto a efectos de cómputo para la usucapión sobre algo que es usado comunally y que por tanto no es *res habilis* para ello?

Vendría a ser una solución imposible en el mundo jurídico aun cuando admisible entre las ficciones literarias por las que parece inclinarse esta regulación a la luz de la interpretación anterior. Además, ¿conforme a qué leyes se habría podido legitimar y excluir, incluso, el anterior R.D. de 13 de agosto de 1892 que enlaza con Las Partidas?

b) La segunda interpretación posible (única en realidad) sería acogernos a esos RR.DD. citados que empleaban el término *irreivindicabilidad administrativa*. De tal forma que, tras el principio de imprescriptibilidad, lo que se recoge, originado por los históricos problemas de competencia, es la imposibilidad de la Administración de recuperar *por sí sola* los terrenos ocupados en un tiempo no «reciente y de fácil comprobación» (como recoge la regulación tradicional) y así se fija el plazo de 30 años en un artículo, el 9.º, donde se refiere literalmente a la *reivindicación por la Administración, de la posesión, en el deslinde*. Lo único que modificaría esta normativa sería, no la imprescriptibilidad, sino el concepto de «ocupaciones recientes y de fácil comprobación», que ya no serán las de año y día sino las de 30 años (quizá porque la Administración no era tan activa como se intentó con aquellas visitas anuales que los procuradores fiscales debían hacer según se señalaba en la Novísima Recopilación), y sobrepasado, será competente la jurisdicción civil (17).

7. En cualquier caso, sea cual sea la interpretación que acojamos, esta regulación es sofocada por los Decretos de 7 de diciembre de 1931 y de 23 de diciembre de 1944. En ambas normativas se recoge, de forma aparte, lo que es imprescriptibilidad de lo que se refiere a competencia de la Administración o de la jurisdicción civil, eliminando la alusión a los treinta años:

*Art. 1.º: «Las Vías Pecuarias son bienes de dominio público, y están destinadas al tránsito de los ganados; no serán susceptibles de prescripción ni podrá alegarse para ser apropiadas el mayor o menor tiempo que hayan sido ocu-*

---

(17) En la actual Ley de Vías Pecuarias de 1974 desaparece el plazo máximo de la Administración para recuperar de oficio los terrenos usurpados (art. 2.2).

*padas, ni en ningún caso podrán legitimarse las usurpaciones de que hayan sido objeto.*

*Art. 2.º Corresponde a la Administración el restablecimiento y reivindicación de las Vías Pecuarías usurpadas, cualesquiera que sea la fecha de su ocupación salvo los casos en que se haya legitimado, haciéndose la adquisición irrevindicable».*

a) Caso de que entendiéramos que la legislación de 1924 introducía, como ficción literaria, la prescriptibilidad (palabra que no se menciona sino para ser negada), estos preceptos de 1931 y 1944 vendrían a jugar como una especie de Disposiciones Finales (serían por tanto equivalentes a la DF 1.<sup>a</sup> de la Ley de 1974), en los que se *corta* la posibilidad de usucapión pero se respetan los derechos adquiridos. En cuyo caso no habrían transcurrido nunca los necesarios 30 años pues, antes de 1924, no se preveía esa posibilidad (RD de 1892 que enlaza con Las Partidas) ni, tampoco, tras 1931 ó 1944, de tal forma que el Derecho se habría «vengado» ante esa tergiversación literaria, no permitiendo el cómputo del fatídico plazo de usucapión.

b) Sin embargo, sigo considerando que lo correcto es distinguir la irrevindicabilidad administrativa de la civil, esto es, el problema de la *competencia* (que en esos casos de más de treinta años era civil) del de la *ley aplicable* (que siempre será la específica de las vías pecuarías y nunca la común del Código civil con su usucapión). No hemos de perder de vista que estas regulaciones hacen frente a la fuerte polémica sobre las competencias, comentada, de la segunda mitad del siglo XIX y que se supone tratan de atajar; de ahí que estos párrafos comiencen siempre con «corresponde a la Administración» (incluyendo el R.D-L de 1924): se le da unas competencias y se dice que lo que quede al margen, ya no *corresponderá* a la Administración sino a los jueces ordinarios; pero éstos, obviamente, habrán de aplicar la normativa específica, que prevé el carácter extracomercial de las vías pecuarías. Se excluye la competencia administrativa, no la normativa aplicable. Lo que no es sino expresión concreta de lo que resulta general y nunca cuestionado para todos los bienes de dominio público y las facultades de recuperación por parte de la Administración frente a la jurisdicción civil (18).

8. A pesar de que una interpretación más o menos digna no resulta muy difícil de realizar, una línea jurisprudencial se empeñó por defender aquella ficción literaria a la que antes aludimos y de ahí que la regulación de 1974 tuviera que cortar de raíz algo que ya estaba tiempo atrás bien resuelto (al menos desde 1931). De ahí que, al igual que en

---

(18) Y así se observa el uso del término «irrevindicabilidad administrativa», p. ej. en la reciente sentencia de 5 de noviembre de 1990, Azdi. 8739, FFJJ 3.º y 4.º, referida a un deslinde, no de una vía pecuaria sino, de un tramo de una avenida.

1931 y 1944, tras afirmar el carácter imprescriptible de las vías pecuarias incluya una disposición final en la que se refiere a los posibles derechos adquiridos conforme a legislaciones anteriores y reconocidos por Tribunales de Justicia. Lejos de la ciega polémica competencial suprime el párrafo de «corresponde a la Administración» y recoge sólo la supuesta posibilidad conforme a legislaciones anteriores de usucapión. Es algo paralelo a lo que se hacía en 1931 y 1944, sin enfrentarse a si existen o no esas situaciones, eludiendo una regulación necesaria, derivada de sus presupuestos. Esta Disposición Final impide definitivamente que se den «nuevas» situaciones que puedan ser consideradas como de irreivindicabilidad (civil), si bien a costa de permitir a los tribunales que reconozcan la usucapión con base en supuestas normas permisivas anteriores.

La polémica sigue, por tanto, viva y la eficacia del presente estudio queda patente.

Recoge, desgraciadamente, el polémico término «irreivindicable» con vocación civil. Posibilidad que, como se ha visto, nunca pudo forjarse correctamente, por lo que habrá de ser otro el derecho que se les haya reconocido. En el Reglamento para su desarrollo de 3 de noviembre de 1978, en su art. 24. 3, se delimita la competencia administrativa:

«El deslinde aprobado y firme declara, con carácter definitivo, el estado posesorio a reserva de lo que pudiera resultar en caso de juicio ordinario declarativo de propiedad».

#### IV. POSTURAS JURISPRUDENCIALES

Surge, por tanto, la normativa de 1974 ante una línea jurisprudencial (19) que seguía aplicando la prescripción treintenual del art. 1959 Cc a las vías pecuarias, línea que, de no cortarse, podría seguir actuando en el futuro, a tenor de la DF 1.<sup>a</sup> LVP de 1974, reconociendo situaciones surgidas al amparo de normas anteriores.

Se distinguen dos posturas jurisprudenciales de forma inequívoca: una arranca de la modélica STS de 10 de junio de 1946, que es seguida

---

(19) Estamos citando siempre sentencias del TS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que se han pronunciado, sobre cuestiones de propiedad, propia de la jurisdicción civil, de la que no parece existir ninguna sentencia referida a estos temas, aunque sí encontramos jurisprudencia contencioso-administrativa que desestima un recurso por entender que la competente sería la Sala de lo Civil. En definitiva se presenta de nuevo la vieja polémica que en materia de vías pecuarias ha existido sobre la competencia, si bien hemos de entender que las Salas de lo Contencioso-Administrativo se han pronunciado en virtud de lo previsto en el art. 4 de la Ley de la Jurisdicción C-A, como cuestión prejudicial, por lo que no presenta efectos jurídicos materiales de cosa juzgada.

por las de 18 de abril de 1956, 11 de octubre de 1957, 14 de junio de 1958, 4 de noviembre de 1963 y 8 de mayo de 1965, que parten de la no consideración de las vías pecuarias como servidumbres «por lo que no les será oponible el argumento de su inexistencia ante su no inscripción en el Registro de la Propiedad, pues son bienes de dominio público y no lo requieren». En esta línea, posteriormente, se basarán las recientes SSTS de 10 y 12 de junio de 1991.

1. La segunda y opuesta a la anterior, ampara la prescripción de las vías pecuarias en la alusión de las diferentes normativas de 1924, 1931 y 1944 a la irreivindicabilidad (entendida como «civil») de los derechos legalmente adquiridos, entendiendo por tales los amparados por la legislación hipotecaria y por el art. 1959 Cc (en relación con el art. 9 del R D-L de 1924). Esta postura aparece en las SSTS. de 22 de marzo de 1958, 26 de diciembre de 1958, 4 de mayo de 1959, 12 de junio de 1959, 6 de marzo de 1961, 28 de noviembre de 1961, 10 de noviembre de 1962 y con un claro y reciente exponente en la STS de 31 de mayo de 1988, carente de gran apoyatura jurídica. Reconoce, sin prudencia alguna, que la Administración es la que debe desmontar la presunción de la inscripción registral (F.J. 3.º) y que son

«usucapibles por los particulares por un plazo treintenal...(pues)... no es que haya contradicción o antinomia entre el art. 1 y el art. 2, es que éste matiza, recorta, modula o gradúa el alcance del primero. Por todo lo cual es claro que la sentencia impugnada tiene que ser confirmada, dado que desde 1894 habrían transcurrido con exceso esos treinta años de posesión y la prescripción estaría consumada (art. 1959 Cc)». (F.J. 4.º, *in fine*).

Además de aludir a una fecha, 1894, bajo una legislación, R.D. de 13 de agosto de 1892, en su art. 13, que en ningún caso alberga un posible supuesto de usucapición, negado tajantemente, representa esta sentencia toda una contradicción con lo explicado hasta ahora y con la otra línea jurisprudencial. Sin embargo la DF 1.ª LVP de 1974 parece no impedirlo.

2. Frente a los argumentos de las SS. enmarcadas en la de 1988, las SS. originadas por la de 1946 defienden:

a) al no ser una servidumbre no tiene por qué aparecer en el Registro de la Propiedad (SS. de 18 de junio de 1958, 2.º Cdo.; de 4 de noviembre de 1963, 5.º Cdo.; o de 8 de mayo de 1965, 6.º Cdo.);

b) que «(...) el deslinde no hace otra cosa que desplazar la carga de la prueba sobre quien pretende el dominio de enclaves sitios dentro de la zona deslindada.» (STS de 12 de junio de 1991 );

c) que la presunción del art. 38 LH «(...) tiene naturaleza «*iuris tantum*» y, como tal, susceptible de prueba en contrario... al particular

que se oponga a la adscripción de los terrenos controvertidos, corresponde probar, no al Estado, los hechos obstativos de la misma... sin que a los efectos pretendidos baste con ampararse en la presunción que la inscripción registral goza, la cual por las razones expuestas carece de fuerza relevante a los efectos invalidantes del acto del deslinde cuestionado.» (FJ 3.º, *in fine*, STS de 10 de junio de 1991);

d) que la salvedad de la normativa existente implica que «(...) sólo se puede oponer a la facultad reivindicatoria de la propia Administración (20), en primer lugar, la infracción por ella de algún precepto administrativo establecido y cuyos trámites se hayan infringido y, en segundo lugar, el desconocimiento por los que juzgaron en el restablecimiento de las vías pecuarias de algún derecho de los que dejan a salvo las aludidas disposiciones, cuando su aplicación es terminante en esta misma jurisdicción que no haga necesario remitir a una u otra parte a las acciones declarativas que sobre propiedad correspondan únicamente a los Tribunales de orden civil» (Cdo. 2.º) y que «Respecto de las pruebas que se hacen del Registro de la Propiedad... no es lo mismo tampoco hipotecariamente considerado que hubiera llegado a tener la condición de tercero o que por ser inscripciones a título universal o gratuito, pueda hacerse la declaración de irreivindicables aun contra la Administración Pública y para bienes de dominio público, que no necesitarían de inscripción alguna para ostentar un derecho privilegiado en orden a la imprescriptibilidad...» (FJ 7.º, STS 11 de junio de 1946).

Quizá, por todo ello, se encontrara la clave en la distinción entre «reivindicabilidad administrativa» y «reivindicabilidad civil», utilizada por los RR. DD. de 5 de octubre de 1884, 6 de junio de 1867 y 20 de febrero de 1865, recogida expresamente en la jurisprudencia: así en la espléndida STS citada de 5 de noviembre de 1990 (FFJJ 3.º y 4.º, referida a un camino público).

Tampoco tendría cabida en la supuesta salvedad a la imprescriptibilidad una posible referencia a la inmemorial, sólo reconocida por la jurisprudencia para *res habiles* prescritas en tiempo anterior a la existencia del Código civil (21).

## V. CONCLUSIÓN

El régimen jurídico de las vías pecuarias ha sido similar desde su regulación en 1892 hasta ahora, originado por la concepción que sobre

---

(20) En el acto de deslinde por tanto.

(21) Sobre la posibilidad de usucapir los bienes de dominio público *vid.*, en su apoyo, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Tecnos, 1974. Frente a ello, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, *Derecho de Aguas...*, pp. 158 y ss.

la imprescriptibilidad de los bienes sometidos a uso público se expone en Las Partidas.

Una cosa será el acto de deslinde, donde la Administración ha recuperado por sí sola unos terrenos para el dominio público, recurrible, para invalidarlo, vía contencioso-administrativa, alegando infracción de algún trámite o *con justificación suficiente* del dominio privado (argumentos ambos que en esta vía únicamente decidirán sobre el estado posesorio); estas alegaciones serán eficaces en la medida en que la Administración se haya excedido en sus facultades de recuperación de oficio (supuestos de «irrevindicabilidad administrativa», que, históricamente se encontraban en la posesión de más de treinta años, por no ser ya «reciente o de fácil comprobación» y supuestos de tercero hipotecario). Otra muy diferente el que, vía civil, se discuta si un terreno es de dominio privado o de dominio público, para lo que nunca se admitiría la posibilidad de unos bienes de «señorío público» posteriormente adquiridos por usucapión.

De ahí que la DF 1.<sup>a</sup> LVP de 1974 carezca de cualquier eficacia jurídica, al no ampararse bajo normativa ninguna, situaciones de irrevindicabilidad civil.

Queda, una vez aquí, abierta la polémica sobre la conveniencia de mantener vivos unos caminos que tuvieron un cometido muy concreto, hoy no encontrado (o no buscado). Si nos decidiéramos sobre su «inutilidad» pública (lo que a mi modo de ver luego lamentaríamos) no hemos de olvidar que sería obligatoria, al no ser posible la usucapión (por dejadez administrativa), su previa declaración de innecesariedad (su salida del dominio público) para lo que habría que tener en cuenta hoy ya no sólo los fines ganaderos sino también los agrícolas, introducidos por la Ley de 1974, en sus arts. 1 y 11. ¿Es que, acaso, no podrían adscribirse, además, a otras finalidades de uso público, que las tenemos y muchas?



«VII JORNADES DE DRET CATALÀ A  
TOSSA DE MAR»  
EL NUEVO *CODI DE SUCCESSIONS PER CAUSA  
DE MORT* DE CATALUÑA

MARÍA JOSEP BARÓ I BALLBÉ

Profesora de Derecho Civil  
Universitat de Girona

RESEÑA

Se han celebrado en Tossa de Mar del 24 al 26 de septiembre de 1992 las VII Jornadas de Derecho Catalán que, con periodicidad bianual, organiza la Universitat de Girona y las otras Universidades Catalanas. En esta edición el tema de las Jornadas fue el reciente *Codi de Successions per causa de mort, Llei 40/1991, de 30 de desembre* de la Comunidad Autónoma catalana, importante regulación con la que va completándose el panorama de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil de Cataluña.

Como en todas las anteriores ediciones de las Jornades, las ponencias fueron presentadas por algunos de los más relevantes especialistas en la materia y se contó con un gran número de participantes del mundo jurídico de todo el Estado español que presentaron un número elevado de comunicaciones a las ponencias.

Las Jornadas fueron inauguradas oficialmente por la Sra. Pilar Mundet, Alcaldesa de la villa que las acoge desde 1980, el Presidente de la Comisión Gestora (Rector) de la Universitat de Girona, Dr. Josep M.<sup>a</sup> Nadal, y la Dra. Encarna Roca Trias, Catedrática de Derecho Civil

---

\* *Nota de Redacción:* La autora de este trabajo lo es, también, de otro publicado en este Anuario, tomo XLV, fascículo III, julio-septiembre 1992, págs. 1097 a 1118 sobre las «Jornadas de Avila y D.<sup>o</sup> del Consumo», en el que como primer apellido figura, erróneamente, BARCÓ en lugar de BARÓ.



de la Universitat de Barcelona y Presidenta de las Jornadas, en representación del Dr. Miquel Martín Casals, Profesor de Derecho Civil de la Universitat de Girona y Director de las Jornadas desde su inicio, que no pudo estar presente por enfermedad.

Se abrió el turno de ponentes con la intervención del Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Autònoma de Barcelona y miembro del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Dr. *Lluís Puig Ferriol*, que habló de «*Les bases del nou Codi de Successions*».

Realizó el ponente un estudio de la posición del nuevo Código de Sucesiones Catalán, CS a partir de ahora, en el Derecho civil de Cataluña y en relación al mal denominado Derecho Común. El CS es la ley más amplia que se ha realizado, ya que la Compilación del Derecho Civil de Cataluña de 1960, en adelante CDCC, era una regulación extensa pero incompleta y parcial que llevaba a la aplicación supletoria del Código Civil; ello conllevó una desnaturalización del Derecho civil de Catalunya por los jueces que, en su aplicación, lo consideraban un apéndice del Derecho común. Con el CS se pretende una regulación completa y unitaria del Derecho de sucesiones, pero ¿se evita realmente la aplicación supletoria del CC? Según el Prof. Puig Ferriol la respuesta no puede ser absoluta porque hay algunas cuestiones dudosas, como por ejemplo el tema de la colación o la reserva del cónyuge superviviente.

Es importante al respecto analizar la Disposición Final 1.<sup>a</sup> del CS que habla de sustitución del Derecho anterior en lugar de derogación. El uso de la expresión «derogación» sería la terminología más adecuada, teniendo en cuenta que el Preámbulo del CS establece que los principios de esta codificación son modificar y renovar, lo que implica derogar el Derecho anterior. Así lo establecen otras leyes civiles catalanas promulgadas anteriormente, optando claramente por el criterio de la derogación y no por el de la sustitución.

El nuevo CS nace con una doble finalidad, según expone su propio Preámbulo: desarrollar el derecho sucesorio catalán y modificar el derecho tradicional para adaptarlo a la realidad social. La Generalitat de Catalunya posee competencia exclusiva en las materias referentes a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil catalán (art. 149.1.8 Constitución y art. 9.2 del Estatut d'Autonomia de Catalunya). ¿Qué es lo que lleva a cabo el CS en este sentido? ¿En qué medida supone una conservación del derecho tradicional, una modificación del derecho sucesorio vigente y hasta qué punto representa un desarrollo del derecho sucesorio anterior?

Sobre el desarrollo que lleva a cabo el CS puede afirmarse, en opinión del Prof. Puig Ferriol, que se trata más de conservación que de desarrollo, ya que se refleja el derecho de sucesiones tradicional y se conservan los principios clásicos en esta materia. El derecho tradicional se refleja al recoger la mayoría de instituciones de la CDCC o de otras normas más recientes en la materia, además de los artículos mu-

tilados de la CDCC que aparecían en el Proyecto de 1955. Se conservan los principios clásicos al respetar, como indica el Preámbulo del CS en su apartado 2, los principios del derecho romano tan enraizados en el derecho sucesorio catalán. Y no podía ser de otro modo teniendo en cuenta que el derecho sucesorio está íntimamente conectado con la estructura familiar y empresarial catalana, con la amplia libertad de testar principalmente en interés de la familia: si el sistema ha funcionado, ¿por qué cambiarlo?

No obstante, el modelo familiar es hoy distinto: el principio de equiparación de todos los hijos de la Constitución o las modernas técnicas de reproducción asistida, por ejemplo, suponen un cambio trascendental. La CDCC era conservadora; el CS también lo es, porque recoge la mayoría de las instituciones de la Compilación y de otras leyes más recientes —de los 396 artículos del CS, 374 son de derecho tradicional, con alguna reforma—, pero también es modificadora, ya que realiza un desarrollo del derecho civil sucesorio que, de este modo, como afirma el propio Preámbulo, y a través de las distintas instituciones contempladas, no debe recurrir para su integración al CC.

También se ha modificado y desarrollado de forma relevante en numerosos aspectos el derecho sucesorio, aspectos que se expusieron brevemente por la evidente limitación de tiempo ante un tema tan amplio y complejo. Así se citan: la partición hereditaria; la configuración de la comunidad hereditaria que sigue un modelo germánico mitigado; se anula el plazo de deliberación para aceptar o rechazar la herencia que otorgaba el juez; se amplía el plazo para solicitar la herencia a beneficio de inventario de 180 días a 1 año; se incluyen los *heretaments* (heredamientos), una institución familiar y hereditaria que no se integraban en el derecho de sucesiones hasta el momento —aunque su regulación es básicamente idéntica en su contenido a la ya existente en sede de derecho de familia catalán, lo que en opinión del ponente supone una oportunidad perdida de mejorar la institución—. También se introducen modificaciones en la cuarta trebeliánica y en la cuarta viudal; se suprimen los testigos de los testamentos, aunque es opcional el que se utilicen; se suprime el testamento sacramental; se modifica el contenido de los codicilos y memorias testamentarias; también se modifica la sustitución ejemplar y en la herencia fideicomisaria se suprime el fideicomiso puro, y se reforma asimismo en materia de reservas del cónyuge sobreviviente. Asimismo se incorpora la reciente *Llei de Successió Intestada de 1987*, modificándose su art. 11 que negaba al consorte superviviente el usufructo universal si el premuerto había ordenado a favor de aquél alguna disposición por causa de muerte.

Tras esta introducción al CS, la segunda ponencia de la primera Jornada fue expuesta por la Dra. *Encarna Roca Trias*, Catedrática de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona, con el título «*La successió del cònjuges entre ells*».

Inició la Prof. Roca su exposición afirmando que, conseguida la normalización jurídica del derecho civil catalán con el CS, falta por regular el régimen económico-matrimonial de los cónyuges, tarea en la que puede ayudarnos la regulación de las relaciones matrimoniales en el régimen sucesorio. En el derecho de sucesiones prima la autonomía de la voluntad; en derecho de familia la voluntariedad; por ello, continuó la ponente, será necesario conjugar ambas ideas, porque el derecho de sucesiones ha tenido un papel importantísimo en la regulación de la familia. También el concepto de propiedad es básico: la Constitución protege la propiedad y la herencia en su art. 33, con lo que hoy la función social de la propiedad debe tener aplicación en las relaciones entre los cónyuges.

La función del derecho de sucesiones es asistencial: el cabeza de familia, el propietario, era quien velaba por los intereses de los hijos (por ello el testador que se olvidaba de un hijo era considerado loco y el testamento se anulaba en el derecho romano). —Sobre la preterición y la voluntad del causante presentó una interesantísima comunicación el Prof. José M.<sup>a</sup> Miquel González de la Universidad Autónoma de Madrid—. Hoy este derecho es asistencial para los hijos y el cónyuge viudo, pero con las previsiones paralelas que suponen la Seguridad Social y los Seguros. Como afirma la Prof. Roca, la previsión privada de la herencia ha perdido hoy fuerza frente a la asistencia social.

Debe quedar claro que en la actualidad el patrimonio principal que posee el causante es la vivienda conyugal. ¿Cómo trata el CS esta cuestión? En relación a los bienes conyugales y la sucesión, el causante normalmente ya prevé la situación de su viuda: usufructo capitular, con lo que a ella pasará el poder del patrimonio familiar. Del mismo modo el derecho catalán de sucesión intestada otorga al cónyuge la herencia en defecto de hijos o si éstos no pueden aceptar, regulación que, como destacó la ponente, es más avanzada que la existente en muchos países europeos. En definitiva, la ley otorga al cónyuge una serie de derechos cuando no recibe nada, pero asimismo existen limitaciones y causas de exclusión.

Un ejemplo de regulaciones limitadoras es la cuarta viudal del art. 379 y ss CS. Se trata de una institución puramente asistencial para el cónyuge pobre: la mujer repudiada por su marido que se había casado sin dote era el supuesto que recogía el derecho romano. Este derecho de repudio se ampliaba también a los casos de pobreza debida a la muerte del marido. El art. 39 de la Constitución establece una doble protección de la familia, estatal y privada. Como afirma la primera Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 4-12-1989 (RJC 1990, 275), la cuarta es una institución *ex lege* para corregir situaciones de pobreza si no hay otra vía de solución. Por ello, la cuarta ha desaparecido de la sucesión intestada porque el cónyuge ya no es pobre al tener el usufructo. También en el tema de las reservas para el cónyuge superviviente expresó su opinión la Dra. Roca Trias. En este

caso, expuso sus dudas sobre las razones para la existencia de reservas cuando no hay hijos o éstos han repudiado la herencia, cuando todo lleva a la libre disposición de la propiedad. Se trata de la primacía de unos intereses familiares, pero ¿tienen éstos tanta entidad como para plantear tales reservas?

Sobre las exclusiones, expuso que al cónyuge se le plantean trabas para heredar: las causas generales de indignidad (art. 11 CS), más algunas causas específicas, como la falta de pago de la pensión de divorcio durante tres meses sucesivos o seis meses alternos. Además existen otras causas de indignidad en el art. 132 CS: la declaración de nulidad o de divorcio del matrimonio lleva aparejada una presunción de revocación de las disposiciones testamentarias ¿Por qué esta revocación automática? En el derecho inglés, por ejemplo, o se afirma expresamente la revocación o se mantiene la disposición del causante. ¿Por qué presumir que el ex-marido o la ex-esposa no deben heredar si el causante no se expresó en este sentido? El testamento es fácilmente revocable y si no se cambian las últimas voluntades quizá es porque no se deseaba tal cambio. Esta causa de exclusión del cónyuge entra en contradicción con el art. 11.4 CS. También hay exclusión si existe una separación judicial o de hecho del matrimonio (igual que en la cuarta vidual). De todos modos, estas causas del art. 132 y del 381, 335 CS, etc, son causas de indignidad que pueden ser perdonadas por el causante, aunque las cuestiones que plantean siguen abiertas.

Y para finalizar, explicó que en Inglaterra el régimen económico matrimonial era de separación de bienes para proteger a la mujer rica casada que, de este modo, continuaba poseyendo la propiedad de sus bienes, pero que después el régimen derivó hacia la protección de la viuda mediante la comunidad de bienes. Este ejemplo podría servirnos para ilustrar el proceso que aparentemente se está produciendo en Cataluña en relación con el régimen económico matrimonial al que se quiere dar una nueva regulación. Pero es evidente que no pueden extrapolarse las situaciones: en Inglaterra la mayoría de personas mueren intestadas cosa que no es tan habitual en Cataluña. Teóricamente el régimen de comunidad de bienes sería el ideal, pero podría provocar problemas su aplicación práctica. De hecho, la cuestión se centra en el bien básico que es la vivienda, y en cómo reservar por cualquier título este bien para el cónyuge superviviente: puede ser propiedad, pero también puede ser una renta vitalicia que asegure al viudo el poder vivir en una residencia. En definitiva, se trata de solucionar estos derechos no por vía legitimaria o de participación en los bienes, sino aportando una salida en los casos en los que no ha sido designado heredero. El tema central es, como concluyó la Dra. Roca, el de la vivienda conyugal, al que debería otorgarse un status independiente en el sistema sucesorio de los cónyuges.

La segunda sesión de las Jornadas tuvo como tema central la regulación del CS sobre la sucesión testamentaria. El Sr. *Lluís Jou i Mira-*

bent, Notario, expuso, en primer lugar, «*El testament en el nou Codi de Successions de Catalunya*», y después el Catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona Dr. Antoni Mirambell i Abanco habló sobre los legados en su exposición «*Els Llegats. La nova regulació segons la Llei 40/1991, de 30 de Desembre: Codi de Successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya*».

Nos introducimos aquí en el estudio técnico de las instituciones sucesorias. El Sr. Jou examinó los elementos negociales del testamento, la voluntad como elemento subjetivo —la capacidad y la libertad del testador—, y como elemento objetivo, el ordenamiento de la sucesión: la necesidad de la institución de heredero, la designación de éste, su capacidad. También se examinan las modalidades de la institución de heredero y las sustituciones en su designación. El tercer aspecto es el elemento causal: la disposición por causa de muerte, analizándose la forma, las clases de testamento, las formalidades generales. Así se habló de los testamentos notariales (abierto, cerrado, formalidades especiales), del testamento ante el rector, del testamento ológrafo, del codicilo y de la memoria testamentaria. El testamento mancomunado, que aparecía en el Anteproyecto del CS, no llegó a la redacción final. Ésta es una de las cuestiones en las que se hizo hincapié en las Jornades ya que era ésta una buena ocasión para introducir tal modalidad testamentaria, que sí se da en el derecho aragonés, del que se habló posteriormente en una comunicación especialmente presentada por el Prof. Delgado Echeverría de la Universidad de Zaragoza. También analizó el ponente Sr. Jou los caracteres del negocio testamentario, que se resumen en su carácter personalísimo, unipersonal y revocable. Y por último se estudian las reglas generales de interpretación testamentaria, así como las reglas especiales.

El Prof. Mirambell, en su ponencia sobre los Legados, trató de una configuración inicial de la institución del legado, figura híbrida de difícil definición, que por ello puede configurarse como disposición testamentaria, como gravamen o como título adquisitivo, aspectos todos ellos que examinó el ponente en profundidad. También habló de las clases de legados y de los criterios diversos para proceder a su clasificación, así como de la reducción de legados y de su relación con la cuarta falcidia. Se examinaron los problemas que plantea el legado, como por ejemplo el caso del legado de usufructo universal (art. 304 CS) o el legado de parte alícuota (art. 308 CS), la apertura de la sucesión por parte del legatario con derecho personal o real, etc, temas que despertaron, en el turno de preguntas y observaciones posterior, el interés de los asistentes.

La segunda ponencia del día 25 también fue compartida. En ella se trataron los Heredamientos y la Donación *mortis causa*. El Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra Dr. Joan Egea Fernández, trató del tema «*Els Heretaments*», y la Catedrática de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona, Dra. Anna Casanovas i Mussons

de «*Les donacions per causa de mort: la seva regulació en el Títol VI del Codi de Successions*».

El Prof. Egea destacó sobre *els heretaments* que antes se regulaban en sede de derecho de familia de Cataluña y ahora en el nuevo CS, con lo que en cierta forma se desvinculan del régimen económico-matrimonial: el art. 67 CS los califica —por otro lado, al igual que la CDCC— como institución contractual de heredero, por lo que su sede actual es acertada. Analizó el ponente las modificaciones introducidas por el CS y el resultado final de su estructura: el elemento contractual y el elemento matrimonial fueron examinados en profundidad. Problemas tales como la ineficacia matrimonial y su influencia en el heredamiento, la irrevocabilidad de esta institución y sus justas causas de revocación se analizaron en la ponencia, así como el papel de la muerte en la institución. De ahí surge la pregunta crucial ¿es el *heretament* un negocio *inter vivos* o *mortis causa*? Nos encontramos ante una figura que es algo más que la simple institución de heredero, es una institución familiar con doble eficacia, obligacional y real, *mortis causa* adquisitiva. Y terminó su exposición el Dr. Egea con un breve examen de la no aplicación en Cataluña de la sucesión contractual prevista en la Ley de 24-12-1981 sobre Estatuto de explotación agraria familiar y de los agricultores jóvenes.

La ponencia sobre las donaciones por causa de muerte expuesta por la Dra. Casanovas partió de la idea central de la falta de definición directa de esta institución, a la que el CS califica como especial, especialidad en un doble sentido: se trata de donación —negocio dispositivo *inter vivos*— y de una donación especial que se incluye en el CS, aunque no es una institución sucesoria, por su causa, la causa de muerte. Procedió la ponente al análisis de los arts. 392 a 396 del CS en los que se regula la figura, a partir del cual realizó las afirmaciones siguientes: se trata de un negocio *inter vivos* que se convierte en firme con la muerte del donante, por ello pierde su razón de ser si el donatario premuere al donante. Su carácter de donación *mortis causa* determina, por otro lado, su naturaleza revocable: su firmeza en vida del donante es provisional. Examinó por último la Prof. Casanovas las modalidades de esta donación y el título adquisitivo del donatario por causa de muerte.

El tercer bloque de las Jornades que se dedicaba a la Sucesión Intestada, integrada en la nueva regulación global del CS, fue realizada por el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pompeu Fabra, Dr. Pablo Salvador Codèrch con el título «*Amor et Caritas. La parella de fet en el dret successori de Catalunya*».

Tras una introducción general en el tema de la sucesión intestada en la pareja de hecho, se centró el ponente en los intentos de introducción de esta figura en la legislación o de concederle ciertos efectos jurídicos. Como expuso el Prof. Salvador, en el Parlament de Catalunya se han discutido en los últimos años distintas propuestas legislativas en

las que surgió la posible inclusión de la pareja de hecho: en el proceso parlamentario de la *Llei de Successió intestada de 1987*, enmiendas presentadas por el PSC (a las que se unió el PSUC) que fueron rechazadas; en la discursión del Proyecto de Ley de regulación de la Legítima de 1990, enmiendas de IC que intentaron incluir un concepto de pareja estable más amplio que el de 1987, siendo también rechazadas; también en el proceso de aprobación del CS de 1991, donde el PSC vuelve a su intento de introducir al «compañero superviviente» (tres años de convivencia o un hijo) e IC al «miembro de la pareja de hecho» (que no se definía lo que permitiría la inclusión de pareja homosexual), enmiendas que no se aceptaron. También el Prof. Salvador habló de un último intento *non nato* —no llegó al Parlament de Catalunya— de introducción de la figura a ciertos efectos en Disposición Adicional del CS, del que expuso y comentó su texto.

Se trató a continuación en la ponencia de los argumentos a favor y en contra de la equiparación o la aproximación de la pareja de hecho a la pareja matrimonial: a favor, el gran argumento de la igualdad; en contra, básicamente dos, la voluntad y el coste —especialmente de carácter fiscal—. El análisis se completó con un ejemplo de derecho comparado, la *Inheritance Act* inglesa (section 1) de 1975 que concede el derecho a obtener una prestación económica razonable, tanto en sucesión testada como intestada, a personas que no aparecen en las categorías de sucesores *ab intestato*, personas económicamente dependientes del causante inmediatamente antes de la muerte de éste, con las que le unían relaciones de *amor et caritas*, ayuda sin contribución a cambio.

En base a este modelo inglés expresa el ponente su propuesta de política legislativa: ampliar el derecho del cónyuge de hecho —derecho que podría tratarse en sede de derecho de alimentos o de legítimas— a las personas con relaciones de convivencia y dependencia, de auxilio gratuito y mutuo, no tan sólo a las parejas con relación de tipo sexual, marital o de parentesco.

Con esta ponencia finalizó el turno de intervenciones de las VII Jornades, que se completó con una *Mesa Redonda* final en la que participaron el Sr. *Josep D. Guardia I Canela*, Presidente de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, el Sr. *Eugeni Gay Montalvo*, Decano del Colegio de Abogados de Barcelona, el Sr. *Robert Follia Camps*, Decano del Colegio de Notarios de Barcelona, y el Sr. *Antoni Cumella Gaminde*, del Colegio de Registradores de la Propiedad de Catalunya. Moderó la Dra. *Encarna Roca Trias*.

Abrió el turno de intervenciones el Decano del Colegio de Abogados, Sr. Gay Montalvo, que expresó su satisfacción por la promulgación del *Codi de Successions* gracias al consenso de todos los parlamentarios catalanes, una importantísima aprobación consensuada que permite el ritmo de crecimiento del proceso legislativo del derecho civil catalán. Destacó también la gran unanimidad de todos los juristas

catalanes, y por lo que a él correspondía más directamente, de los abogados, en la defensa del Derecho Civil de Cataluña frente a la problemática planteada por los recursos ante el Tribunal Constitucional del Estado central en relación con la Ley de Sucesión Intestada y la reciente regulación del Derecho de Familia, recursos que fueron, de este modo, retirados por el gobierno central. El Derecho, que según los romanos, era el arte de las cosas rectas y equitativas, y el estudio del Derecho, ciencia y prudencia, nos muestran que es necesario ser extremadamente prudentes en la oportunidad del momento elegido para legislar y para modificar la legislación existente. En el caso del derecho civil catalán, es necesario llevarlo a cabo para llenar los vacíos existentes. También expresó el decano del Colegio de Abogados de Barcelona, desde su perspectiva como profesional, los aspectos positivos de la nueva regulación del derecho de sucesiones, como por ejemplo la simplificación de las formas testamentarias o de los fideicomisos, y algunos aspectos criticables de la normativa en relación a las sustituciones pupilares, especialmente en el caso de hijos disminuidos, en las que, a su juicio, debería haberse avanzado más; o en la posibilidad de falta de protección en ciertos supuestos para la viuda y los hijos débiles al quedar un tanto limitadas la cuarta viudal y las legítimas. Ciertamente la autonomía de la voluntad de testar es fundamental, pero deben considerarse otras perspectivas relativas a medidas de protección de los hijos y la viuda.

A continuación intervino el Sr. Josep D. Guardia i Canela, presidente de la *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*. Inició su intervención sobre el CS fundamentalmente a partir de la consideración de si en materia sucesoria debían mantenerse los tradicionales principios legislativos, si debía avanzarse más o debían conservarse cosas que han desaparecido. Opinó que, en conjunto, el CS merece una actitud favorable. En sus aspectos externos puede destacarse que no ha sido objeto de impugnación por el gobierno central, debido a la coyuntura actual. El hecho de que se trate de un Código quizá ha sido sobrevalorado, pero es cierto que de este modo se realiza la *iuris continuatio* del derecho civil catalán, se lleva a cabo la «normalización jurídica» en afortunada expresión de Encarna Roca. Debe revisarse el juego de nuestro ordenamiento civil catalán en relación a los otros ordenamientos del Estado español, tarea en la que el CS es fundamental. Como dijo Napoleón a José Bonaparte, rey de Nápoles «voilà les avantages du droit civil»: en nuestro caso, finalizó el presidente de la Academia, podríamos hablar de las ventajas de un Código de Sucesiones, como un camino hacia el Código Civil de Cataluña.

En tercer lugar intervino el Sr. Robert Follia Camps, Decano del Colegio de Notarios de Barcelona, que se inclinó por realizar un comentario más práctico del CS. Destacó así algunos aspectos del nuevo derecho sucesorio de Cataluña que merecen un comentario, como la supresión de los testigos en el testamento, el testamento ante rector —hoy anecdótico en su opinión ya que hay más notarios que párro-



cos— que puede plantear problemas de aplicación práctica, como por ejemplo dar lugar a fideicomisos no deseados, etc. También mencionó otras problemáticas, como el caso del sordomudo que no sabe leer ni escribir y establece su testamento notarial por signos: posibles problemas de impugnación, necesidad de un intérprete que conozca tal lenguaje... problemas formales graves; así como la necesidad de fijar en el testamento la hora de realización de éste. ¿La no mención de este extremo lleva a la nulidad del testamento? Opina el Sr. Follia que no, a no ser que en un mismo día se realizaran varios testamentos, supuesto algo extraño. Analizó también brevemente problemáticas planteadas por la venta de los bienes del menor o de los bienes fideicomitidos, o por el cómputo del plazo en las legítimas fijado en 15 años, cuando para derechos personales es de 30 años, o el art. 132 CS que establece la nulidad del testamento cuando hay separación de hecho de los cónyuges ¿cuál será la prueba adecuada de tal separación?

Por último, la moderadora Dra. Encarna Roca Trias, que actuaba como tal en sustitución del Dr. Miquel Martín Casals, Director de las Jornadas, expuso a modo de resumen, unas breves consideraciones sobre el CS y algunas de sus problemáticas en concreto, como por ejemplo su difícil encaje en unas normas fiscales estatales que no contemplarán estas diferencias sucesorias; sobre la relación de la normativa civil catalana con el derecho del Estado central y cuestiones supletorias; o sobre la nueva regulación del régimen económico matrimonial de los cónyuges, actualmente en trámite, lo que permitirá llevar a cabo una configuración armónica del derecho civil catalán siguiendo los principios establecidos, consiguiéndose así un derecho civil de Cataluña coherente y estable.

Se clausuraron las Jornadas con la presencia del Hble. Conseller de Justícia de la Generalitat de Catalunya, Sr. Agustí Bassols, la Sra. Alcaldesa de Tossa Sra. Pilar Mundet y el Decano de la Facultat de Ciències Jurídico-Econòmiques de la Universitat de Girona, Dr. Lluís Pérez Herrero.

# INFORMACIÓN LEGISLATIVA (\*)

A cargo de

**PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH  
Y LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ**

## I. DERECHO CIVIL

### 1. *Parte General*

**1. DATOS DE CARACTER PERSONAL. Se procede a la regulación del tratamiento automatizado de los mismos.**

**Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre («B.O.E.» del 31).**

#### A) Exposición:

En desarrollo del mandato legislativo contenido en el artículo 18-4 de la Constitución Española, se ha procedido a la promulgación de la presente Ley, cuya declarada pretensión es la de defender la denominada privacidad del individuo, definida en la Exposición de Motivos como el conjunto de facetas de la personalidad que, si bien aisladamente consideradas pueden carecer de significación intrínseca, coherentemente enlazadas entre sí arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado.

— La ley aparecē formalmente estructurada en una parte general y otra especial, delimitándose en la primera su ámbito de aplicación, los trascendentales principios reguladores de la recogida, registro y uso de datos personales y las garantías establecidas en favor de los particulares para la tutela de su derecho a la privacidad. En la parte especial se situarían las disposiciones relativas a los ficheros de titularidad pública y privada, al movimiento internacional de datos y a la Agencia de Protección de Datos, pudiendo incluirse igualmente en este apartado el régimen sancionador establecido para los responsables de los ficheros y las normas de Derecho Transitorio necesarias para adaptar la situación de los ficheros automatizados existentes al nuevo régimen legal.

---

(\*) Referente a las disposiciones publicadas en el «BOE» durante el último trimestre de 1992.

— Merecen especial atención los preceptos destinados a regular la recogida y cesión de los datos, dada la enorme incidencia de tales actividades en la esfera de privacidad del individuo. En este sentido, el artículo 5 de la ley establece la información que habrá de facilitarse en la recogida de datos, tendente a que el afectado tome conciencia, entre otras circunstancias, de la finalidad de su recogida, de la existencia de un fichero automatizado del cual formarán parte y de los destinatarios de la información, así como de las consecuencias derivadas de la facilitación de los datos o de la negativa a suministrarlos. Sin embargo, tal información *no será obligatoria*, según el texto legal, en dos supuestos: cuando su contenido se deduzca claramente de la naturaleza de los datos personales que se soliciten o de las circunstancias en que se recaban, o cuando, de acuerdo con el artículo 22 de la ley, el suministro de tal información impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o afecte a la Defensa Nacional, a la Seguridad Pública o a la persecución de infracciones penales o administrativas.

—También se establece, como principio general, la necesidad de consentimiento del afectado para el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, salvo que la ley disponga otra cosa (artículo 6). A esta primera derogación del principio general se une seguidamente la salvedad de que no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan de fuentes accesibles al público, cuando se recojan para el ejercicio de funciones propias de las Administraciones públicas, ni cuando se refieran a personas vinculadas por una relación negocial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarias para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato.

— *Datos Especialmente Protegidos (atr.7)*. Se establece la necesidad de consentimiento expreso y por escrito del afectado para el tratamiento de los datos que revelen la ideología, relación o creencias del afectado. Además, los datos relativos al origen racial, la salud y la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados o cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga la ley o el afectado consienta expresamente y se prohíben los ficheros creados con la finalidad *exclusiva* de almacenar datos personales que revelen la ideología, religión, creencias o vida sexual. A pesar de esta protección especial, resulta necesario destacar que todos estos datos podrán recogerse y tratarse por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, si bien exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta (art. 20 - 3).

—La Ley establece además un deber de secreto a cargo del responsable del fichero automatizado y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal (art. 10), cuya efectiva eficacia parece cuando menos difícil de conseguir.

—En cuanto al trascendental apartado de la *cesión de datos*, este punto es objeto de regulación en el artículo 11 de la Ley, matizándose su alcance en los artículos 19 y 25, relativos a la cesión de datos entre Administraciones Públicas y a la comunicación de la cesión de datos por los responsables de ficheros privados. De estos preceptos se deduce un principio general de consentimiento del afectado,

sistemáticamente desvirtuado por la importancia de las excepciones; así, entre estas últimas resultan especialmente destacables las contenidas en el número 2 del artículo 11, y muy especialmente la señalada con la letra e), por cuanto exceptúa la necesidad de que concurra el consentimiento del afectado en los supuestos contemplados por el artículo 19. Por su parte, este último precepto establece que los datos de carácter personal, recogidos o elaborados por las Administraciones Públicas para el desempeño de sus atribuciones (que, recuérdese, pueden ser recogidos *sin consentimiento del afectado* ex art. 6 -2), no serán cedidos a otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, *salvo cuando la cesión hubiera sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición posterior de igual o superior rango que regule su uso*. Es destacable señalar que la creación, modificación o supresión de los ficheros automatizados de las Administraciones Públicas sólo exige disposición general publicada en el «B.O.E.» o diario oficial correspondiente, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley, con lo cual tendremos una más amplia perspectiva del nivel de protección conferido a ese ámbito de privacidad por el legislador.

— Por si el panorama anterior no fuera suficientemente desolador, la Agencia de Protección de Datos tiene conferida la potestad de inspeccionar los ficheros a que refiere la ley, (artículo 39), lo cual nos sugiere la tradicional pregunta de quién nos protegerá de nuestros custodios.

— *Garantías de los afectados*. Se establece en primer lugar la posibilidad de impugnar los actos administrativos o *decisiones privadas* que impliquen una valoración del comportamiento *de los afectados* cuyo *único fundamento* sea un tratamiento automatizado de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad (artículo 12). En la práctica será difícil probar los hechos en que puede basarse la pretensión del afectado ante la carencia de correctivos legales a la dura carga de la prueba, resultando además curiosa la posibilidad de impugnar una decisión privada.

También se contemplan como garantías de los afectados y en los artículos 13 a 15 de la ley, los derechos de información, de acceso y de rectificación y cancelación, si bien en el artículo 22, en relación con los ficheros de titularidad pública, se contiene una nueva excepción relativa a los derechos de acceso y de rectificación y cancelación, fundamentada en razones de interés público o intereses de terceros más dignos de protección.

— En cuanto a la transmisión internacional de los datos, se ha intentado conciliar la protección de la información personal con la libre circulación de datos necesaria en la vida actual, optándose por la exigencia de que el país de destino cuente con un sistema de protección equivalente al español y permitiendo en caso contrario la transmisión sólo si la Agencia lo autoriza, ofrecidas las suficientes garantías, si bien se contemplan en la ley las correspondientes e inevitables excepciones al principio general (art. 33).

— Resulta por último destacable el sistema legal articulado para la tutela de los derechos de los afectados. Contenido en el artículo 17 de la norma presentada, contempla la posibilidad de reclamación ante la Agencia de Protección de Datos,

cuyas resoluciones serán impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y el derecho a ser indemnizados por el responsable del fichero de los daños *patrimoniales* derivados del incumplimiento de las previsiones legales.

#### B) Comentario :

La presente norma, objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad planteados principalmente en torno a los artículos 19-1, 22, 6-2 y 20-3 (en el momento de escribir estas líneas el Defensor del Pueblo había recurrido los dos primeros preceptos citados y el Partido Popular iba a plantear recurso también en relación con los dos últimos), acude con excesiva reiteración al método de proclamar un principio general (consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos y su cesión, derechos de acceso, rectificación y cancelación, etc.), para luego desarrollar un catálogo de excepciones, establecidas además mediante conceptos normativos indeterminados y cláusulas generales, de muy difícil control por los órganos jurisdiccionales, desvirtuando con todo ello el pretendido principio general hasta su total subversión.

Quizá sea éste uno de los aspectos más destacables de una norma que presenta una faz ciertamente inquietante si se retira el barniz, aparentemente protector de los derechos del individuo que esos principios parecen identificar. Una lectura del texto legal atenta a esta peculiaridad nos manifiesta que en realidad la ley permite la obtención y cesión de datos de carácter personal sin el consentimiento de los afectados y sin necesidad de que les sea suministrada información alguna (salvo los casos no expresamente establecidos en la ley). También se observa que la ley crea registros públicos opacos para el propio afectado, cuyo acceso, rectificación y cancelación le están vedados (salvo aquellos supuestos no expresamente establecidos en la ley). También tomamos conciencia de qué datos relativos a la ideología, religión, creencias, origen social, salud y vida sexual de las personas pueden ser recogidos y tratados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el curso de una investigación concreta y que la ley, al prohibir los ficheros creados con la finalidad *exclusiva* de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen social o vida sexual del individuo, está admitiendo la licitud de ficheros creados con la finalidad principal, que no por ello exclusiva, de almacenar tales datos.

Por si todo ello fuera poco, se remite el legislador a la potestad Reglamentaria del Gobierno para regular, entre otras cuestiones, el plazo en que el responsable del fichero habrá de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del afectado (art. 15-1), el procedimiento para ejercitar el derecho de acceso, así como el de rectificación y cancelación, o la posibilidad de cesión de los datos de un fichero público a otro sin necesidad de consentimiento del afectado (art. 19 en relación con el 11-2-e) de la ley). Parece que, pese al carácter inequívocamente reglamentario de algunas de estas materias (por ejemplo la regulación de procedimientos), la importancia para la efectiva tutela de los derechos reconocidos por la ley de algunos aspectos, tales como los plazos *máximos* para la efecti-

vidad del derecho de rectificación y cancelación o algunos límites, a la contraprestación exigible al afectado, aconsejarían su regulación legal.

## 2. *Derecho de obligaciones*

**2. FINANZAS: Se regulan las de arrendamientos y otros contratos en la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Ley de las Cortes de Aragón 10/92, de 4 de noviembre («B.O.E.» del 10 de diciembre).**

La presente ley ha sido promulgada sobre la base de considerar la regulación de las fianzas de arrendamientos, suministros y servicios como un elemento vinculado a la política de vivienda, cuyo desarrollo viene atribuido a la Comunidad Autónoma de Aragón por el artículo 35-1-3.<sup>a</sup> de su Estatuto de Autonomía.

Su contenido concreto, una vez definido el alcance de la obligación de fianza en los arrendamientos urbanos y en los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y servicios telefónicos a viviendas y locales de negocios, se extiende al establecimiento de las modalidades recaudatorias, sustituyéndose en este sentido el Papel de Fianzas por el de ingreso en efectivo y contemplándose la posibilidad de establecer conciertos con determinados sujetos. Se regula también la actividad inspectora conferida al Instituto del Suelo y la Vivienda en Aragón para velar por el estricto cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley, completándose el esquema normativo mediante el establecimiento del régimen sancionador aplicable a la infracción de sus preceptos.

## 3. *Derechos reales*

**3. PROPIEDAD INTELECTUAL. Se desarrollan los artículos 24, 25 y 140 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, en la versión dada a los mismos por la Ley 20/1992, de 7 de julio.**

**Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre («B.O.E.» del 16 de diciembre).**

La Ley 20/1992, de 7 de julio, objeto de presentación en las páginas de Información Legislativa correspondientes al fascículo número IV del Tomo XLV de esta Revista (disposición n.º 2.), procedió a dar nueva redacción a determinados artículos de la Ley 22/1987 de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, autorizando al Gobierno para dictar las normas reglamentarias precisas para el desarrollo de las figuras, procedimientos e instituciones jurídicas introducidas por la reforma.

1. En virtud de dicha habilitación, el presente Real Decreto contiene, en su Título Primero, los preceptos destinados a desarrollar el derecho de participación en el precio de la reventa, reconocido a los autores de obras plásticas o sus herederos en el artículo 24 de la citada Ley 20/92. Al pago del mencionado derecho viene obligado el vendedor, respondiendo del mismo solidariamente el titular

del establecimiento mercantil o el agente mercantil intervinientes en la reventa, cuando actúen por cuenta o encargo de aquél. Se contemplan también aspectos relativos a las obligaciones de los intermediarios, los requisitos para la notificación de la reventa y para el pago del derecho correspondiente a sus titulares, y el plazo para la reclamación por éstos del importe correspondiente. Se constituye el Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, como órgano administrativo con finalidades de impulso y fomento de la creatividad en el campo de las artes plásticas y cuyos recursos se nutrirán principalmente del importe de los derechos de participación no reclamados o no abonados en los plazos establecidos por el Real Decreto.

2. En el Título Segundo del texto presentado son objeto de desarrollo reglamentario algunos aspectos de la discutida remuneración por copia privada establecida en el artículo 25 de la citada Ley 20/92. Se contemplan así las oportunas precisiones relativas al supuesto de hecho generador de la obligación legal de remuneración, los sujetos acreedores y deudores de la misma, su importe anual, determinado en función de los diferentes equipos, aparatos y materiales, el momento de nacimiento y exigibilidad de la obligación, y los deberes de información y secreto necesarios para hacer efectivo el derecho a la remuneración compensatoria. También se regulan los aspectos procedimentales del convenio a celebrar entre acreedores y deudores para la determinación global e imputación individual entre estos últimos del montante de la remuneración correspondiente al año precedente al de negociación, así como la intervención mediadora sustitutiva de ese convenio, atribuida al Ministerio de Cultura.

— Se cuantifica en un 20% el porcentaje de la remuneración compensatoria que, de conformidad con el artículo 140 de la Ley 20/92, habrá de dedicarse por partes iguales a la promoción de actividades y servicios de carácter asistencial y a actividades de formación de artistas, intérpretes o ejecutantes.

— Por último, en la disposición transitoria única se contempla el procedimiento para hacer efectivas las obligaciones correspondientes al período comprendido entre el 1 de julio de 1989 y la entrada en vigor de la nueva ley, mientras que la disposición final primera establece la impugnabilidad en vía administrativa y, en su caso, contencioso-administrativa, de los actos separables dirigidos a la formación y expresión de la voluntad del Ministerio de Cultura en su intervención mediadora.

#### 4. *Derecho de familia*

**4. CONFESIONES RELIGIOSAS.** Se aprueban los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España.

Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre («B.O.E.» del 12).

##### A) Exposición:

En desarrollo de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, el Estado Español ha procedido a concretar su cooperación con la Federación de Entidades Religiosas

Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, mediante la suscripción de los correspondientes acuerdos, aprobados por las leyes objeto de presentación y cuyos contenidos presentan unas características similares e incluso una regulación paralela, excepción hecha de las disposiciones relativas a la expresa consideración como lugares de culto de los cementerios judíos e islámicos, a la previsión de determinadas medidas de colaboración en la conservación y fomento del patrimonio histórico-artístico y cultural judío e islámico, y a las denominaciones distintivas de los productos elaborados de acuerdo con las Leyes Judía e Islámica, materias todas ellas que no se contemplan, por razones obvias, en el acuerdo suscrito entre el Estado Español y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. También se observan algunas interesantes peculiaridades en la regulación del matrimonio celebrado según la forma religiosa establecida en la Ley Islámica a las cuales nos referimos en su momento. En cuanto al contenido concreto de las normas presentadas, podríamos sistematizarlo del modo siguiente:

1) *Definición y régimen legal de los lugares de culto.* Expresamente se establece su inviolabilidad y la necesidad de audiencia previa para su expropiación forzosa. Además, para la demolición de estos lugares se requiere, salvo en caso de urgencia o peligro, la previa privación de su carácter sagrado.

2) *Aspectos legales de los ministros de culto.* Se contempla el secreto de confesión de estas personas y su sujeción al régimen general del Servicio Militar, pudiendo no obstante serles asignadas misiones compatibles con su Ministerio. Se reconoce que causarán derecho a prórroga de incorporación a filas los estudios cursados en seminarios de formación. En cuanto a Seguridad Social, se les incluye en el Régimen General, asimilados a trabajadores por cuenta ajena.

3) *Derechos de los militares que profesen estas religiones.* Se reconoce su derecho a recibir asistencia religiosa y a participar en los ritos propios de su religión, siempre de acuerdo con las necesidades del servicio.

4) *Asistencia religiosa de los internados en determinados centros públicos.* Se regula igualmente el derecho a la asistencia religiosa de los internados en centros penitenciarios y establecimientos hospitalarios, asistenciales y análogos del sector público, proporcionada por los ministros de culto designados por las comunidades religiosas correspondientes.

5) *Enseñanza religiosa en centros docentes.* Se garantiza a los alumnos que profesen estas religiones, a sus padres y a los órganos escolares de gobierno que lo soliciten, en los términos detallados en estos acuerdos, el derecho a recibir enseñanza religiosa en los centros docentes públicos y privados concertados, siempre que, en el caso de estos últimos, ello no entre en contradicción con el carácter propio del centro.

6) *Supuestos de no sujeción y de exención respecto de determinados tributos.* De algún interés son también las disposiciones relativas a determinados aspectos fiscales, como la delimitación de supuestos de *no sujeción* a tributo o el establecimiento de numerosas *exenciones* relacionadas con el Impuesto sobre Bienes Inmuebles y contribuciones especiales sobre los mismos, con el Impuesto sobre Sociedades y con el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos



*Jurídicos Documentados.* Estas comunidades religiosas, así como las asociaciones y entidades creadas y gestionadas por ellas y que se dediquen a actividades religiosas, benéfico-docentes, médicas y hospitalarias, se considerarán además como entidades benéficas privadas y sin fin de lucro, teniendo derecho por lo tanto a los beneficios fiscales que el ordenamiento jurídico prevea en cada momento para las mismas.

7) *Días de descanso semanal y festividades religiosas.* El problema representado por el día de descanso semanal, así como por las eventuales festividades religiosas propias de cada confesión, se resuelve de manera absolutamente conforme con la sentencia del Tribunal Constitucional 19/1985 de 13 de febrero, recaída a consecuencia de un recurso de amparo planteado por una adventista del séptimo día que solicitaba fuera declarado radicalmente nulo un despido disciplinario derivado de su negativa a trabajar en sábado (a consecuencia de su conversión a esa religión estando vigente su contrato de trabajo). Como se recordará, el Alto Tribunal declaró prevalente en estos supuestos el principio de seguridad jurídica, destacando el predominante carácter secular y tradicional del descanso dominical y la consideración como derecho dispositivo de la norma contenida a este respecto en el artículo 37-1 del Estatuto de los Trabajadores, y no concediendo el amparo solicitado. En esta misma línea, los textos comentados establecen la posibilidad de sustituir el período de descanso semanal impuesto por la confesión de que se trate, así como sus festividades anuales, por las contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, *siempre que medie acuerdo entre las partes*. Se contienen también previsiones en relación con la celebración de exámenes y pruebas selectivas en los mencionados días y festividades.

8) *Formas religiosas de celebración del matrimonio.* De especial relevancia para el Derecho Civil son las disposiciones contenidas en los acuerdos presentados con la finalidad de regular los efectos civiles del matrimonio celebrado según las formas propias de las respectivas confesiones religiosas. El principio de partida es el de proclamar la eficacia civil de los matrimonios celebrados en las respectivas formas religiosas, si bien el pleno reconocimiento de tales efectos se condiciona a la inscripción en el Registro Civil. Se reproduce así en estos acuerdos la fórmula empleada en el Acuerdo Sobre Asuntos Jurídicos, suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español el 3 de enero de 1979, y en el artículo 60 del Código Civil. El matrimonio habrá de celebrarse ante un ministro del culto y al menos dos testigos mayores de edad, antes de que hayan transcurrido seis meses desde la expedición de la certificación de capacidad por el Registro Civil correspondiente.

#### B) Comentario:

Algunos aspectos relativos a la verificación de la capacidad de los contrayentes presentan peculiaridades de interés en el convenio suscrito con la Comisión Islámica. Así, en los acuerdos celebrados con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas y con la Federación de Comunidades Israelitas, los contrayentes que deseen celebrar su matrimonio en la forma religiosa han de promover expediente

previo ante el encargado del Registro Civil, que culminará en su caso con la extensión por duplicado de la oportuna certificación acreditativa de la capacidad matrimonial, la cual habrá de ser entregada al ministro celebrante, y precisamente en la cual habrá de extender éste diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, remitiendo un ejemplar al Registro Civil y archivando el otro. Por el contrario, en el acuerdo suscrito con la Comisión Islámica los requisitos de capacidad no parecen ser objeto de certificación previa a la celebración del matrimonio, pues, sólo se condicionan *expresamente* los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa al hecho de que los contrayentes reúnan los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil. Exigiendo la previa acreditación de la capacidad, mediante certificación sólo a las personas «que deseen inscribir» su matrimonio en el Registro Civil. Al hablar el texto de «inscribir» y no de «contraer», como en los otros dos acuerdos, parece posible entender que la certificación exigida ha de ser *previa a la inscripción*, y no a la *celebración* del matrimonio y que se admite la existencia de matrimonios contraídos en forma religiosa que no accedan al Registro Civil, ni puedan hacerlo por concurrir algún defecto de capacidad según el Código Civil (especialmente por encontrarse ligados por otro vínculo matrimonial, art. 46 2.º, éste sí inscrito).

Admitida esta posibilidad, pueden suscitarse algunos problemas que simplemente apuntamos:

Así, los efectos de un matrimonio celebrado en la forma religiosa establecida en la Ley Islámica y sin que los contrayentes reúnan los requisitos de capacidad exigidos por el Código Civil conllevará las consecuencias civiles (y por lo tanto la eficacia civil) legalmente previstas en relación con las especiales características de la nulidad en materia matrimonial. En cuanto a la eficacia en otros sectores del Ordenamiento Jurídico, y señaladamente en relación con el Derecho Penal, podría plantearse la existencia de un delito de bigamia pese a que el sucesivo vínculo se contrajera sin capacidad, dada la tendencia de la doctrina dominante a exigir sólo un mínimo de formalidades que den apariencia de legalidad al ulterior matrimonio, aunque concurren defectos de fondo y forma que lo hagan nulo o anulable (así por ejemplo se expresa Muñoz Conde en «Derecho Penal, Parte Especial», 6.ª Edición, Madrid, 1985).

Cuestión distinta, pero relacionada con ésta, es la de dilucidar el régimen aplicable al matrimonio celebrado ante los ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España o de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas en España, sin la previa obtención de la certificación acreditativa de la capacidad de los contrayentes, o pasados los seis meses desde su expedición.

El requisito de que el matrimonio se celebre antes de que transcurran seis meses desde la expedición de la certificación de capacidad, se configura en estos casos de forma indubitada como requisito de la eficacia civil del matrimonio, a diferencia del acuerdo suscrito con la Comisión Islámica en la cual se hacen depender esos efectos de la efectiva concurrencia de capacidad.

Parece posible considerar análogos los supuestos de caducidad y de inexistencia de certificación de capacidad; así el consentimiento prestado pasados los

aludidos seis meses o sin certificación de capacidad no lo habría sido «en los términos acordados por el Estado», según el tenor del artículo 59 del Código Civil. Sin embargo, el artículo 78 del propio Código restringe el alcance de la nulidad por defecto de forma, de acuerdo con el conocido principio del «favor matrimonii», lo cual nos inclinaría a mantener la validez del matrimonio celebrado sin la certificación mencionada o pasados los seis meses desde su expedición, siempre que al menos uno de los cónyuges lo hubiera contraído de buena fe y concurriera efectivamente el requisito de capacidad de los contrayentes. El acceso al Registro Civil pasaría únicamente por la necesidad de solicitar una nueva certificación. ¿Cuál es el verdadero alcance de la falta de este certificado? Lo cierto es que la redacción legal produce alguna incertidumbre.

## II. DERECHO REGISTRAL

### **5. REGLAMENTOS HIPOTECARIO Y NOTARIAL. Se modifican determinados artículos de los mismos.**

**Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre («B.O.E.» del 18 de diciembre).**

El hilo conductor de esta reforma viene constituido por la necesidad de adaptar los textos reglamentarios afectados a las modificaciones operadas en las Leyes de Enjuiciamiento Civil y de Propiedad Horizontal por la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al fascículo número III del Tomo XLV de esta Revista (disposición n.º 13).

1) En este sentido las modificaciones introducidas en el Reglamento Hipotecario persiguen a su vez un triple objetivo. En primer lugar y toda vez que la nueva redacción dada al artículo 1490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la referida Ley 10/92, impone a los Registradores el deber de comunicar el estado de una ejecución a los titulares de derechos que consten en asientos posteriores al del gravamen que se ejecuta, se hacía necesario prever el acceso al Registro de la Propiedad del domicilio correspondiente a los titulares de los derechos objeto de inscripción, incluyendo además en la norma reglamentaria las necesarias precisiones en torno a este deber de comunicación. A tal finalidad responden las previsiones contenidas en la regla 9.ª del artículo 51, los párrafos segundo y tercero del artículo 143, el párrafo segundo del artículo 165, la regla 12.ª del artículo 166 y el apartado primero del artículo 353.

— En segundo lugar, se ha procedido al desarrollo de las oportunas previsiones reglamentarias para que los Registradores puedan cumplir con la función de diligenciar los libros de actas que la Ley de Propiedad Horizontal les atribuye a partir de la reforma operada en su texto por la mencionada Ley 10/92, y a ello se refiere el nuevo artículo 415 del Reglamento Hipotecario (el antiguo 415 pasa, con idéntico contenido, a constituir el artículo 414).

— Por último también se establecen, en la regla segunda del artículo 175 y en el artículo 224 del Reglamento Hipotecario, algunas previsiones relativas a las

inscripciones y anotaciones objeto de cancelación como consecuencia de la enajenación judicial de fincas o derechos embargados, y al título bastante para la inscripción del remate o de la adjudicación.

2) En cuanto a las innovaciones practicadas en el Reglamento Notarial, la finalidad perseguida consiste en adaptar su texto a las previsiones contenidas en la Ley 10/92 y en virtud de las cuales se encomiendan a los Notarios determinadas declaraciones de herederos «abintestato». Se completan de este modo los preceptos reguladores de las actas de notoriedad con el nuevo artículo 209 bis, en el cual se contienen normas particulares para la tramitación de las actas de declaración de herederos.

### III. OTRAS DISPOSICIONES

**6. PUERTOS DEL ESTADO Y MARINA MERCANTE. Se procede a su regulación.**

**Ley 27/1992, de 24 de noviembre («B.O.E.» del 25).**

Tanto por motivos de política legislativa como por la relación existente entre las competencias y actividades relativas a los Puertos del Estado y a la Marina Mercante, el Legislador ha optado por la regulación conjunta de estas materias, procediendo así, mediante la promulgación de un sólo texto, a adaptar la legislación portuaria a las modificaciones operadas en el derecho aplicable al dominio público marítimo-terrestre y en la legislación tributaria, al mismo tiempo que se modernizan las dispersas disposiciones que venían regulando la marina mercante y el transporte marítimo.

Con el nuevo texto legal se pretende conseguir una gestión desburocratizada y eficaz en los puertos, mediante la creación de entidades públicas que actúen con criterios empresariales, posibilitando a la vez el tránsito de un modelo intervencionista a otro liberal en la ordenación del tráfico marítimo, pero sin que todo ello implique la desatención del interés público implicado en estas materias. Entre las concretas medidas adoptadas por el legislador para alcanzar los objetivos perseguidos, destacaremos las siguientes:

— Se establece el principio de gestión unitaria para todas las actividades portuarias, marítimas y terrestres, concentrando en las entidades públicas denominadas Autoridades portuarias las competencias de los Puertos Autónomos y Juntas de Puerto y las que venían desempeñando las Comandancias de Marina.

— Se crea el Ente Público Puertos del Estado, con funciones de supervisión, coordinación y control de las Autoridades Portuarias.

— Se establece una tendencia hacia la autofinanciación de las entidades portuarias, consolidándose el Fondo de Compensación creado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1985 con destino a inversiones del conjunto del sistema portuario y definiéndose las tarifas por servicios portuarios como recursos de Derecho Privado, en tanto los cánones por concesiones y autorizaciones se califican como precios públicos.

— La delimitación de zonas de servicio en puertos de competencia estatal se efectuará mediante un Plan de utilización de los espacios portuarios, y cuya aprobación por el Ministro de Obras Públicas y Transportes, a propuesta de la Autoridad Portuaria y con los informes establecidos en el artículo 15 de la ley, llevará implícita la declaración de utilidad pública, a efectos expropiatorios, de los bienes de propiedad privada incluidos en dichas áreas, así como la afectación al uso portuario de los correspondientes bienes de Dominio Público.

— En el artículo 18 de la norma planteada, se establecen las previsiones necesarias para coordinar los planes urbanísticos con las competencias administrativas sobre el espacio portuario.

— En la regulación de determinados aspectos relativos al Ente Puertos del Estado y a las Autoridades Portuarias, tales como la naturaleza de sus ingresos ordinarios y extraordinarios, la enajenación de material inservible, instalaciones no fijas y bienes muebles de cualquier naturaleza, o régimen del personal, se contienen numerosas remisiones al Derecho Privado.

— El Título II de la ley contiene las normas aplicables a la gestión del Dominio Público Portuario, relacionándose las actividades, instalaciones y concesiones permitidas en el mismo y el régimen jurídico aplicable al otorgamiento de las autorizaciones o concesiones necesarias para su utilización privativa.

— La regulación relativa a la prestación de los servicios portuarios posibilita tanto la actuación directa de las Autoridades Portuarias, como su gestión indirecta por cualquiera de los medios conocidos en Derecho, siempre que tal gestión no implique ejercicio de autoridad.

— Por otra parte, en el Título III de la Ley, relativo a la Marina Mercante, se contiene la normativa aplicable a los buques y a las empresas navieras, a su registro administrativo, a la obligación de asegurar la responsabilidad civil derivada de la navegación y explotación de los buques, al comercio exterior de buques, a la navegación interior, de cabotaje y exterior, a las Conferencias marítimas y a los Consejos de usuarios.

— También se aborda, en este mismo título, la regulación de la Administración marítima, tanto central como periférica, dedicándose especial atención a la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima, adscrita al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, cuyas funciones consisten en prestación de servicios de búsqueda, rescate y salvamento marítimo, y en cuyo régimen jurídico, especialmente en materia de contratación, financiación y personal, proliferan las remisiones al Derecho Privado.

— Se establece además la normativa correspondiente al servicio de practica, debiendo destacarse en este sentido el régimen legal aplicable a la Responsabilidad Civil en que pudieran incurrir los prácticos o las Autoridades Portuarias en el ejercicio de sus funciones, y los límites cuantitativos fijados a la misma.

— Se contempla, por último, en el Título IV de la norma presentada, el denominado Régimen de Policía, habilitándose a las Autoridades Portuarias para la elaboración del Reglamento de Servicio y Policía del Puerto, que, una vez aprobado, deberá publicarse en el «B.O.E.». También se contienen las medidas a

adoptar por los órganos administrativos competentes para garantizar la actividad portuaria y la navegación, estableciéndose además un completo Régimen Sancionador que posibilita la imposición del deber de indemnizar los daños causados a consecuencia de las acciones u omisiones constitutivas de infracción, cuyo importe será además exigible por vía de apremio administrativo.

## **7. ADMINISTRACIONES PUBLICAS. Régimen jurídico y procedimiento administrativo común.**

**Ley 30/1992, de 26 de noviembre («B.O.E.» del 27).**

La Constitución Española de 1978 contiene, en su título IV (arts. 97 a 107) los principios básicos para la organización y actuaciones de la Administración del Estado y configura como competencia exclusiva de éste el establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y la regulación del procedimiento administrativo común y del sistema de responsabilidad de dichas administraciones (art. 149 p1 n.º 18). Cumpliendo las previsiones constitucionales éstos son los temas abordados por la nueva Ley, que lleva a cabo una revisión y refundición de las ya clásicas Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957 y Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958. Debe señalarse sin embargo que estos textos legales no quedan totalmente derogados, sino que quedan en vigor los preceptos de la primera relativos a la estructura y organización de la Administración del Estado (departamentos ministeriales, Comisiones Delegadas, competencias de los órganos administrativos superiores) y los de la segunda reguladores de aspectos internos de la organización estatal (conflictos de atribuciones, servicios de racionalización y coordinación); cabe esperar que todos ellos sean actualizados y reunidos en una nueva regulación.

Los aspectos más destacables de la nueva Ley pueden sistematizarse de la siguiente forma:

1. Entrada en vigor y aplicación de la Ley: La Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación, sin embargo no será aplicable a los procedimientos iniciados con anterioridad a tal fecha, ni a los procedimientos especiales iniciados en el plazo posterior de seis meses previsto para adecuar su regulación a los principios de la nueva Ley.

Precisamente el camino de la especialidad de procedimientos constituye la reducción mayor al campo de aplicación de la Ley al excluirse de forma general la materia tributaria, los actos de la Seguridad Social y Desempleo y el régimen sancionador en el orden social o disciplinario. Con estas salvedades la Ley proclama su aplicación general a las Administraciones del Estado, de las Comunidades Autónomas, a los Entes Locales y a los Entes Institucionales cuando actúen en el ámbito administrativo.

2. Organización de las Administraciones Públicas: Constituye una novedad de la Ley la regulación de diversas formas de relaciones entre distintas Administraciones, desde los Consorcios hasta las simples comunicaciones o las que resultan del ejercicio paralelo de competencias. También se desarrollan los principios

generales de la competencia y sus formas de ejercicio, completando un amplio abanico de modos de actuación administrativa, que se unen a los tradicionales preceptos sobre el funcionamiento de los órganos colegiados.

3. **Derechos de los ciudadanos:** La situación de los interesados en el procedimiento administrativo se configura no sólo como iniciador del mismo, que debe reunir requisitos especiales de capacidad y legitimación, sino que se regula su condición de parte. Así, atendiendo a los principios constitucionales se contempla la lengua utilizable en las actuaciones administrativas y el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros, cuestión ésta muy destacada en las presentaciones públicas del texto legal pero de menor relevancia práctica.

4. **Silencio administrativo:** Con la admisión de los actos administrativos presuntos como categoría especial se amplía el ámbito de aplicación del silencio administrativo positivo, aunque sin perder su carácter patológico. En efecto las solicitudes de los interesados se entenderán estimadas una vez transcurridos los plazos de resolución cuando se refieran a licencias, autorizaciones, permisos para ejercitar derechos preexistentes, recursos administrativos contra desestimaciones presuntas y cuando no se encuentre establecido el efecto negativo del silencio, Por el contrario, las solicitudes se entenderán desestimadas cuando supongan ejercicio del derecho de petición, se refieran a la atribución de facultades administrativas o constituyan un recurso administrativo, salvo el caso anteriormente citado.

La existencia del acto presunto deberá acreditarse mediante certificación del órgano resolutorio, el cual podrá dictar la resolución omitida dentro del plazo otorgado para certificar.

5. **Actos administrativos:** Se reformulan los principios básicos sobre la materia establecidos por las leyes de 1957 y 1958, incorporando algunas matizaciones oportunas y respetando acertadamente los términos anteriores, ya clásicos. Igual proceder se sigue en la regulación del procedimiento y sus diversos trámites. Sólo es criticable a este respecto algún precepto de redacción especialmente compleja (por ej. art. 97 p.2).

6. **Revisión de los actos en vía administrativa:** Es el apartado que ha recibido ya más críticas doctrinales por un cierto aligeramiento introducido en la revisión de actos anulables (art. 103 p1, frente a la anterior infracción manifiesta de la Ley con dictamen favorable del Consejo de Estado) y, sobre todo, por la supresión radical del recurso de reposición.

No es preciso argumentar la gravedad de esta medida pues el recurso de reposición ha sido el cauce utilizado habitualmente para corregir en vía administrativa de forma rápida y económica muchos errores y defectos de tramitación.

Una posible solución a esta situación podría lograrse generalizando la existencia de órganos específicos competentes para conocer de los recursos, contemplados ahora por la Ley, de modo semejante a los órganos económico-administrativos, aunque deba superarse la dificultad que en muchos casos plantea la terminación de la vía administrativa.

La suspensión de ejecución del acto impugnado, aunque se mantiene reducida a términos parecidos a los anteriores, ve potenciada su aplicación por la vía del silencio positivo, pues se producirá automáticamente si no se resuelve sobre ella en el plazo previsto (art. 111 p4).

7. Procedimientos especiales: Esta rúbrica del Título VI de la Ley de 1958 desaparece actualmente, siendo variado el destino de su contenido. Por una parte, la regulación del procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general, de la antigua Ley, sigue vigente (arts. 129 a 132); por otra, las normas sobre el procedimiento sancionador reciben notable ampliación, estableciéndose no sólo el régimen procedimental, sino también los principios de la potestad sancionadora de la Administración y de su ejercicio. Finalmente las reclamaciones previas al ejercicio de acciones civiles o laborales frente a la Administración se regulan esquemáticamente omitiéndose toda referencia a la intervención en el procedimiento del órgano de asesoramiento jurídico de la Administración, mínima garantía de seriedad en la tramitación que la antigua Ley sí contemplaba.

8. Responsabilidad administrativa: La Ley desarrolla algunos aspectos de la regulación contenida en la anterior Ley de 1957 y consagrada por la Constitución (alcance de la indemnización, procedimientos, acción de repetición contra el personal responsable). Se contempla la responsabilidad por actos legislativos pero no de forma general, pues se remite la indemnización a los términos de la Ley causante del perjuicio, con la que el precepto queda realmente sin contenido (art. 139 p.3).

En definitiva, la Ley realiza una correcta actualización de los textos legales anteriores, acomodando los principios tradicionales a la configuración constitucional de las Administraciones. Cabe pensar, sin embargo, que en algún aspecto, sobre todo en la revisión del régimen de recursos administrativos se ha obrado precipitadamente, sin calibrar debidamente las consecuencias que acarrea la nueva regulación.

**8. COMUNIDADES AUTONOMAS. Se transfieren competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución.**

**Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre («B.O.E.» del 24).**

En desarrollo de los Acuerdos Autonómicos suscritos el pasado día 28 de febrero de 1992 y con la finalidad de satisfacer de una manera racional las aspiraciones de ampliación competencial de las Comunidades Autónomas que accedieron a su autogobierno por la vía del artículo 143, evitando los problemas que podrían derivarse de las diferencias relativas a la enumeración de competencias, nivel en que son asumidas y dicciones con que aparecen formuladas en los distintos Estatutos de Autonomía, el legislador ha optado por utilizar la vía prevista en el artículo 150-2 de la Constitución, incluyendo, para todas las Comunidades afectadas, las competencias objeto de ampliación con las necesarias adaptaciones que las peculiaridades geográficas y específicas de algunas Comunidades Autónomas requieren. El proceso, no obstante, está llamado a concluir con la incorporación de las competencias definidas en los respectivos Estatutos de Autonomía.



Así, contiene la ley presentada una relación homogénea de competencias que tienden a equiparar sustancialmente a las Comunidades Autónomas afectadas con aquellas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 151-2 de la Constitución. Se contemplan además, en el Capítulo II del Título I de la norma presentada, una serie de preceptos que intentan resolver las interconexiones existentes en diversas materias entre competencias autonómicas y estatales, imponiendo una actuación conjunta o compartida que puede derivarse de otros títulos competenciales. También se incluyen las condiciones y límites que para las mismas materias incorporan los Estatutos de Autonomía elaborados de acuerdo con el artículo 151 de la Constitución Española y, en algunos casos, aspectos del ejercicio competencial en los cuales se ha previsto la participación de las Comunidades Autónomas a través de la correspondiente Conferencia Sectorial.

La norma remite a los acuerdos de Comisiones Mixtas para la determinación de los medios materiales y personales que, en su caso, hayan de ser transferidos con el fin de posibilitar el efectivo ejercicio de las competencias transferidas, regulando además, como impone el artículo 150-2 de la Constitución, las formas de control que el Estado se reserva en relación con el ejercicio de las competencias transferidas y previéndose la ineficacia sobrevenida de estas medidas de control, una vez que las Comunidades Autónomas procedan a incorporar el contenido de la Ley Orgánica en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

#### **9. SECTOR PETROLERO. Se procede a la ordenación del mismo. Ley 34/1992, de 22 de diciembre («B.O.E.» del 24).**

La presente ley culmina la adaptación al marco comunitario del sector petrolero español, declarando extinguido el Monopolio de Petróleos y transformando el complejo entramado de relaciones jurídico-públicas que su desarrollo produjo, para posibilitar así la vigencia de la libre actividad empresarial en este sector.

— El indudable interés público que el adecuado suministro de productos petrolíferos presenta, justifica la regulación de una serie de facultades dispuestas en favor de la administración y que van desde el sometimiento a autorización previa de las actividades relativas a la importación, exportación, intercambio intracomunitario, refino, distribución, venta, transporte y almacenamiento de productos petrolíferos, hasta el establecimiento de una serie de competencias administrativas de intervención en el ejercicio de tales actividades, tendentes a asegurar el mantenimiento de las existencias mínimas exigidas, el respeto de los derechos de consumidores y usuarios, la seguridad de las instalaciones, la garantía del adecuado suministro o el correcto desenvolvimiento de la planificación económica. Precisamente es la especial incidencia del interés público en esta materia la que justifica, además de las medidas ya mencionadas, el establecimiento de un régimen sancionador que, en líneas generales, tipifica como infracciones administrativas las conductas consistentes en el incumplimiento de la normativa legal relativa a las actividades tendentes al suministro de productos petrolíferos, o en la interrupción y suspensión injustificada de las mismas.

— Se ha regulado con cierto detalle el tránsito de las situaciones jurídicas de naturaleza concesional, creadas durante la existencia del monopolio, al nuevo marco legal, intentando dar satisfacción a los intereses del Estado y a los derechos de los particulares incorporados a las actividades del Monopolio. En relación con las instalaciones de venta, la posibilidad de que los concesionarios de instalaciones de venta puedan continuar libremente su actividad dentro del nuevo marco económico delineado por el legislador, así como la vía alternativa que se les proporciona para que mantengan sus derechos y obligaciones en la forma prevista por la ley, lo cual incluye la posibilidad de continuar actuando como comisionistas por cuenta ajena, parecen suficientes razones para excluir el pago de indemnización alguna a los afectados. Las peculiaridades planteadas por los otros agentes integrados en el extinto Monopolio, como por ejemplo los revendedores, agentes de aparatos de servicio y gestores de instalaciones de venta, son reguladas también desde la óptica del respeto y adaptación de sus derechos a las normas que habrán de regir en lo sucesivo tales relaciones.

—Especialmente interesante resulta, en un régimen de liberalización de actividades, la declaración de utilidad pública de las enumeradas en el artículo 4 de la ley (básicamente refino, transporte y almacenamiento de productos petrolíferos), cuando respondan a exigencias derivadas de la planificación energética o de la capacidad de la infraestructura existente, y así se establezca en la correspondiente autorización, dado que en tal caso el otorgamiento de la autorización administrativa llevará implícita la concreta utilidad pública y la necesidad de urgente expropiación de los bienes y derechos necesarios para el establecimiento de las instalaciones, así como la imposición y ejercicio de servidumbres de paso y demás limitaciones de dominio, gozando los titulares de las autorizaciones de la cualidad de beneficiarios de la expropiación (art. 5 de la ley).

— Por último podríamos señalar que el texto legal presentado viene a regular algunos aspectos en relación con los órganos administrativos competentes para la aplicación de sus preceptos, previendo la intervención de las Comunidades Autónomas en el otorgamiento de determinadas autorizaciones.

**10. TRATADO DE LA UNION EUROPEA. Se autoriza su ratificación por España.**

**Ley Orgánica 10/1992, de 28 de diciembre («B.O.E.» del 29).**

En virtud del artículo único de la presente Ley Orgánica, promulgada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Española, se autoriza la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992.

**11. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO. Se establece su nueva regulación legal.**

**Ley 37/1992 de 28 de diciembre («B.O.E.» del 29).**

La adaptación de nuestro ordenamiento interno al Derecho Comunitario, impuesta por la creación del Mercado interior, y la experiencia acumulada durante el

tiempo de vigencia del IVA, han sido los factores determinantes de una reforma de su régimen jurídico que, por su profundidad, ha hecho aconsejable la promulgación de su nuevo texto legal.

1) La creación del Mercado interior y los problemas estructurales de algunos Estados miembros han originado la necesidad de establecer un régimen transitorio, caracterizado por la definición del nuevo hecho imponible consistente en la adquisición intracomunitaria de bienes, que se define a su vez como la obtención del poder de disposición, efectuada por un sujeto pasivo o persona jurídica que no actúe como tal, sobre un bien mueble corporal, objeto de una transmisión realizada por un sujeto pasivo, siempre que dicho bien se expida o transporte de un Estado miembro a otro. Se armoniza así la abolición de fronteras fiscales con el mantenimiento, para tales operaciones y durante este período transitorio, del principio de tributación en destino.

— Se regula también el régimen de exenciones de las entregas intracomunitarias de bienes, configurando el transporte en el tráfico intracomunitario como una operación autónoma respecto de las entregas de bienes, no exenta por lo tanto de imposición.

— Dentro de este régimen transitorio se establecen los regímenes particulares de viajeros, personas en régimen especial, ventas a distancia y medios de transporte nuevos, dándose además cobertura legal al establecimiento de una serie de obligaciones formales complementarias, tendentes a permitir el seguimiento de las mercancías objeto de tráfico intracomunitario una vez suprimidos los controles en frontera y cuya previsión se difiere a la norma reglamentaria.

— La armonización de tipos impositivos se ha operado mediante la supresión del tipo incrementado y el mantenimiento de los actuales tipos general del 15% y reducido del 6%, realizando respecto de éste último los ajustes precisos; además se establece un tipo mínimo del 3% para determinados artículos de primera necesidad.

— El hecho imponible consistente en la importación de bienes únicamente se aplica ahora a los procedentes de terceros países y las entradas de bienes para ser introducidos en áreas exentas, o al amparo de regímenes especiales, pasan a quedar fuera de la definición del hecho imponible, dado que en estos supuestos la importación se entiende producida en el lugar y momento en que los bienes salen de las citadas áreas o abandonan los regímenes indicados.

2) Junto a todas estas modificaciones y como ya dijimos, se encuentran otras que el legislador fundamenta en el perfeccionamiento del régimen anterior, o la simplificación en la gestión del impuesto; estas reformas pueden sistematizarse así:

— Incorporación de normas reglamentarias a la nueva ley, con lo cual se resuelven algunos problemas relativos a la reserva relativa de ley, configurada en materia tributaria por el juego conjunto de los artículos 31-3 y 53-1 de la Constitución y por la importantísima sentencia del Tribunal Constitucional 6/83 de 4 de febrero (F.J.4), reiterada después en muchas otras. En este sentido, las normas delimitadoras del hecho imponible y de las exenciones, indudablemente considerables

como elementos esenciales o configuradores del tributo y que figuraban en el Reglamento del impuesto, pasan a formar parte del texto legal; sería deseable que se fuera pensando en dar un serio repaso a otras normas tributarias en este mismo sentido.

— Se delimitan las zonas o partes del territorio de los Estados miembros, excluidas del régimen transitorio de las operaciones intracomunitarias y que tendrán, a efectos del IVA, la consideración de terceros países. En relación con España tal circunstancia concurre en Ceuta y Melilla, no comprendidas en la Unión Aduanera, y en Canarias, territorio este último excluido de la armonización de los impuestos sobre el volumen de negocios.

— Se establece el alcance de la subrogación del adquirente en la posición del transmitente, respecto de los bienes adquiridos como consecuencia de transmisiones globales.

— En relación con la no sujeción al impuesto de las actividades de los entes públicos, ésta se limita a las actividades cuyas operaciones principales se realicen sin contraprestación o mediante contraprestación tributaria, diferenciando así entre actividad y operaciones concretas en que ésta se manifiesta.

— La constitución, transmisión o modificación de derechos reales de uso o disfrute sobre bienes inmuebles pasan a considerarse prestaciones de servicios en lugar de entregas de bienes, asimilando así su tratamiento fiscal con el arrendamiento, habida cuenta de su similar función económica.

— Se concede a los sujetos pasivos la facultad de optar por la tributación de determinadas operaciones relativas a inmuebles que tienen reconocida la exención del impuesto, cuando el destinatario de las operaciones exentas es sujeto pasivo con derecho a la deducción total de las cuotas soportadas.

— Se simplifica la delimitación de las exenciones relativas a los buques y aeronaves afectos a la navegación internacional.

— Es objeto de nuevo régimen legal la rectificación de las cuotas repercutidas, elevándose a cinco años el plazo para proceder a la misma y estableciéndose algunos supuestos en que tal rectificación no es posible.

—La regulación legal de las deducciones ha sido modificada con la triple finalidad de acoger el nuevo hecho imponible adquisiciones intracomunitarias, reconocer el derecho a deducir en favor de los contribuyentes que utilicen parcialmente los bienes y servicios hoy excluidos en el desarrollo de sus actividades empresariales, y simplificar la regularización de las deducciones de las cuotas soportadas con anterioridad al inicio de la actividad.

— Se reduce la aplicación del régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca, a los sujetos pasivos, personas físicas, cuyo volumen de operaciones no exceda de 50 millones de pesetas.

— Se establece la responsabilidad solidaria de los destinatarios de las operaciones sujetas a tributación por este impuesto que, mediante sus declaraciones o manifestaciones inexactas, se beneficiasen indebidamente de exenciones, supuestos de no sujeción o aplicación de tipos impositivos menores que los procedentes, tipificándose además como infracción la conducta de los destinatarios que

no tengan derecho a la deducción total de las cuotas soportadas e incurran en las declaraciones mencionadas.

— Por último, la modificación presentada incluye las normas de derecho transitorio precisas para resolver la tributación de las operaciones afectadas por los cambios legislativos.

## **12. PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO. Se aprueban los correspondientes al año 1993.**

**Ley 39/1992, de 29 de diciembre («B.O.E.» del 30).**

Teniendo como objetivos prioritarios la reducción del déficit, mediante la racionalización y contención del gasto público, y el mantenimiento de las inversiones destinadas a la creación de infraestructuras, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1993 presenta, entre otros, los siguientes aspectos destacables:

1) En relación con los gastos de personal al servicio del sector público, se establece la conocida y polémica tendencia a la congelación de sus retribuciones, así como la limitación de las convocatorias de plazas para ingreso de nuevo personal.

2) Se contienen las normas relativas a las pensiones públicas y a la revalorización de sus valores para 1993.

3) En el ámbito tributario, las modificaciones introducidas por la Ley de Presupuestos, son las siguientes:

— En relación con *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, se modifican algunos aspectos relativos al concepto e importe de los incrementos y disminuciones de patrimonio (artículos 44-5 y 45-2 de la Ley 18/1991, de 6 de junio). También incide la Ley en aspectos tales como la escala individual, las deducciones por inversiones y donativos, la comprobación de la situación patrimonial del sujeto pasivo y la escala conjunta.

— *El Impuesto sobre Sociedades* recibe algunas innovaciones en relación con los tipos de gravamen aplicables para el ejercicio de 1993, los pagos a cuenta de la liquidación correspondiente al ejercicio en curso, deducciones por inversiones y creación de empleo y el recurso porcentual de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación.

— En el *Impuesto sobre Bienes Inmuebles* se establece la aplicación de un coeficiente del 5% para la actualización de los valores catastrales de los bienes de naturaleza rústica y urbana, en los términos que la propia Ley de Presupuestos establece.

— Para terminar con los impuestos directos, es preciso citar también las modificaciones operadas en las tarifas del *Impuesto sobre Actividades Económicas* y que afectan a algunas de las actividades sujetas al mismo.

— *El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados* ve alterada la tarifa para las transmisiones y rehabilitaciones de títulos nobiliarios y grandezas y la cuota tributaria relativa al papel timbrado en que habrán de materializarse determinadas actuaciones notariales, acogándose además

los beneficios fiscales aplicables a las Asociaciones declaradas de Utilidad Pública que se dediquen a la protección, asistencia o integración social de determinados colectivos.

— Se regula también el incremento aplicable a los tipos de cuantía fija de las *tasas* de la Hacienda estatal.

4) La Ley autoriza al Gobierno para que, durante el ejercicio de 1993, por razones de política económica y mediante Real Decreto, proceda a transformar o suprimir Organismos Autónomos y Entidades públicas, así como a refundir o modificar su regulación en determinados supuestos.

Asímismo se habilita al Presidente del Gobierno para variar, mediante Real Decreto dictado a propuesta del mismo, el número, denominación y competencias de los Departamentos Ministeriales (Disposición final segunda).

5) En relación con las Haciendas Territoriales, se asumen por la Ley de Presupuestos los criterios sobre financiación de las Comunidades Autónomas derivados del Acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 20 de enero de 1992.

6) Se establece el nuevo Título IX, relativo a las cotizaciones de la Seguridad Social, traduciendo el principio de legalidad que debe presidir su regulación.

7) El interés legal del dinero permanece fijado en el 10% y el interés de demora a que se refiere el artículo 58-2 de la Ley General Tributaria en el 12%, ambos hasta el 31 de diciembre de 1993.



# INFORMACIÓN COMUNITARIA

## Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias (\*)

SANTIAGO ALVAREZ GONZÁLEZ

Prof. Titular de Derecho Internacional Privado.  
Universidad de Santiago de Compostela

### I. LEGISLACION

#### A) *Normativa Vigente*

#### CONSUMO

**1. Recomendación de la Comisión 92/295, de 7 de abril de 1992, relativa a códigos de conducta para la protección de los *consumidores* en materia de *contratos negociados a distancia* (DOCE serie L, núm. 156, de 10 de junio de 1992)**

Se trata de una Recomendación de la Comisión dirigida a las organizaciones profesionales de proveedores, dictada con el fin de servir de complemento a la futura Directiva relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos

---

(\*) Con la presente Crónica de legislación y jurisprudencia comunitarias se inicia una serie que nace con el propósito de ofrecer al lector del Anuario de Derecho Civil una información sucinta y materialmente orientada hacia temas que puedan resultar de interés general. Este objetivo meramente informativo despeja cualquier intento de exhaustividad en un ámbito cubierto suficientemente por otras publicaciones y repertorios periódicos especializados, a los que el lector habrá de recurrir para una información más detallada. La Crónica, de aparición semestral, tiene su base fundamental en el DOCE, a partir del cual se realiza la *selección* tanto de la normativa vigente, cuanto de las propuestas y proyectos normativos que se consideren de interés. En este sentido, una segunda selección, más restringida, es objeto de descripción o someras reseñas referidas al contenido de cada disposición. De las decisiones del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia se ofrece una calificación y una también escueta descripción de la materia objeto de las mismas. Esta primera Crónica comprende la información del DOCE referida al segundo semestre de 1992, más la adición excepcional de contadas disposiciones anteriores, cuya inclusión nos ha parecido de interés.



negociados a distancia. Su objetivo es que las citadas organizaciones se doten de códigos de conducta que hagan posible aquella protección y que ellas mismas vean por que sus miembros cumplan los mencionados códigos.

Como todas las disposiciones comunitarias de este tipo, esta recomendación no tiene fuerza obligatoria y, por lo tanto, no constituye una fuente del Derecho comunitario en sentido estricto. No obstante, el TJCE ha considerado que las Recomendaciones no están desprovistas de todo efecto jurídico, pues los jueces nacionales están obligados a tenerlas en cuenta cuando, como en el presente caso, tienen por objeto completar las disposiciones de Derecho comunitario que tienen carácter obligatorio (13-12-1989, *Grimaldi*, as. 322/88).

**2. Resolución del Consejo de 13 de julio de 1992, sobre futuras prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores (DOCE serie C, núm. 186, de 23 de julio de 1992).**

**3. Directiva 92/75/CEE, del Consejo, de 22 de septiembre de 1992, relativa a la indicación del consumo de energía y de otros recursos de los aparatos domésticos por medio de etiquetado y de una información uniforme sobre los productos (DOCE serie L, núm. 297, de 13 de octubre de 1992).**

Dentro de la política de información y protección al consumidor en estrecha relación con el consumo de energía en aparatos domésticos, el Consejo de las Comunidades Europeas ha adoptado una directiva cuyo objeto es permitir la armonización de las medidas nacionales relativas a la publicación, en especial por medida de etiquetado y de la información sobre los productos, de datos sobre el consumo de energía y de otros recursos esenciales, de manera que los consumidores puedan elegir aparatos que tengan un mejor rendimiento energético (art. 1). La puesta en marcha de esta armonización, cuyas disposiciones de ejecución habrán debido adoptarse el 1 de julio de 1993, se centra fundamentalmente en una *etiqueta* accesoria al aparato y una *ficha* con información sobre el producto. Los Estados miembros habrán de garantizar que la introducción del sistema de etiquetas y fichas relativas al consumo de energía vaya acompañada de campañas informativas de carácter educativo y promocional, destinadas a fomentar una utilización más responsable de la energía por el consumidor final (art. 7).

Singular importancia en la política de contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil posee el art. 5 de la presente Directiva, a cuyo tenor «Cuando los aparatos de que se trate se pongan en venta, alquiler, o alquiler con derecho a compra, por correo, catálogo u otros medios que no permitan al posible comprador ver el aparato expuesto, las correspondientes *directivas de aplicación* dispondrán que el comprador potencial obtenga toda la información fundamental que se especifique en la etiqueta o en la ficha antes de comprar el aparato».

Las disposiciones de desarrollo de la presente directiva se aplicarán, a más tardar, a partir del 1 de enero de 1994.

**4. Decimoquinta Directiva 92/88/CEE, de la Comisión, de 21 de octubre de 1992, por la que se adaptan al progreso técnico los anexos II, III, IV, V, VI y VII de la Directiva 76/68/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de productos cosméticos (DOCE serie L, núm. 325, de 11 de noviembre de 1992).**

#### MEDIO AMBIENTE

**5. Directiva del Consejo 92/32, de 30 de abril de 1992, por la que se modifica por 7.<sup>a</sup> vez la directiva 67/548 relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de *clasificación, embalaje y etiquetado de sustancias peligrosas* (DOCE serie L, núm. 154, de 5 de junio de 1992).**

La presente Directiva tiene por objeto la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la notificación de sustancias peligrosas, el intercambio de información sobre sustancias notificadas, la evaluación de los riesgos para el hombre y el medio ambiente de las sustancias notificadas y la clasificación, el envasado y el etiquetado de las sustancias peligrosas para el hombre y el medio ambiente.

En relación con este último objetivo, el que más cerca puede estar de la vida cotidiana del particular (la Directiva excluye, incluso en materia de etiquetado, cualquier referencia al consumidor), se señalan las condiciones de envasado (materiales, diseño, cierres de seguridad «para los niños», indicación de peligro detectable al tacto, precinto de rotura antes de la primera apertura...) y de etiquetado (tipo de etiqueta, tamaño de la misma, leyendas admisibles y obligatorias, determinación de riesgos específicos, identificación —incluyendo el número de teléfono— del responsable de la comercialización establecido en la Comunidad...). Las autoridades nacionales podrán poner como condición de comercialización en su territorio de las sustancias peligrosas a que se refiere la directiva la utilización en las etiquetas de una lengua o lenguas oficiales en dicho Estado. Asimismo, dispone el art. 26 que «Se prohibirá toda publicidad sobre las sustancias incluidas en una o en varias de las categorías contempladas en el apartado 2 del art. 2 cuando en ella no se mencione la categoría o categorías de que se trate».

**6. Directiva 92/37, de la Comisión, de 30 de abril de 1992, por la que se adapta por 16.<sup>a</sup> vez al progreso técnico la directiva 67/548, del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de *clasificación, embalaje y etiquetado de sustancias peligrosas* (DOCE serie L, núm. 154, de 5 de junio de 1992).**

**7. Resolución del Consejo de 3 de diciembre de 1992, relativa a la relación entre competitividad industrial y la *protección del medio ambiente*, (DOCE serie C, núm. 331, de 16 de diciembre de 1992).**

8. Reglamento CEE núm. 2078/92, del Consejo, de 30 de junio de 1992, sobre métodos de producción agraria compatibles con las exigencias de la protección del *medio ambiente* y la conservación del espacio natural (DOCE serie L, núm. 215, de 30 de julio de 1992).

9. Directiva 92/72/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, de 21 de septiembre de 1992, sobre la *contaminación atmosférica* por ozono (DOCE serie L, núm. 297, de 13 de octubre de 1992).

Contrariamente a las medidas que reclama una de las preocupaciones más acuciantes en relación con la protección del medio ambiente, la destrucción de la capa de ozono, y sus secuelas en el proceso de fabricación y utilización de aparatos que utilicen fluoclorurocarbonos, la presente Directiva se sitúa, precisamente, en la contaminación del aire por la existencia de un índice superior de ozono al permitido. En este sentido, la Directiva pone las bases de un mecanismo de control, intercambio de información y eventual información y alerta a la población en relación con la contaminación atmosférica por ozono.

#### TRANSPORTE

10. Reglamento (CEE) núm. 2410/92, del Consejo, de 23 de julio de 1992, que modifica el Reglamento (CEE) núm. 3975/87 por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de *competencia* para empresas del sector del *transporte aéreo* (DOCE serie L, núm. 240, de 24 de agosto de 1992).

11. Reglamento (CEE), núm. 2411/92, del Consejo, de 23 de julio, por el que se modifica el Reglamento CEE, núm. 3976/87, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y *prácticas concertadas* en el sector del *transporte aéreo* (DOCE serie L, núm. 240, de 24 de agosto de 1992).

12. Reglamento (CEE), núm. 2407/92, del Consejo, de 23 de julio, sobre la concesión de licencias a las *compañías aéreas* (DOCE serie L, núm. 240, de 24 de agosto de 1992).

13. Reglamento (CEE) núm. 2409/92, del Consejo, de 23 de julio, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos (DOCE serie L, núm. 240, de 24 de agosto de 1992).

Disciplina uniformemente la presente normativa la materia de tarifas y fletes de servicios aéreos tratando de consagrar un equilibrio entre la libertad de la diná-

mica de mercado y la salvaguarda de los intereses de los consumidores y de la industria. De este modo, tras reafirmar que tarifas de fletamento y fletes de asientos y carga cobrados por compañías aéreas se fijarán mediante libre acuerdo de las partes en el contrato de transporte (art. 3) y que las compañías aéreas de la Comunidad fijarán libremente las tarifas aéreas (art. 5), se establece la posibilidad de intervención estatal, siendo competentes los Estados miembros para «retirar una tarifa básica que teniendo en cuenta la estructura global de tarifas para la ruta en cuestión así como otros factores pertinentes, incluida la situación de competencia del mercado, sea excesivamente elevada en perjuicio de los usuarios, en relación con los costes correspondientes globales a largo plazo de la compañía aérea incluido el margen de beneficio satisfactorio... [y] detener, de forma no discriminatoria, nuevas reducciones de precios en un mercado, ya sea en una ruta o en un grupo de rutas, cuya dinámica haya producido un descenso continuado de las tarifas aéreas que se desvíe de manera significativa de las variaciones de precios estacionales normales, y que origine pérdidas generalizadas entre todas las compañías interesadas en los servicios aéreos de que se trate, teniendo en cuenta los costes correspondientes globales a largo plazo de las compañías aéreas» (art. 6). Dichas medidas están salvaguardadas por un procedimiento donde los Estados miembros, la Comisión y las compañías interesadas pueden presentar sus alegaciones.

#### PROPIEDADES ESPECIALES

#### **14. Reglamento del Consejo de las Comunidades Europeas núm. 1768/92, de 18 de junio de 1992, relativo a la creación de un certificado complementario de protección para los medicamentos (DOCE serie L, núm. 182, de 2 de julio de 1992).**

Se crea un certificado complementario (a la protección otorgada por una patente) de protección para los medicamentos con el fin de paliar en la medida de lo posible la reducción efectiva de la protección derivada de la patente en aquellos casos en los que media un cierto período de tiempo entre la presentación de solicitud de patente y la autorización de comercialización del medicamento. De esta última situación puede derivarse un período insuficiente para amortizar las inversiones efectuadas en la investigación y, como consecuencia, un descenso del nivel de desarrollo de la industria farmacológica en la Comunidad. El objetivo fundamental del *certificado complementario* es prolongar los derechos del titular de la patente de base o de sus derechohabientes más allá del período de validez de dicha patente y por una duración adicional no superior a cinco años (*Cf.* art. 13); período en el que el certificado conferirá los mismos derechos que la patente de base y estará sujeto a las mismas limitaciones y obligaciones.

**15. Reglamento CEE núm. 2081/92, del Consejo, de 14 de julio, relativo a la protección de las *indicaciones geográficas* y de las *denominaciones de origen* de los productos agrícolas y alimenticios (DOCE serie L, núm. 208, de 24 de julio de 1992).**

La exposición de motivos del presente reglamento trata de conjugar en todo momento la Política Agraria Común con la política de consumo, incidiendo en la creciente demanda de productos agrícolas y alimenticios de un origen geográfico determinado por parte de los consumidores, la necesidad de que éstos dispongan de datos claros y concisos acerca del origen del producto y la de conferir mayor credibilidad a los productos a los ojos del consumidor. Sin embargo, el contenido del Reglamento es esencialmente técnico y tiende a articular un régimen jurídico uniforme sobre determinación y protección de *denominaciones de origen protegidas* (DOP) e *indicaciones geográficas protegidas* (IGP). Su ámbito material en relación con tales figuras se limita a los productos agrícolas y alimenticios respecto de los cuales exista una relación entre sus características y su origen geográfico.

La diferencia entre *denominación de origen* e *indicación geográfica* viene definida a través del art. 2: la primera sería «el nombre de una región, de un lugar determinado o, en casos excepcionales, de un país, que sirve para designar un producto agrícola o un producto alimenticio... originario de dicha región, de dicho lugar determinado o de dicho país, y cuya *calidad o características se deban fundamental o exclusivamente al medio geográfico con sus factores naturales y humanos, y cuya producción transformación y elaboración, se realicen en la zona geográfica delimitada*»; la indicación geográfica se correspondería con «el nombre de una región, de un lugar determinado o, en casos excepcionales, de un país, que sirve para designar un producto agrícola o un producto alimenticio... originario de dicha región, de dicho lugar determinado o de dicho país, y *que posea una cualidad determinada, una reputación u otra característica que pueda atribuirse a dicho origen geográfico, y cuya producción y/o transformación y/o elaboración, se realicen en la zona geográfica delimitada*».

El objetivo fundamental de la protección en cualquier Estado miembro de indicaciones geográficas y denominaciones de origen pasa por la necesidad de que éstas se encuentren inscritas en un *Registro comunitario*; a tales efectos, los productos agrícolas o alimenticios que pretendan tener derecho a una DOP o una IGP habrán de ajustarse a un pliego de condiciones con un contenido mínimo (art. 4) en el que figurarán datos como el nombre del producto, su descripción, la delimitación de la zona geográfica, los elementos que prueben la vinculación originaria de producto y zona geográfica, los factores intrínsecos del producto que imputen dicha vinculación, la descripción del método de obtención del producto... La denominación registrada tras el procedimiento regulado en los arts. 5 a 7 estará protegida contra toda utilización comercial, directa o indirecta para productos no abarcados por el registro, toda usurpación, imitación o evocación (incluso aunque se utilicen términos como «estilo», «tipo», «método», «género», «imitación», u otros similares), cualquier tipo de indicación falsa o falaz en cuanto a la proceden-

cia, el origen, la naturaleza o las características esenciales del producto, y contra cualquier otra práctica, en fin, que pueda inducir a error a los consumidores sobre el auténtico origen del producto (art. 13).

Regula también el Reglamento la estructura, característica y garantías que han de concurrir en las *estructuras de control*, constituidas por uno o varios servicios de control designados y/u organismos privados autorizados a tal efecto por el Estado miembro, y cuya misión consiste en garantizar que los productos agrícolas y alimenticios que ostentan una denominación protegida cumplen los requisitos del pliego de condiciones; sus competencias a tales efectos se cifran en la adopción de las «medidas necesarias para que se cumpla lo dispuesto en el presente Reglamento», cuando observen que un determinado producto que ostenta una denominación protegida de un Estado miembro no cumple los requisitos del pliego de condiciones.

Especialmente interesante resulta también el ámbito de la protección prevista por el Reglamento que, sin perjuicio de acuerdos internacionales, se extenderá a los productos agrícolas o alimenticios procedentes de un país tercero, siempre que éste ofrezca unas garantías suficientes y unos mecanismos de control equivalente al previsto en el Reglamento, además de estar dispuesto a conceder a los productos comunitarios una protección también equivalente a la existente en la Comunidad (condición de reciprocidad).

**16. Directiva 92/100/CEE del Consejo, de 19 de noviembre de 1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos a fines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual (DOCE serie L, núm. 346, de 27 de noviembre de 1992).**

La presente Directiva trata de armonizar las diferentes regulaciones existentes en materia de derechos afines a los derechos de autor, considerando que la protección de dichos derechos ha de adaptarse a las nuevas realidades económicas, como las nuevas formas de explotación. Ello ha de hacerse de conformidad con los Convenios internacionales vigentes sobre los que se basan las normas sobre derechos de autor y otros derechos afines, estableciendo un régimen que garantice de manera irrenunciable una remuneración equitativa para autores y artistas, intérpretes y ejecutantes, quienes deben tener la posibilidad de confiar este derecho a entidades de gestión colectiva que los representen.

A este respecto, dedica la Directiva su Capítulo I al derecho de alquiler y préstamo, considerando que procede, en aras de la claridad, excluir de dichos conceptos determinadas formas de puesta a disposición, como pueden ser la puesta a disposición de fonogramas o de películas (obras cinematográficas o audiovisuales o imágenes en movimiento, con o sin acompañamiento de sonido) para fines de representación pública o radiodifusión, la puesta a disposición con fines de exhibición, o la puesta a disposición para consulta *in situ*. De este modo, en el art. 1, denominado «objeto de la armonización» se define lo que se entenderá por «al-

quiler» y, a renglón seguido, lo que se entenderá por «préstamo» a los efectos de la Directiva. Finaliza dicho precepto con una cláusula alusoria al «agotamiento» del derecho.

Si en el art. 1 se hace referencia al objeto de la armonización (esto es, los derechos de alquiler y préstamo), en el art. 2 se alude al objeto no ya de la armonización sino de los derechos en sí y a los sujetos de los mismos. Se habla de «derecho exclusivo de autorizar o prohibir el alquiler o el préstamo corresponderá...», enumerándose a continuación el conjunto de personas que pueden disfrutar de tales derechos: además del autor, el artista intérprete o ejecutante, el productor de fonogramas o el productor de la primera fijación de una película —siendo extraño que no se mencione a las entidades de radiodifusión, como sí se hace más adelante, como tendremos oportunidad de ver—, pasando a continuación a definir qué se entiende por cada uno de ellos.

El art. 3 se dedica a un campo más específico como es el del alquiler de programas de ordenador, limitándose a declarar la aplicabilidad de la Directiva núm. 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de programas de ordenador. Se fija, asimismo, el derecho a una remuneración equitativa en caso de cesión del derecho, aclarándose que tal derecho a remuneración será de carácter irrenunciable, finalizando el Capítulo I con los límites impuestos al derecho exclusivo de préstamo al público.

Por lo que respecta al Capítulo II, en él se desarrolla el tema de otros derechos afines al derecho de autor no incluidos entre los que configuran el Capítulo I. Estos derechos afines son aquéllos de los que gozan sujetos diferentes del autor pero de idéntico contenido a los que éste disfruta. Por ello resulta extraña la distribución efectuada en el Capítulo II de la Directiva que, a diferencia por ejemplo de la Ley española 22/1987, de 11 de noviembre sobre Propiedad intelectual, divide el conjunto de derechos no en virtud de sus sujetos, sino en función de su objeto. A efectos de una mejor sistematización diremos que:

— los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán de los derechos de autorizar o prohibir la fijación de sus actuaciones (art. 6), de su reproducción (art. 7), de su radiodifusión y comunicación al público (art. 8) y de su distribución respecto de la fijación (art. 9). De estos derechos gozarán también las entidades de radiodifusión respecto de sus emisiones (arts. 6, 7, 8 y 9).

— los productores de fonogramas gozarán, respecto de sus fonogramas del derecho de reproducción (art. 8), de percibir una remuneración (equitativa y única junto con los artistas intérpretes y ejecutantes) por parte de los usuarios de los fonogramas publicados con fines comerciales (o reproducciones de los mismos), que se utilicen para la radiodifusión inalámbrica o para cualquier tipo de comunicación al público (art. 8) y gozarán asimismo del derecho de distribución (art. 9).

— los productores, respecto de las primeras fijaciones de películas del original y de las copias de sus películas gozarán de los derechos de reproducción (art. 7) y de distribución (art. 9).

Finalmente, con el título de «limitaciones de derechos» se está haciendo referencia en el art. 10 a un tema que no es otro que el de las denominadas licencias obligatorias, legales o «no voluntarias».

En el Capítulo III, dedicado a la duración del derecho, se establece la armonización con los Convenios internacionales en la materia, bien en el art. 11 (supérfluo al tratar el tema del derecho de autor en sentido estricto, que no es objeto de regulación por parte de la Directiva), bien en el art. 12, donde se sientan las bases para acomodar la regulación de los Estados en torno al Convenio de Roma de 1960.

#### POLÍTICA SOCIAL

**17. Versión consolidada del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOCE serie C, núm. 325, de 10 de diciembre de 1992).**

**18. Versión consolidada del Reglamento (CEE) núm. 574/72, del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DOCE serie C, núm. 325, de 10 de diciembre de 1992).**

**19. Directiva 92/56, del Consejo, de 24 de junio de 1992, por la que se modifica la Directiva 75/129, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOCE serie L, núm. 245, de 26 de agosto de 1992).**

**20. Reglamento 2434/92, del Consejo, de 27 de julio, por el que se modifica la segunda parte del Reglamento (CEE) núm. 1612/68, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la comunidad (DOCE serie L, núm. 245, de 26 agosto 1992).**

**21. Recomendación 92/443/CEE, del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y resultados de la empresa, incluida la participación en el capital, (DOCE serie L, núm. 245 de 26 de agosto de 1992).**

#### DERECHO INSTITUCIONAL

**22. Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968.**



**Comunicación sobre nuevos Estados miembros: Grecia y la República Portuguesa (además habían depositado con anterioridad el Instrumento de Ratificación, Francia, Países Bajos, España, Reino Unido, Gran Ducado de Luxemburgo e Italia) (DOCE serie C, núm. 144, de 6 de junio de 1992).**

**23. Respuesta a la pregunta núm. 2248/91, del Sr. Vicenzio Mattina a la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la *codificación de la legislación comunitaria* (DOCE serie C, núm. 269, de 19 de octubre de 1992).**

**24. Convenio de Roma sobre ley aplicable a las *obligaciones contractuales* de 19 de junio de 1980. Convenio 92/529/CEE relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a dicho convenio (DOCE serie L, núm. 333, de 18 de noviembre de 1992). Aparece el texto íntegro en Castellano; sobre el mismo en la literatura española puede consultarse M. Virgós Soriano, «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *Tratado de Derecho Comunitario (estudio sistemático desde el Derecho español)*, t. III, Madrid, 1986, pp. 753-825.**

**25. Respuesta a la pregunta escrita núm. 1245/92 de Lord O'Hagan a la Comisión de las Comunidades Europeas, sobre los *recursos de los particulares al Tribunal de Justicia* de las Comunidades Europeas (DOCE serie C, núm. 289, de 5 de noviembre de 1992).**

MATERIAS VARIAS: TELECOMUNICACIONES, FORMACIONES PROFESIONALES, SEGURO DIRECTO DE VIDA, EXPORTACIÓN DE BIENES CULTURALES

**26. Directiva del Consejo 92/94/CEE, de 5 de junio de 1992, relativa a la aplicación de la oferta de *Red Abierta De Líneas Arrendadas* (DOCE serie L, núm. 165, de 19 de junio de 1992).**

**27. Directiva del Consejo 92/51/CEE, de 18 de junio, relativa a un segundo sistema general de *reconocimiento de formaciones profesionales* que completan la Directiva 89/48/CEE (DOCE serie L, núm. 209, de 24 de julio de 1992).**

**28. Directiva 92/96/CEE, del Consejo, de 10 de noviembre, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al *seguro directo de vida* y por la que se modifican las directivas 79/277/CEE, y 90/619/CEE, tercera directiva de seguros de vida (DOCE serie L, núm. 360, de 9 de diciembre de 1992).**

Se introducen a través de la Directiva 92/96/CEE importantes modificaciones en la normativa comunitaria relativa a seguros, abarcando distintas materias que

tratan de compaginar el respeto absoluto por la libertad de prestación de servicios y libertad de establecimiento, las garantías de solvencia económica y el buen funcionamiento orgánico de las empresas de seguros y la información clara y precisa sobre las características esenciales de los productos que le sean propuestos al consumidor. Para ello, la modificación de las directivas 97/277/CEE y 90/619/CEE, se centra en aspectos como el acceso a la actividad de seguro mediante una única autorización administrativa previa, válida para toda la Comunidad, las formas que pueden adoptar las empresas de seguros (formas de Derecho privado o de Derecho público), los mecanismos de control financiero de una empresa de seguros, los requisitos para la cesión total o parcial de la cartera de contratos, las condiciones de restablecimiento de la situación financiera de una empresa cuyo margen de solvencia no alcance el mínimo, los principios para la determinación de la cuantía de las provisiones técnicas suficientes para el conjunto de las actividades empresariales, las restricciones en la inversión de los activos representativos de las provisiones técnicas...

En lo tocante a las disposiciones que afectan al destinatario final del seguro son reseñables la que impide a los Estados miembros establecer disposiciones por las cuales se requiera la aprobación previa o la comunicación sistemática de las condiciones generales y especiales de las pólizas de seguro, de las tarifas, de las bases técnicas, utilizadas en particular para el cálculo de las tarifas y de las provisiones técnicas, de los formularios y demás impresos que la empresa de seguros se proponga utilizar en sus relaciones con los tomadores de seguros (art. 29). No obstante esta liberalidad en el establecimiento del contenido de las pólizas, el art. 31 consagra una obligación de información al tomador del seguro antes de la celebración del contrato y durante su período de vigencia. El Anexo II A, señala las informaciones mínimas que deberán comunicarse al tomador, por escrito y con anterioridad a la celebración del contrato; entre ellas figuran datos relativos a la empresa de seguros y datos relativos al compromiso, entre los que se cifran el período de vigencia, las condiciones de rescisión, primas imputadas a cada garantía, régimen fiscal aplicable al tipo de póliza, régimen de las reclamaciones de los tomadores de seguros o ley aplicable al contrato cuando las partes no tengan posibilidad de elección y la propuesta por la empresa, en caso contrario, entre otros.

El Título IV de la Directiva contiene las modificaciones específicas en materia de libertad de establecimiento y libre prestación de servicios.

**29. Reglamento CEE núm. 3911/92, del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de *bienes culturales* (DOCE serie L, núm. 395, de 31 de diciembre de 1992).**

El Reglamento 3911/92, de sucinto contenido y con diversas remisiones a una Directiva aún no en vigor a cuya publicación supedita su eficacia (en concreto al contenido de la Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, DOCE serie C, núm. 172, de 8 de julio 1992, y reseñada *infra* en esta misma crónica) tiene por objeto el control uniforme de las exportaciones

de bienes culturales en las *fronteras exteriores* de la Comunidad. Con vistas a la consecución de este objetivo se establece en Anexo los bienes que tienen la consideración o calificación de *culturales* en el sentido del Reglamento y que, sin perjuicio del derecho de los Estados miembros de determinar los bienes que posean el rango de patrimonio nacional a tenor de lo dispuesto en el art. 36 del Tratado CEE, necesitarán de una *autorización de exportación* concedida, a petición del interesado por las autoridades competentes del Estado miembro en cuyo territorio el bien cultural se encontrara legal y definitivamente el 1 de enero de 1993, o, posteriormente a dicha fecha, por una autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre tras su expedición lícita y definitiva desde otro Estado miembro, o tras su importación de un país tercero, o reimportación de un país tercero al que haya sido a su vez exportado de forma regular desde un Estado miembro (art. 2). Esta autorización, con validez en toda la Comunidad, habrá de presentarse en el momento de cumplir los trámites aduaneros en la aduana competente, cuyo número podrá ser limitado por los Estados miembros. Estos, además, establecerán las sanciones aplicables en caso de infracción de las disposiciones del Reglamento, que, en todo caso, habrán de ser suficientes para incitar a su cumplimiento.

*B) Propuestas, proyectos, trabajos legislativos*

CONSUMO

**30. Propuesta de Directiva, del Consejo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (Presentada por la Comisión el 21 de mayo de 1992, DOCE serie C, núm. 156, de 23 de junio de 1992).**

En el ámbito de la creciente y ya abundante intervención normativa de la CE en materia de protección de los consumidores, la presente Propuesta tiene por objeto la regulación de un método comercial de distribución de productos y servicios a los consumidores que, por sus singulares características, puede llegar a ser agresivo para el consumidor: el contrato a distancia.

Este objeto la emparenta de modo evidente con la Directiva 85/577/CEE referente a la protección de los consumidores en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, con la que la Propuesta mantiene notables analogías. Es más, en los trabajos preparatorios de la Directiva 85/577 se pone de manifiesto que en un primer momento los contratos negociados a distancia caían en su ámbito de aplicación (Propuesta de la Comisión, de 17 de enero de 1977, DOCE serie C, de 29 de enero de 1977, p. 6) y que sólo a partir de sendos Dictámenes del Comité Económico y social (DOCE serie C, de 28 de julio de 1977) y del Parlamento europeo (DOCE serie C, de 10 de octubre de 1977), se tomó la decisión de que los contratos a distancia fueran objeto de un régimen separado. Este común origen y su, al menos parcial, común problemática explican las ya aludidas analogías entre ambos textos. Así, tanto la Directiva 85/577, como la actual Propuesta de Directiva extienden la protección al consumidor a la fase pre-

contractual, haciendo hincapié en las exigencias de fondo y forma de los actos preparatorios y, singularmente, de la oferta de contrato. Prácticamente idéntico es el concepto de consumidor adoptado por los dos textos («toda persona física cuya participación en las transacciones reguladas por la presente Directiva se pueda considerar ajena a su actividad profesional», reza el art. 2 de la Propuesta, en términos casi coincidentes con los del art. 2 de aquella Directiva); en ambos casos se reconoce la vinculatoriedad del comerciante o proveedor por los actos de sus auxiliares; comunes son algunos de los contratos que quedan fuera de su ámbito de aplicación (por ejemplo, los contratos de suministro de alimentos, bebidas y otros bienes de consumo corriente en el hogar) y en las dos disposiciones comunitarias se prohíbe expresamente la renuncia del consumidor a sus derechos.

Además, tanto en uno como en otro texto se establece la obligación por parte del cocontratante del consumidor de informar a éste por escrito del derecho que le asiste a retractarse o desistir unilateralmente del contrato en un plazo determinado. Precisamente este derecho de retractación, desestimiento o arrepentimiento («rescisión», es el término que, con dudosa corrección técnica, utiliza el art. 11 de la Propuesta sobre contratos a distancia) es el punto central sobre el que pivotan ambas disposiciones y el eje de la protección al consumidor que la Comunidad Europea pretende establecer frente a determinados métodos de distribución agresivos. Esto es así, en la medida en que con el citado derecho se otorga al consumidor el tiempo necesario para comprender la información que le proporcionó el proveedor, para establecer comparaciones con otras ofertas y para reflexionar sobre su decisión de vincularse o no. Desde el punto de vista dogmático, el derecho de «arrepentimiento» que nos ocupa plantea un interesante problema de calificación, pues no es evidente si dicho derecho constituye una excepción al principio tradicional consagrado en todos los sistemas de Derecho privado europeo de la fuerza obligatoria de los contratos o si, con una perspectiva parcialmente diferente, cabe considerar simplemente que los negocios afectados por estas normas son supuestos de formación sucesiva del contrato.

Sin embargo, no todo son similitudes entre la Directiva sobre contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles y la Propuesta sobre contratos negociados a distancia. Así, por ejemplo, sólo la primera se declara expresamente como una «Directiva de mínimos», autorizando al legislador estatal a establecer disposiciones más favorables para el consumidor que las impuestas por la Directiva. Por el contrario, sólo la Propuesta reconoce expresamente la legitimación activa de las organizaciones de consumidores (y de las organizaciones profesionales) para actuar ante los órganos judiciales y/o administrativos competentes a fin de controlar el cumplimiento de la norma comunitaria; en este punto, el art. 20 de nuestra LCU se cohonesto con lo previsto en el art. 13 de la Propuesta.

Pero quizás el punto donde de forma más notoria difieren la Directiva 85/577 y la Propuesta sobre contratos negociados a distancia es el relativo al *dies ad quo* del plazo de siete días que tiene el consumidor para arrepentirse del contrato. Según el art. 5 en relación con el art. 4 de la primera, el citado plazo comenzará a contar a partir del momento en que el consumidor haya recibido la información por escrito de su derecho a rescindir el contrato, momento que según el propio art.

4 coincidirá con el de la celebración del acuerdo, pero no necesariamente —añadimos nosotros— con la recepción de la mercancía por el consumidor. En cambio, en el art. 7 de la Propuesta de 1992 el plazo se contará a partir de la fecha de recepción del producto o servicio, que no tiene por qué coincidir necesariamente con el de la celebración del acuerdo (a menos que estimemos que éste no está celebrado hasta que el producto se recibe). Además, la Propuesta contempla expresamente el caso diferencial de los servicios, estimando que entonces el plazo se computará a partir de la fecha de recepción por el consumidor de los documentos que contengan el acuerdo explícito del proveedor y, a diferencia de la Directiva 85/577, excluye el derecho de arrepentimiento en ciertos tipos de contratos. Estas discrepancias explican que el Preámbulo de la Propuesta aluda a la necesidad de proceder en el futuro a la modificación de la Directiva 85/577.

Al margen de la comparación anterior, conviene apuntar algunos de los temas regulados en la presente Propuesta y que pueden considerarse específicos de los contratos negociados a distancia. En este sentido, ha de estimarse plausible que el legislador comunitario haya optado por utilizar una fórmula general como es la de «técnicas de comunicación a distancia» pues, como señala el Preámbulo, la evolución permanente de estas técnicas haría inútil las menciones expresas con pretensiones de exhaustividad; por ello, como claramente se dice, las técnicas mentadas en el Anexo son meros ejemplos. En otro orden de cosas, es especialmente interesante aludir al mandato expreso de que los Estados adopten las medidas necesarias para que no se produzcan envíos no solicitados por el consumidor (art. 8 de la Propuesta), técnica ésta de venta enormemente agresiva y que ya está expresamente prohibida en algunos países de la Comunidad (incluso perseguida su práctica con sanciones de índole penal, como es el caso de Francia).

Es también de notar la preocupación que en esta Directiva manifiesta el legislador comunitario respecto de algunos valores y derechos de naturaleza extrapatrimonial, como el respeto a la intimidad del consumidor (art. 4), o la protección de menores (arts. 5 y 7).

Por último, cabe aludir a los problemas que pueden derivar del cumplimiento de esta Directiva (en los términos de la Propuesta o en otros análogos) en nuestro Derecho interno. En principio, el Derecho estatal español carece de una norma *ad hoc* para los contratos negociados a distancia. La fórmula general adoptada por el art. 1 a) de la Ley 26/1991 de 21 de noviembre sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles literalmente permitiría que también cayeran en el ámbito de aplicación de esta Ley los contratos negociados con técnicas de comunicación a distancia; sin embargo, la aplicación de esta norma interna dejaría sin regulación algunos temas de vital importancia para este tipo de contratos, como el ya aludido de los envíos no solicitados y por consiguiente, haría necesaria una nueva intervención legislativa interna. Por otra parte, si esa nueva ley hace suyo, como ha hecho la Ley 26/1991, el concepto de consumidor suministrado por el art. 1,2 de la LCU, se plantearía el mismo problema de coherencia con el concepto comunitario que actualmente cabe suscitar en relación con los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales.

Donde sí existe una referencia expresa a las «ventas a distancia» es en la legislación de ámbito autonómico. Dejando al margen el problema competencial que plantea el Derecho de consumo, cabe señalar que tanto Aragón (Ley 9/1989 de 5 de octubre), como Galicia (Ley 10/1988 de 20 de julio), Valencia (Ley 8/1986 de 29 de diciembre) y Cataluña (Ley 23/1991 de 29 de noviembre) han dictado normas más o menos extensas sobre las ventas a distancia, si bien con la excepción de la norma catalana se limitan a aspectos de índole administrativa y, aún cuando regulan aspectos privados, lo hacen de modo insuficiente. En cualquier caso pues, la aparición de una Directiva sobre contratos negociados a distancia exigirá nuevas disposiciones internas.

**31. Modificación de la propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/531/CEE, relativa a los procedimientos de formalización de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DOCE serie C, núm. 188, de 25 de julio de 1992).**

**32. Propuesta de Directiva del Consejo, relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de utilización de bienes inmuebles en régimen de disfrute a tiempo compartido (presentada por la Comisión el 2 de julio de 1992, DOCE serie C, núm. 222, de 29 de agosto de 1992).**

El fenómeno de la multipropiedad viene siendo, de un tiempo a esta parte, preocupación importante de la Comunidad Europea al confluir en él varios de los títulos competenciales sobre los que ésta tiene poder normativo, como pueden ser la política turística y la protección del consumidor. En este último ámbito se incardina la presente Propuesta que, como su Preámbulo indica, se limita a intervenir en el proceso de adquisición del inmueble en régimen de multipropiedad, buscando la armonización de las normas relativas a las transacciones contractuales dirigidas a aquella adquisición, transacciones que, por lo demás, frecuentemente presentan un carácter internacional que escapa a la mera disciplina doméstica de los Estados.

Siguiendo el esquema habitual en este tipo de Directivas el Título I se limita a definir el objetivo y los conceptos utilizados en el articulado. El Título II, bajo la rúbrica no del todo exacta de «Obligaciones del vendedor», recoge una serie de garantías que han de suministrarse al adquirente de un bien en régimen de utilización a tiempo compartido; garantías que en parte debe darle el vendedor y que han de formar parte del contenido contractual (art. 3: garantía de habitabilidad del inmueble, utilización del mismo, utilización de los servicios comunes, derecho a participar en la adopción de acuerdos sobre la gestión del inmueble) y en parte ha de proporcionarle el propio legislador estatal (por ejemplo, estableciendo claramente en el Derecho interno los derechos y obligaciones del adquirente en la gestión y mantenimiento del in-

mueble, o estableciendo las bases con arreglo a las cuales se distribuirán las cargas comunes).

La preocupación del legislador comunitario por la información del adquirente en el período precontractual se pone de manifiesto en el art. 5 de la Propuesta, en el que se prevé la obligación del vendedor de poner a disposición del potencial adquirente un documento que informe de manera inequívoca, detallada y completa de los elementos indicados en el Anexo (entre ellos, el de arrepentirse del contrato en un determinado plazo de tiempo); a fin de asegurarse de que el consumidor va a conocer las características del bien que puede llegar a adquirir, dicho precepto exige que el documento precontractual se redacte en una lengua que el adquirente declare conocer, declaración informal que hará ante el eventual vendedor y que traslada a éste el llamado *Sprachrisiko* de la contratación internacional. La necesaria existencia de este documento precontractual es una clara manifestación de la importancia que la Comunidad Europea da a la información de los consumidores, considerando que dicha información es un derecho básico de éstos y un elemento esencial para el logro de su efectiva protección.

El Título III aborda la protección del consumidor una vez que ya se ha decidido a celebrar el contrato de adquisición del inmueble en régimen de utilización a tiempo compartido. El art. 6 de la Propuesta prevé que el contrato se formalice necesariamente por escrito y que, además, el documento contractual contenga una serie de menciones obligatorias, lo que no es sino una muestra más del formalismo que caracteriza a los contratos de consumo (Cf. por ejemplo en el ámbito comunitario el art. 4 de la Directiva 87/102, del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia del crédito al consumo modificada por la Directiva 90/88). Ha de notarse, no obstante, que el legislador comunitario deja en manos del legislador estatal la decisión sobre el tipo de invalidez o ineficacia que ha de corresponder a un contrato de adquisición de un inmueble en régimen de multipropiedad que no cumpla con las referidas exigencias formales (por no haberse celebrado por escrito o por carecer de alguna de las menciones obligatorias); la integración de tal silencio, en armonía con el fin proteccionista de la norma, parece que incidirá en considerar tal contrato como anulable a instancia del consumidor.

Conviene apuntar también que entre las menciones obligatorias ha de incluirse, además de todos los demás elementos del Anexo, «la información inequívoca, claramente legible y al menos con los mismos caracteres que el resto del contrato», del derecho del consumidor a arrepentirse del contrato en un plazo mínimo de 14 días naturales a partir del de la firma del contrato o de 28 días si el derecho de disfrute a tiempo compartido se va a ejercer en un Estado distinto de la residencia habitual del adquirente (art. 7); para que no se frustre este derecho y a fin de que el consumidor conozca efectivamente el *dies ad quo* de ese plazo, el art. 6 incluye también entre las menciones obligatorias la fecha de la firma del contrato. En este sentido, puede ser interesante constatar que en el Anexo a la primera Propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con

consumidores, presentada por la Comisión el 3 de septiembre de 1990 (COM 90, 322 final, p. 75) se incluía, como tipo de cláusula que siempre será abusiva la que, en un contrato para la compra de intereses en propiedad compartida en un edificio, tuviese por objeto o por efecto «establecer la fecha de conclusión del contrato de tal manera que se prive al consumidor de la posibilidad de retirarse del contrato en un plazo mínimo de siete días consecutivos tras efectuarlo»; el hecho de que la Comunidad haya decidido presentar una Directiva global sobre multipropiedad puede explicar la desaparición de esta referencia en el Anexo a la Propuesta modificada de Directiva sobre cláusulas abusivas, presentada el 5 de marzo de 1992 (COM , 92, 66 final).

Se prevé también en la Propuesta de Directiva que el consumidor pueda ejercitar su derecho a arrepentirse del contrato (derecho de retrocompra, según el texto español publicado en el DOCE) mediante el envío de una notificación a la persona que a tal fin figure en el contrato; tratándose de una declaración de voluntad unilateral y recepticia, la norma comunitaria considera expresamente que para cumplir el plazo basta con expedir la notificación por carta certificada antes de la expiración del mismo, optando así por la «teoría de la expedición» que también se adoptó en la Directiva 85/577 relativa a los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y que resulta en este punto la más favorable para los intereses del consumidor.

Por último, como otras normas comunitarias de protección a los consumidores, la presente establece expresamente la nulidad de la renuncia por el adquirente a los derechos que se le atribuyen y la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad del vendedor (art. 8). Además, se autocalifica como «Directiva de mínimos» (art. 11).

Por lo que toca a la normativa de Derecho internacional privado que anuncia el Preámbulo de la Propuesta de Directiva (amén del no excesivamente clarificador recurso que dicho Preámbulo hace a la *lex rei sitae*), el art. 9 impone la necesidad de que la protección estándar que garantiza el contenido de la Propuesta no se desvirtúe por lo dispuesto en la ley rectora del contrato (bien elegida por las partes o bien determinada por las reglas aplicables en defecto o por insuficiencia de elección). Sin embargo, el adquirente podrá disfrutar de tal protección sólo cuando el inmueble a que se refiera el contrato esté situado en un Estado miembro o, aun tratándose de contratos relativos a inmuebles situados fuera de la Comunidad, cuando el adquirente posee su residencia habitual en un Estado miembro y concurren una serie de circunstancias que convierten a ese Estado miembro en el entorno contractual. A este respecto puede señalarse que las circunstancias cuya concurrencia se exige al lado de la residencia habitual del adquirente son un traspaso de lo dispuesto en el art. 5,2 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (el Convenio de adhesión al mismo de España y Portugal aparece reseñado en la presente Crónica); mas, al ser utilizadas con un fin más amplio, tiene menos justificación la exigencia de un entorno contractual individualizado en *un Estado miembro* en vez de en el conjunto de la Comunidad, dando relevancia a la frontera interior cuando, por hipótesis, el fin perseguido debería ser el contrario.



## MEDIO AMBIENTE

**33. Propuesta modificada de Directiva del Consejo, relativa a la contaminación atmosférica por ozono (DOCE serie C, núm. 158, de 25 de junio de 1992).**

**34. Propuesta de Directiva, de la Comisión, sobre el control de emisiones de compuestos orgánicos volátiles (COV) resultantes del almacenamiento y distribución de carburantes desde los terminales a las estaciones de servicio (DOCE serie C, núm. 227, de 3 de septiembre de 1992).**

**35. Propuesta de Directiva, del Consejo, relativa a envases y residuos de envases (DOCE serie C, núm. 263, de 12 de enero de 1992).**

## COMPETENCIA

**36. Proyecto de Reglamento CEE de la Comisión relativo a la aplicación del apartado 3.º del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de seguros (DOCE serie C, núm. 207, de 14 de agosto de 1992).**

El art. 85,1 del Tratado CEE declara incompatibles con el mercado común y, por ello, prohíbe determinados acuerdos entre empresas, prácticas concertadas y decisiones de asociaciones de empresas que traten de impedir restringir o falsear el juego de la libre competencia. El apartado 3 de dicho art. 85 establece, no obstante, la inaplicación del apartado primero a acuerdos, decisiones o prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción y distribución de productos o a fomentar el progreso técnico o económico. El presente Proyecto de Reglamento viene a especificar la admisibilidad de determinados acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas cuyo objeto sea establecer una colaboración entre empresas de seguros y/o reaseguros o sus asociados mediante: a) la fijación conjunta de tarifas de primas de riesgo basadas en estadísticas colectivas o en el número de siniestros; b) la fijación de condiciones tipo para los contratos de seguro; c) la cobertura conjunta de determinados tipos de riesgos; d) la fijación conjunta de normas para la verificación y aceptación de equipos de seguridad.

**37. Proyecto de Reglamento (CEE), de la Comisión, por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núms. 417/85, 418/85, 2349/84 y 556/89, relativos a la aplicación del apartado 3.º del art. 85 a determinadas categorías de acuerdos de especialización, investigación y desarrollo, licencia de patentes y licencia de *Know-how*, respectivamente (DOCE serie C, núm. 207, de 14 de agosto de 1992).**

## ENTIDADES DE CRÉDITO

**38. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a los sistemas de garantía de depósitos (DOCE serie C, núm. 163 de 30 de junio de 1992).**

**39. Propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre vigilancia y control de las operaciones de gran riesgo de las entidades de crédito (DOCE serie C, núm. 175, de 11 de julio de 1992).**

## POLÍTICA SOCIAL

**40. Dictamen sobre la Propuesta de Reglamento (CEE), del Consejo, por el que se modifican el Reglamento (CEE) núm. 1408/71, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/72, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 (DOCE serie C, núm. 332, de 16 de diciembre de 1992).**

**41. Propuesta modificada de recomendación del Consejo, relativa al fomento de la participación de los trabajadores en los beneficios y los resultados de la empresa, incluida la participación en el capital (DOCE serie C, núm. 140, de 3 de junio de 1992).**

MATERIAS VARIAS: PROTECCIÓN DE LAS BASES DE DATOS, PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FRENTE AL TRATAMIENTO DE DATOS, BIENES CULTURALES, MARCA COMUNITARIA, SEGUROS, TRANSPORTE, PRODUCTOS SANITARIOS, CONTRATACIÓN PÚBLICA.

**43. Propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo, relativo a determinadas modalidades de aplicación del acuerdo sobre el espacio económico europeo (DOCE serie C, núm. 339, de 22 de diciembre de 1992).**

**44. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección jurídica de las bases de datos (presentada por la Comisión el 15 de abril de 1992, DOCE serie C, núm. 156, de 23 de junio de 1992).**

La Propuesta de Directiva que nos ocupa en este momento se enmarca inequívocamente en la protección de los derechos de autor, tratando de aportar soluciones específicas dentro de la protección general de la propiedad intelectual, a los problemas también específicos que suscita la utilización de bases de datos. Aunque el derecho de autor sigue siendo un tipo de derecho exclusivo que resulta apropiado para proteger jurídicamente las bases de datos —señala uno de los motivos de la Propuesta— se precisan otras medidas que impidan la extracción y reutilización desleales del contenido de una base de datos. Sin olvidar las disposiciones internas de los Estados miembros sobre patentes, marcas, diseño, competencia desleal, secretos comerciales... (*vid.* art. 12), haciendo los correspon-

dientes llamamientos a la normativa internacional (principalmente al Convenio de Berna), y reservando con carácter general los derechos constituidos sobre las obras, la Propuesta intenta poner fin, a través de una unificación de la normativa de los Estados miembros, a la copia, reutilización y reordenado electrónico de bases de datos, cuando una base de datos reordenada y con idéntico contenido no vulneraría *per se* los derechos de autor. Con ello se fomenta, a decir de la Propuesta, la inversión en sistemas modernos de almacenamiento y recuperación de la información dentro de la Comunidad.

Por «base de datos» «habrá de entenderse «...toda colección de obras o materiales ordenados, almacenados y accesibles mediante medios electrónicos, así como el material electrónico necesario para el funcionamiento de la misma... no quedarán comprendidos en la definición los programas de ordenador utilizados en la realización o el funcionamiento de la base de datos» (para este caso sera de aplicación la Directiva 91/250/CEE, del Consejo, DOCE, serie L, núm 122, de 17 de mayo de 1991). La protección de la base de datos así concebida se realizará conforme al art. 5,2 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, siempre que conste su originalidad, es decir, que nos encontremos ante una base de datos compuesta por una colección de obras o materiales que por su *selección o disposición* constituye una creación intelectual propia del autor (art. 2).

La Propuesta regula tanto el sujeto titular (persona física o jurídica) de los derechos exclusivos, cuanto, en su caso, el tipo de titularidad colectiva (art. 3); también determina las condiciones de la incorporación de otras obras o materiales a una base de datos, señalando en qué casos tal incorporación no requerirá la autorización del titular del derecho sobre dichas obras y en qué supuestos tal incorporación habrá de hacerse con sujeción estricta a los derechos de autor u otros derechos asumidos (art. 4); los arts. 5, 6 y 7 diseñan el modelo de utilización legítima de la base de datos, con la enumeración de una serie de actos sujetos a restricciones, así como determinadas excepciones a estas restricciones: los actos de extracción desleal del contenido de una base de datos y el período de protección de la misma son regulados por los arts. 8 y 9, ocupándose el art. 11 de definir el ámbito subjetivo de beneficiarios de la protección prevista en la Propuesta (el principio general es el del creador nacional de un Estado miembro o con residencia habitual en el territorio de la Comunidad).

**45. Propuesta de Directiva, del Consejo, en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los Impuestos sobre el volumen de negocios-supresión de ciertas excepciones previstas en el apartado 3 del art. 28 de la Directiva 77/388 y en el 2.º párrafo del apartado 1 de la Directiva 89/465/CEE (DOCE serie C, núm. 205, de 13 de agosto de 1992).**

**46. Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (DOCE serie C, núm. 172, de 8 de julio 1992).**

El art. 36 del Tratado CEE prevé la competencia de los Estados miembros para determinar prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsi-

to de mercancías por diversas razones, entre las que se encuentra la protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional. La Propuesta de Directiva del Consejo tiende a garantizar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados miembros con amparo en el mencionado art. 36 Tratado CEE una vez que no pueden imponerse controles ni trámites en las fronteras interiores. Para ello, se establece un sistema de restitución que permite a los Estados miembros obtener la devolución a su territorio de los bienes culturales que posean la categoría de patrimonio nacional y que hayan salido del territorio con infracción de la normativa vigente en dicho Estado miembro en materia de protección del patrimonio nacional o infringiendo las disposiciones del Reglamento CEE núm. 3911/92, del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales (reseñado en la presente crónica).

La Propuesta modificada sienta las bases tanto del *procedimiento* cuanto de las *condiciones* de restitución del bien cultural. A estos efectos, determina la creación de unas Autoridades Centrales en cada Estado que tendrán funciones de coordinación, transmisión de información, conservación de los bienes culturales, averiguación de su paradero... (art. 4). Asimismo, el Estado miembro demandante podrá ejercitar ante los Tribunales competentes del Estado (llamado) demandado una acción contra el *tenedor* del bien (no sería el Estado demandado tal demandado en sentido jurídico-procesal), estableciéndose en la Propuesta modificada tanto determinadas condiciones de admisibilidad de la demanda (arts. 5 y 8,2), cuanto disposiciones en materia de acumulación de acciones (art. 7) o sobre la prescripción de la acción de restitución: cinco años a partir de la fecha en la que el Estado demandante tuviere conocimiento del lugar en el que se encontraba el bien cultural y la identidad de su tenedor y treinta años en todo caso (creemos que deberá entenderse «en otro caso») a partir de la fecha en que el bien cultural haya salido de forma ilegal del territorio del Estado demandante (art. 8,1). El art. 9 determina los criterios según los que el Tribunal competente ordenará la restitución del bien, a saber, que se trate de un bien cultural en el sentido contemplado por la Propuesta y que su salida del territorio haya sido ilegal, reconociéndose también un derecho de indemnización equitativa a determinar por el Tribunal competente (parece que se refiere al mismo Tribunal del Estado demandado que conoce del procedimiento de restitución) siempre que el adquirente demuestre haber actuado con la diligencia requerida en el momento de la adquisición.

El art. 13 introduce una norma de Derecho internacional privado al disponer que «La propiedad del bien cultural tras su restitución se regirá por la ley del Estado miembro demandante» (*Vid.* el art. 10,1 del Cc). Por otro lado, se salva la eficacia de las acciones civiles o penales de las que dispongan, de conformidad con la legislación nacional de los Estados miembros, el Estado miembro demandante y/o el propietario del bien cultural robado (art. 16). Esta disposición, interpretada en el sentido usual de las cláusulas de compatibilidad («La presente Directiva no afectará a...») implica la necesidad de deslinde entre las posibles pretensiones derivadas de la «legislación nacional de los Estados miembros» (¿de todos los Estados miembros?) y las disposiciones de la Propuesta, con una ordenación jerárquica o una eventual adaptación entre las mismas. Esta falta de clari-

dad es también apreciable en la determinación del Tribunal competente, y en la concurrencia de las normas de la Propuesta modificada de Directiva, creemos que indeliberadamente imprecisas, y las del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil de 27 de septiembre de 1968.

**47. Modificación de la Propuesta de Reglamento (CEE), del Consejo, relativa a la colocación y a la utilización de la *marca CE* de conformidad para productos industriales (DOCE serie C, núm. 195, de 1 de agosto 1992).**

**48. Propuesta modificada de Directiva del Consejo, relativa a los *productos sanitarios* (DOCE serie C, núm. 251, de 28 de septiembre de 1992).**

**50. Propuesta de Reglamento (CEE), del Consejo, por el que se modifica el Reglamento CEE núm. 3359/90, relativo al establecimiento de un programa de acción en el ámbito de la *infraestructura del transporte* con vistas a la realización del mercado integrado de los transportes en 1992 (DOCE serie C, núm. 236, de 15 de septiembre de 1992).**

**51. Propuesta de Directiva, de la Comisión, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de *contratos de suministros* (DOCE serie C, núm. 277, de 26 de octubre de 1992).**

**52. Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la protección de las *personas físicas* en lo que respecta al *tratamiento de datos personales* y a la libre circulación de estos datos. (DOCE serie C, núm. 311, de 27 de noviembre de 1992).**

En virtud de la posibilidad que le otorga el art. 149,3 del Tratado CEE de modificar sus propuestas de actos antes de que el Consejo se pronuncie sobre ellos, la Comisión ha presentado el 16 de octubre de 1992 la modificación a la Propuesta de Directiva sobre tratamiento de datos personales que había elaborado en 1990.

Basando su competencia normativa sobre la materia en las necesidades del mercado interior (arts. 8,A y 100,A del Tratado CEE) y la necesidad de fomentar el desarrollo y consolidación de los derechos fundamentales en los Estados de la Comunidad, la Directiva que se propone es en realidad un intento de modernización y actualización del Convenio de 28 de enero de 1981 del Consejo de Europa para la protección de las personas en lo que respecta al tratamiento automatizado de sus datos personales.

La Propuesta se basa en los principios generales que caracterizan el tratamiento de la materia en los países de nuestro entorno, básicamente el de la veracidad (los datos almacenados y tratados han de ser exactos y actualizados),

congruencia (los datos han de ser adecuados, pertinentes y no excesivos), racionalidad (recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos) y el del consentimiento o autodeterminación del interesado a la hora de decidir el grado de protección de los datos personales que le afecten.

Las disposiciones de cada Estado miembro adoptadas en aplicación de la Propuesta serán de aplicación a todos los tratamientos de datos personales cuyo responsable esté establecido en su territorio o esté sometido a su jurisdicción y, cuando el responsable no esté establecido en el territorio de la Comunidad, siempre que utilice medios, automatizados o no, localizados en el territorio de dicho Estado miembro para el tratamiento de datos personales.

En líneas generales, la aprobación definitiva de esta Directiva no va a significar grandes novedades en el Derecho interno español, en la medida en que a través de la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, destinada a desarrollar el art. 18,4 de la Constitución y elaborada con conocimiento de los trabajos normativos de la Comunidad Europea, se desarrollan básicamente las mismas normas y principios que inspiran esta Propuesta de Directiva. Con todo, la armonía no es total al carecer la ley española, por ejemplo, de disposiciones relativas a la conciliación del tratamiento de los datos personales con la libertad de expresión y, en concreto, a las excepciones que prevé el art. 9 de la Propuesta de Directiva, cuestión que en nuestro Derecho interno precisará de una nueva Ley Orgánica al tratarse de derechos incluidos en la Sección 1.<sup>a</sup> del Cap. II, del Título I de la Constitución.

## II. JURISPRUDENCIA DEL TJCE Y DEL TJPICE

### LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

**53. STJCE de 4 de junio de 1992, Asuntos acumulados C-13/91 y C-113/91. *Proceso penal contra M. Debus. Cuestiones prejudiciales. Libre circulación de mercancías.* Interpretación de los arts. 30 y 36 del Tratado CEE. Restricciones cuantitativas. Medidas de efecto equivalente. Normativa nacional (italiana) que prohíbe la comercialización de cervezas importadas cuando contienen una cantidad de anhídrido sulfuroso superior a 20 mg por litro (porcentaje admitido por Francia). Concepto de «necesidad tecnológica». Prohibición contraria a los preceptos interpretados.**

**54. STJCE de 9 de junio de 1992, Asunto C-47/90. *Etablissements Delhaize et Compagnie de Lyon SA contra Promalvin SA y AGE Bodegas Unidas SA.* Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Restricciones cuantitativas. Medidas de efecto equivalente. Arts. 34 y 36 del Tratado CEE. Reglamento 823/87, del Consejo. Normativa nacional que limita la exportación de vino de Rioja a granel. Restricción sólo admisible para la protección de la propiedad industrial y comercial o para garantizar que la denomina-**

ción de origen cumpla su función específica. Restricción contraria al art. 34 del Tratado CEE.

55. STJCE de 24 de junio de 1992, Asunto C-137/91. *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Helénica. Libre circulación de mercancías*. Arts. 5 y 30 del Tratado CEE. Obligación de información de los Estados miembros a la Comisión. Prohibición de imposición a las empresas de realizar exclusivamente compras de un producto que incluya en su fabricación al menos un 35% de valor añadido en la República Helénica.

56. STJCE de 16 de julio de 1992, Asunto C-163/90. *Administrations de Douanes et Droits indirects contra Legros y otros*. Cuestión prejudicial. Arts. 9, 13 y 95 del Tratado CEE y art. 6 del Tratado de libre cambio celebrado entre la Comunidad y el Reino de Suecia. *Libre circulación de mercancías*. Exacciones de efecto equivalente a un derecho de aduana. Régimen fiscal de los Departamentos franceses de ultramar. «Un tributo proporcional al valor en aduana de los bienes percibidos por un Estado miembro por las mercancías importadas de otro Estado miembro debido a su introducción en una región del primer Estado constituye una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana a la importación, a pesar de que dicho tributo grave también las mercancías introducidas en esa región procedentes de otra parte del mismo Estado».

#### LIBRE COMPETENCIA

57. STJCE de 11 de junio de 1992, Asunto C-358/89: *Extramet Industrie SA contra Consejo de las Comunidades europeas*. Política comercial común. Medidas de defensa contra las prácticas de *dumping* por parte de países terceros. *Derecho antidumping* sobre las importaciones de calcio metal. Solicitud de anulación del Reglamento (CEE) núm. 2808/89, del Consejo, por el que se establece un derecho *antidumping* definitivo sobre las importaciones de calcio metal originarias de la República Popular China y de la Unión Soviética y se percibe definitivamente el derecho *antidumping* provisional establecido sobre dichas importaciones. Anulación: Sí.

58. STJCE de 2 de julio de 1992, Asunto T-61/89. *Dansk Pelsdyravlereforening contra Comisión*. Competencia. Apartado 1 del art. 85 del Tratado CEE. *Prácticas concertadas*. Cláusula de no competencia sostenida en el Reglamento de una asociación. Anulación parcial de la Decisión de la Comisión de 28 de octubre de 1988: apoyo en hechos materialmente inexactos; imprecisa motivación.

59. STJCE de 9 de julio de 1992, Asunto T-66/89. *Publishers Association contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Apartado 1 del art. 85 del Tratado CEE. Solicitud de anulación de la Decisión 89/44/CEE, de

la Comisión (NO). *Prácticas colusorias* entre empresas. Acuerdos que prevén condiciones-tipo uniformes para la venta de libros a un precio impuesto. No se justifican por estar geográficamente limitados y no afectar de modo significativo al comercio entre los Estados miembros. No se justifican por evitar a las librerías determinadas cargas administrativas.

60. STJCE de 16 de julio de 1992, Asunto C-67/91. *Dirección General de Defensa de la Competencia (DGDC) contra Asociación Española de Banca Privada (AEB) y otros*. Cuestión prejudicial. Interpretación del art. 214 del Tratado CEE. Reglamento núm. 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962: arts. 2, 3, 5 y 11: solicitudes de información dirigidas a las empresas. Competencia. Procedimiento ante la Comisión. Derechos de la defensa. *Utilización por parte de las autoridades nacionales de las informaciones recogidas por la Comisión: NO.*

61. STJCE de 16 de julio de 1992, Asunto T-29/92R; *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheit (SPO) y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. Art. 85 del Tratado CEE. Estatutos de una asociación que agrupa a empresas de la construcción, presuntamente contrarios al art. 85,1 del Tratado CEE. *Modificación de las condiciones de transacción*. Reglamentos uniformes de regulación de presión y código de honor de una asociación. Procedimiento ante la Comisión. Demanda de medidas provisionales. Suspensión parcial de la Decisión de la Comisión de 5 de febrero de 1992 que declaró dichos Estatutos contrarios al art. 85 del Tratado CEE.

#### LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

62. STJCE de 16 de junio de 1992, Asunto C-351/90. *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo*. Libertad de establecimiento. Arts. 48 y 52 del Tratado CEE. Acceso a las profesiones de *médico, dentista y veterinario*. Derecho a una «segunda consulta» limitado a los nacionales. Concepto de «permanencia de la asistencia». Restricciones justificadas por razones de salud pública, orden público e interés general (NO). Vulneración de las obligaciones impuestas por los arts. 48 y 52 del Tratado CEE.

63. STJCE de 25 de junio de 1992, Asunto C-147/91. *Proceso penal contra M. Ferrer Laderer*. Proceso penal: intrusismo. Cuestión prejudicial. Interpretación de la Directiva 67/43/CEE, del Consejo, de 12 de enero de 1967, relativa a la realización de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para las actividades no asalariadas. Libertad de establecimiento. *Agente de la propiedad inmobiliaria*. Requisitos para acceder al ejercicio de la profesión.



64. STJCE de 7 de julio de 1992, Asunto C-295/90. *Parlamento Europeo contra Consejo de las Comunidades Europeas*. Libertad de establecimiento. Directiva 90/366/CE, relativa a l *derecho de residencia de los estudiantes*. Directiva ligada al ejercicio efectivo del derecho de residencia de los estudiantes con vistas a su formación profesional. Base jurídica: arts. 7, 2 (sí) y 235 (no) del Tratado CEE. Prerrogativas del Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo: el art. 7,2 del Tratado CEE contempla la participación de esta Institución. Anulación de la citada Directiva.

65. STJCE de 7 de julio de 1992, Asunto C-370/90. *The Queen contra Immigration Appeal Tribunal y Surinder Singh*. Cuestión prejudicial. Libertad de establecimiento. Art. 52 del Tratado CEE y Directiva 73/148/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la restricción de las restricciones al desplazamiento y a la estancia dentro de las Comunidades de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios. *Derecho de residencia del cónyuge de un ciudadano comunitario que regresa para establecerse en su país de origen*.

66. STJCE de 7 de julio de 1992, Asunto C-369/90. *M. V. Micheletti e.a. contra Delegación del Gobierno de Cantabria*. Cuestión prejudicial. Libertad de establecimiento. *Beneficiarios. Doble nacionalidad* de un Estado miembro y un tercer Estado. «Las disposiciones del Derecho comunitario en materia de libertad de establecimiento se oponen a que un Estado deniegue dicha libertad a un nacional de otro Estado miembro que ostenta al mismo tiempo la nacionalidad de un Estado tercero, basándose en que la legislación del Estado miembro de acogida lo considera nacional del Estado tercero».

#### POLÍTICA SOCIAL

67. STJCE de 3 de junio de 1992, Asunto C-450/90, *A. Paletta e.a. contra Brennet A. G.* Cuestión prejudicial. Interpretación del art. 18 del Reglamento (CEE) núm. 574/72, del Consejo, por el que se establecen las modalidades de ejecución del Reglamento (CEE) núm. 1408/71. *Seguridad social de los trabajadores migrantes*. Reconocimiento de una incapacidad laboral. Control médico: vincula el realizado por la institución del lugar de residencia o de estancia en cuanto al nacimiento y a la duración de la incapacidad, salvo que la institución competente se haya reservado el derecho de reconocer al interesado por un médico de su elección.

68. STJCE de 4 de junio de 1992, Asunto C-360/90. *Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin e. W. (AWSB) contra N. Bötzel*. Cuestión prejudicial. Política social. Art. 119 del Tratado CEE. Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975. *Igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos*. Indemnización de los cursos seguidos por los miembros del comi-

té de empresa que trabajan a tiempo parcial. Cursos seguidos más allá del límite de la jornada individual laboral. Legislación laboral nacional aplicada a un número de mujeres mucho más amplio que de hombres (enfermería).

69. STJCE de 11 de junio de 1992, Asuntos acumulados C-90/91 y C-91/91. *Office National des Pensions (ONP) contra E. di Crescenzo y otros*. Cuestión prejudicial. Seguridad social de los Trabajadores migrantes. Arts. 12,2 y 46 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad. Prestaciones sociales. *Pensiones de vejez y supervivencia. Cálculo*. Normas nacionales y comunitarias que prohíben la acumulación.

70. STJCE de 7 de julio de 1992, Asunto C-9/91. *The Queen contra Secretary of State for Social Security*. Cuestión prejudicial. Política social. *Igualdad de trato entre hombres y mujeres* en materia de seguridad social. Directiva 79/71/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Períodos de cotización. Admisión de una edad de jubilación distinta según el sexo con el fin de otorgar pensiones de vejez y jubilación. Admisión de discriminaciones relativas a los períodos de cotización.

71. STJCE de 8 de julio de 1992, Asunto C-102/91. *D. Knoch contra Bundesanstalt für Arbeit (BAA)*. Cuestión prejudicial. Seguridad social de los Trabajadores migrantes. *Desempleo*. Desempleado que residiera mientras ocupaba su último empleo en un Estado miembro distinto del Estado competente. Acumulación de prestaciones. Normas comunitarias de no acumulación. Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad: arts. 12, 67 y 71.

72. STJCE de 16 de julio de 1992, Asuntos acumulados C-63/91 y C-64/91. *S. Jackson y P. Cresswell contra Chief Adjudication Officer*. Cuestión prejudicial. Política social. Directiva 79/71/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales. Asignación por carencia de medios económicos.

73. STJCE de 22 de julio de 1992, Asunto C-153/91. *Camille Petit contra Office National des Pensions (ONP)*. Recurso prejudicial. Seguridad social de los trabajadores migrantes. Arts. 48 y 51,1 del Tratado CEE. Arts. 2, 3, y 84,4 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo. *Legislación nacional sobre el uso de lenguas en materia judicial. Ley belga sobre el uso de lenguas en materia judicial. No aplicación del Derecho comunitario a situaciones puramente internas de un Estado miembro.*

#### CONTRATACIÓN PÚBLICA

74. STJCE de 3 de junio de 1992, Asunto C-360/89. *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*. Derecho de empresas. Art. 59 del Tratado CEE. Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obra. *Contratos públicos de obras*. Procedimiento de adjudicación. Reserva de una parte de los contratos a empresas con domicilio social en la región en la que llevan a cabo las obras. Criterio de selección no incluido en la Directiva 71/305. Incumplimiento de obligaciones derivadas de las disposiciones citadas.

75. STJCE de 2 de diciembre de 1992, Asunto C-370/89, *Société générale de entreprises électro mécaniques (SGEEM) y Roland Etroy contra Banco Europeo de Inversiones*. Contrato público de obras en un estado ACP. Cofinanciación por el BEL. Responsabilidad extracontractual frente a un licitador no aceptado. Competencia del Tribunal de Justicia (DOCE serie C, núm. 340, de 22 de diciembre de 1992).

#### MATERIAS VARIAS: TRANSPORTES, SOCIEDADES, PROPIEDAD INDUSTRIAL, COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL, PROCEDIMIENTO INSTITUCIONAL

76. STJCE de 16 de julio de 1992, Asunto C-65/90. *Parlamento europeo contra el Consejo de las Comunidades Europeas*. Transportes. Condiciones de admisión de *transportistas no residentes* en los transportes nacionales de mercancías por carreteras. Solicitud de anulación del Reglamento (CEE) núm. 4059/89, del Consejo de 21 de diciembre de 1989. Necesidad de participación del Parlamento Europeo en el procedimiento legislativo. Art. 72 Tratado CEE. Anulación del Reglamento. Se mantienen sus efectos hasta que el Consejo, previa consulta al Parlamento, adopte una nueva normativa.

77. STJCE de 16 de julio de 1992, Asunto C-83/91. *Wienand Mellicke contra ADV/ORG A. F. A.: Meyer A. G.* Cuestión prejudicial. Derecho de empresas. Art. 58 del Tratado CEE. Segunda Directiva 77/91/CEE, del Consejo. *Derecho de sociedades*. Segunda Directiva sobre coordinación de las disposiciones nacionales relativas a la constitución, mantenimiento y modificaciones

del capital de las sociedades anónimas. Compatibilidad de la teoría de la aportación no dineraria con la Segunda Directiva. El TJCE no dispone de los elementos de hecho y de Derecho para pronunciarse.

78. STJCE de 17 de junio de 1992, Asunto C-26/91: *Jakob Handte et Cie. GmbH., Maschinenfabrik contra Société Traitements Mecano-chimiques des Surfaces (TMCS)*. Cuestión prejudicial. Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. *Competencia judicial internacional en materia contractual*. Sucesión de contratos. Acción de responsabilidad ejercitada por el subadquirente de una cosa contra al fabricante, con base en defectos de la cosa. No es de aplicación el art. 5,1 del Convenio de Bruselas al litigio entablado.

80. STJCE de 27 de octubre de 1992, Asunto C-191/90 (petición de decisión prejudicial presentada por la Court of Appeal de Inglaterra y País de Gales). *Generics (UK) Limited y Harris Pharmaceuticals Limited contra Smith Kline and French Laboratories Limited*. Patentes. Licencias obligatorias. Artículos 30 y 36 del Tratado CEE. (DOCE serie C, núm. 302, de 19 de noviembre de 1992).

81. STJCE de 12 de noviembre de 1992, Asunto C-163/91 (petición de decisión prejudicial presentada por el Gerichtshof te Amsterdam). *Unité fiscale Beheersmaatschappij van Ginkel Waddinxveen BV, Reis-en Passagebureau van Ginkel BV y otros contra Inspecteur der omzetbelasting te Utrecht*. Impuesto sobre el valor añadido. Sexta directiva. Art. 26 de la directiva. Agencias de viajes. Organizador de circuitos turísticos. *Arrendamiento de alojamiento de vacaciones* (DOCE serie C, núm. 319, de 5 de diciembre de 1992).

82. STJCE de 14 de octubre de 1992, Asunto C-262/91. *Comisión contra República Italiana*. Sentencia del Tribunal de Justicia. Art. 171 del Tratado CEE. *Ejecución de sentencia*: plazo. Incumplimiento. Declaración de incumplimiento.

83. STJCE de 18 de septiembre de 1992, Asunto T-24/90. *Automec contra Comisión*. Competencias. Art. 85 del Tratado CEE. *Procedimiento ante la Comisión*. Obligaciones de la Comisión cuando se le presenta una denuncia. No compete a la Comisión dictar órdenes conminatorias específicas para obligar a las partes a que entablen relaciones contractuales.



## Nota Crítica

**R. BERCOVITZ/J. SALAS (eds.) *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1992, 1421 pp.**

### I

1. La ley general para la defensa de los consumidores y usuarios ya tiene quien le escriba. Tras ocho años de vigencia, ve la luz el primer comentario sistemático a una ley a la que la doctrina había prestado escasa atención, en parte porque existía la esperanza de su sustitución por varias leyes especiales y, en parte, por ser, en el sentir más generalizado de los autores, una norma desafortunada (por su carácter general) con un «sistema y ... redacción ... notablemente deficientes, hasta el punto de dar lugar a contradicciones y a preceptos de difícil entendimiento ... (así, los directores de la obra, *Prólogo*, p. 9). No obstante dichas críticas, la obra objeto de esta recensión nace con voluntad de defender su permanencia como ley general. Los directores proponen en este sentido «proceder a su mejora, propiciando las modificaciones que sean pertinentes, y no a su «desguace».

2. Aquí radica nuestra primera discrepancia. A nuestro juicio, debe procederse al «desguace» de la ley. Carece completamente de sentido una ley de consumidores que regule *para un determinado grupo de sujetos del tráfico* aspectos centrales de la contratación y la responsabilidad extracontractual. Consideramos que la ley debe ser rápidamente sustituida, bien por modificaciones del Código civil, bien por una ley de condiciones generales; una ley de responsabilidad del fabricante, y una ley de crédito al consumo (v. ampliamente, J. Alfaro, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 155 ss. esp. pp. 174 ss.). Este desacuerdo es compartido incluso por algunos de los autores que participan en el comentario. Así, por ejemplo, A. Bercovitz, —*Com. art. 1*, p. 21— escribe que «en aplicación de lo dispuesto en la Constitución era igualmente posible otra alternativa —a la de la ley general— mucho más adecuada desde mi punto de vista, consistente en dictar leyes específicas para los distintos ámbitos o en relación con los diversos problemas en que el consumidor debe ser protegido». En relación con la materia de las condiciones generales, la opinión partidaria del

desguace de la LCU tiene más adeptos. S. Díaz Alabart, p. 250, que se refiere a la «esperada ley de condiciones generales»; Coca Payeras p. 321, que afirma que «la experiencia alemana demuestra la conveniencia de un texto único regulador de la cuestión»; J.J. Marín p. 593: [la ley de condiciones generales es] «hoy absolutamente necesaria en nuestro ordenamiento jurídico»). El resto de los preceptos de Derecho privado (garantías, ventas con primas y regalos y publicidad, fundamentalmente) son inútiles y perturbadores y basta la regulación de la ley de publicidad y competencia desleal.

3. Esta divergencia de principio nos obliga a alterar el orden de la recensión y a comenzarla —para fundamentar nuestra posición— refiriéndonos al comentario al art. 7 LCU (a cargo de Martínez de Aguirre y Aldaz, pp. 119 ss.). En la exégesis de dicho precepto se recoge, en efecto, la formulación más al uso del llamado Derecho del consumo que está en la base de la obra que comentamos. Las observaciones que a continuación se realizan deben entenderse dirigidas sobre todo a la categoría de Derecho del Consumo, categoría que, aún con una posición matizada, el autor defiende. En efecto, nos parece que carece de cualquier justificación dogmática o funcional la construcción del Derecho del consumo como categoría jurídica. Los intentos de un sector de la doctrina de construir la categoría de Derecho del consumo como una categoría «funcional» (así Martínez de Aguirre, en la obra que comentamos, art. 7 p. 120, pero v. también, recientemente, G. García Cantero, «Integración del Derecho del consumo en el Derecho de Obligaciones», *Revista Jurídica de Navarra*, 13 [1992] pp. 37 ss. ambos con otras indicaciones) nos parece, en el mejor de los casos, un esfuerzo inútil. Los mentores europeos de estas construcciones —a quienes se cita en nuestro país, a nuestro parecer, en demasía— son un autor belga (Bourgoignie) algunos autores franceses (Calais-Auloy sobre todo), un autor alemán (N. Reich) y un italiano (Alpa), casi todos ellos estrechamente vinculados con institutos sobre Derecho del consumo. No puede denominarse a estos autores sin incurrir en exceso «la doctrina» (nota 7 p. 120). Tampoco podemos compartir la afirmación de que «la finalidad de proporcionar a los consumidores y usuarios la protección que precisan, desde el punto de vista jurídico (es) la que aúna y da sentido propio a la categoría» del Derecho del consumo (p. 120). Porque una categoría jurídica nueva (funcional o «dogmática») supone que es posible formular una *parte general*, es decir, un conjunto de principios aplicables a las relaciones que se dicen comprendidas en la disciplina y diferenciables de los principios aplicables a otros sectores del ordenamiento (1). La excusa de que el Derecho del consumo «se superpone perpendicularmente, atravesándolas, a las disciplinas jurídicas tradicionales» (*ibidem* p. 120) no es más que un recurso retórico y, en el mejor de los casos, una construcción desproporcionada e innecesaria. La protección del consumidor es una finalidad que muchas normas del ordenamiento tienen en cuenta. Decir que todo el Derecho que regula la actividad económica (producción e intercambio de bienes y servicios) inclu-

---

(1) El único principio del Derecho del consumo aducido por estos autores es, precisamente, el principio *pro consumatore*. Una expresión que constituye una curiosa mezcla de latín e italiano, peligrosa donde las haya, puesto que se utiliza ya, frecuentemente, para justificar soluciones para las que no existe justificación.

yendo el derecho de la competencia, el derecho contractual, el derecho de la responsabilidad, etc. es, funcionalmente, Derecho del consumo es, simplemente, poner una etiqueta que no obliga a nada (el propio autor —p. 135— niega que el Derecho de los consumidores constituya una disciplina autónoma en sentido «dogmático»). Si admitimos la existencia de un Derecho del consumo ¿por qué no admitir la existencia de un Derecho de los ancianos si el art. 50 CE ordena a los poderes públicos que promuevan el bienestar de los mayores y nos parece evidente que la protección de la tercera edad es un principio vigente en nuestro Derecho, o de un Derecho de la juventud o de los minusválidos?

Al margen de la crítica precedente, los estudios jurídicos sobre Derecho del consumo se fundan en presuposiciones sobre el funcionamiento de la economía que sus defensores no han demostrado. No puede afirmarse sin más argumentación que el consumidor es una parte «estructuralmente más débil» (p. 126) en las relaciones de mercado o que está subordinado estructuralmente al empresario (p. 134). Estas ideas surgieron en el ámbito de la izquierda marxista alemana en los años setenta y hoy se encuentran abandonadas incluso por quien las propuso (v., para la concepción criticada, N. Reich, *Mercado y Derecho*, Barcelona 1985 pp. 158 ss. —este autor ha encontrado sorprendentemente más eco en España que en Alemania—; y para la doctrina hoy unánime —incluido el propio Reich—, v., por todos, P. Ulmer, «Diez años de la ley alemana de condiciones generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», ADC 1988, pp. 763- 787; Martínez de Aguirre considera a las ideas de Reich, sin embargo, vigentes p. 123 y, más ampliamente, pp. 134-135). La libertad del consumidor y sus intereses los protege el funcionamiento eficiente y transparente del mercado, y el Derecho tiene como tarea, garantizar dicho funcionamiento o sus resultados cuando la (falta de) competencia entre oferentes no garantice la soberanía del consumidor (fallos del mercado, monopolio, defectos de información, etc.). Pero no es científico afirmar que el consumidor está subordinado estructuralmente a las empresas sin que tales afirmaciones se acompañen de los estudios económicos correspondientes que sustenten tal afirmación. La falta de libertad del consumidor puede afirmarse en el ámbito de las condiciones generales, por ejemplo, pero curiosamente, no sólo cuando el que contrata es un consumidor final, sino igualmente, cuando el adherente es un empresario. El autor da igualmente por demostrada la compatibilidad de estas normas imperativas con la libertad contractual (incluida la del consumidor al que se le niega su derecho a hacer con su dinero lo que le parezca —eso sí, por su bien—). Tampoco hay referencia alguna a los costes que este tipo de regulación suponen para las empresas y los efectos que tiene sobre la totalidad de los consumidores en forma de precios más caros (el mayor «coste jurídico» de las normas protectoras es trasladado por los empresarios al precio final del producto).

Como hemos señalado, la posición del prof. Martínez de Aguirre es de las más equilibradas entre los que afirman la existencia de un Derecho del consumo. En sus versiones más radicales se intuye la comparación con el Derecho del Trabajo. Por esta razón, nos interesa concluir recordando que los consumidores no son los trabajadores del Derecho civil y, por tanto, la ley de consumidores no es la primera fase de un futuro Derecho del Consumo equiparable al Derecho del Tra-



bajo. La ley de consumidores es, más bien, una recopilación —no un Código— de normas relativas a aquéllos aspectos respecto de los cuales pretende ejercer su competencia el Ministerio de Sanidad y Consumo. Ninguna otra razón —al margen de poder afirmar que tenemos una ley de protección de los consumidores— justifica la presencia en una misma ley de normas sobre etiquetado, asociaciones, contratación, responsabilidad del fabricante, competencia desleal, infracciones y sanciones administrativas, etc. El hecho de que, en lo que hace a la política jurídica, las ideas criticadas continúen (sólo) aparentemente en boga en el ámbito comunitario es, simplemente, porque la CEE carece de competencia para regular cuestiones de Derecho contractual o extracontractual y está utilizando la protección del consumidor para arrogarse competencias para las que de otro modo tendría dudoso título (v. F. J. Amoros, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1987 n. 2 pp. 123 ss.).

4. Pasamos así, al examen de los distintos comentarios contenidos en la obra. Dado su volumen (más de mil páginas) nos resulta imposible revisar todas las aportaciones recogidas. Nos limitaremos, por ello, a los aspectos de Derecho Privado, examinando, con más detalle los preceptos respecto de los cuales nos encontramos más próximos. Fundamentalmente, la noción de consumidor (art. 1); publicidad engañosa (art. 8); ventas con primas y regalos (art. 9), *infra* II; condiciones generales (art. 10); garantías (art. 11), *infra* III; responsabilidad del fabricante (arts. 25 a 27), *infra* IV y la de las cuestiones relativas a derecho de asociaciones (art. 20.1), *infra* V.

## II

1. *El examen de la posición de la LCU en la marco constitucional* (Prof. A. Bercovitz pp. 17 a 25) se centra en los problemas planteados por la concurrencia de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y en un breve análisis de la jurisprudencia constitucional sobre la materia con especial referencia a la garantía de la igualdad de los españoles como tarea asignada al Estado. Tal vez hubiera sido interesante un mayor desarrollo de la coordinación del principio de protección de los consumidores con el principio de libertad de empresa y el sistema económico de mercado (art. 38) y el principio de libertad contractual, (entendido como manifestación del libre desarrollo de la personalidad (art.10.1), etc.

2. *La noción legal de consumidor* (Prof. A. Bercovitz) es examinada con detalle y acierto señalando que, a pesar de las dificultades interpretativas planteadas por el art. 1 (v. Alfaro, *Condiciones*, pp. 157-159), debe afirmarse la *noción estricta* de consumidor como adquirente de bienes o usuario de servicios para satisfacer necesidades personales o familiares. Básicamente estamos de acuerdo con la interpretación del profesor A. Bercovitz y nuestras discrepancias se limitan a su exclusión como consumidores de aquellos que, actuando con tal finalidad, aparentan actuar como profesionales (pp. 32- 33) lo que a nuestro juicio debería resolverse afirmando la aplicabilidad de las normas de protección del consumidor y, en su caso, afirmando la existencia de error o dolo por parte del consumidor. Consumidor es quien actúa en el mercado y frente a empresarios incluyendo entre éstos a

los profesionales (p. 32 pp. 39 ss.). Discrepamos, no obstante, que haya «consumidores» frente a la Administración pública (v. Alfaro, *Condiciones*, p. 161).

3. La *eficacia contractual de la publicidad* se analiza en el comentario al art. 8 (M. Pasquau Liaño). El planteamiento de este autor es, a nuestro juicio, criticable. La represión de la publicidad engañosa no es expresión de tutela de intereses colectivos o difusos (pp. 141 ss.), sino expresión de *tutela del mercado* como mecanismo de satisfacción de las necesidades individuales. La mejor exposición de esta función del derecho de la publicidad es, sin duda, la de la profesora Madrenas (*Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Madrid, 1990), que, a nuestro juicio, no es suficientemente atendida por el autor. El esfuerzo de la profesora Madrenas es meritorio porque aclara —en contra de lo que aparentemente sugiere «el sentido común»— que es contraproducente tratar de eliminar cualquier posible engaño en el mercado. La razón no se escapa a nadie: al eliminar publicidad engañosa para algunos consumidores estamos reduciendo el nivel de información disponible en el mercado, infomación que, dada su condición de «bien público», no se produce en la cuantía suficiente de manera espontánea en el mercado. La finalidad de la legislación de publicidad debe ser, por tanto, en la posición de Madrenas —a la que nos sumamos—, determinar el nivel óptimo de «engaño» admisible de forma que no se desestime la producción de información valiosa la prohibición de inducción a error contenida en la LGP y LCD ha de reinterpretarse, por consiguiente, en este sentido. Creemos que la incorporación de la tesis de Madrenas a un comentario facilitaría el trabajo de la jurisprudencia de «procurar que la publicidad engañosa no sea rentable, por un lado, y evitar, por otro, que la prohibición no produzca efectos disfuncionales» —tal como lo define el autor— sin que sea «demasiada complicación para un Juez escrupuloso que quiera tomárselo en serio...». Con el estudio de Madrenas, puede explicarse, por ejemplo, por qué no ha de prohibirse —en todo caso— la publicidad que afirma como si fueran propias de una marca determinada las cualidades que son propias de cualquier producto de esa clase, a pesar de que puede inducir a error.

El núcleo del art. 8 es, sin duda, el de *los efectos negociales de la publicidad* (2). El autor comienza recogiendo los distintos instrumentos utilizados para proteger al comprador o usuario de un servicio frente a la «decepción» provocada por la publicidad (calificado como oferta contractual, invitación a ofrecer, responsabilidad precontractual, vicios del consentimiento...) para centrarse (pp. 161 ss.) en las posibilidades que presenta, en este ámbito, la consideración de la publicidad como *elemento integrador* del contrato ex. art. 1258 CC. En este apartado, el análisis del autor, aunque parte de una concepción errónea de la integración (la inte-

---

(2) De este tema se había ocupado con la profundidad que le caracteriza el prof. Morales Moreno en una conferencia impartida en la Facultad de Derecho de Albacete en 1989 sobre Publicidad engañosa y vicios de la cosa donde se examinaban, sobre todo, los problemas derivados del hecho de que el anunciante y el vendedor sean sujetos diferentes y que ha sido publicada en A. M. MORALES MORENO «Información publicitaria y protección del consumidor. (Reflexiones sobre el art. 8.º de la LGDCU)» en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VIII, Madrid, 1992, pp. 667-693.

gración del contrato con la publicidad no es heterointegración sino autointegración, es decir, integración del contrato de acuerdo con datos —la publicidad— facilitados por las partes directa o indirectamente), es básicamente correcto (pp. 162-163) al afirmar que no puede haber integración si no se celebra el contrato y que es contrario a la buena fe aprovecharse de una propaganda engañosa para conseguir la celebración de un contrato y, a continuación, pretender desresponsabilizarse de la misma. En todo caso, no puede aceptarse que la integración del contrato legitime a los jueces para corregir el contrato que se han dado las partes (como se afirma en p. 163). Tras un examen de todas las hipótesis interpretativas del art. 8 LCU posibles, el autor concluye afirmando que dicho precepto implica no sólo que las promesas contenidas en la publicidad son exigibles aunque las cláusulas contractuales las descarten o no las mencionen, sino que es irrelevante la existencia de dolo o culpa por parte del anunciante y que «el consumidor podrá exigir la celebración del contrato en los términos prometidos por la publicidad, sin que pueda negarse el anunciante o distribuidor del producto o servicio» (p. 169). Las absurdas consecuencias que esta opción provoca (v. pp. 170-171) conducen al autor a limitar tal virtualidad del art. 8 mediante una amplia concepción del ejercicio abusivo del derecho que dicho precepto incorpora por parte de los consumidores. Así, por ejemplo, si el vendedor aclara la discrepancia entre publicidad y realidad, el cliente que, a pesar de ello, compra, no podría después reclamar. A nuestro juicio, la interpretación propuesta obliga a deformar el concepto de abuso de derecho y es preferible —v. la intervención de García Amigo en la discusión parlamentaria— interpretar el art. 8 LCU en los límites de la STS 2.12.76 y 27. 1.77. En realidad, el art. 8 LCU debe entenderse como una «codificación» de tal jurisprudencia y, consecuentemente, como un mandato a los jueces para que integren los contratos con el contenido de la publicidad haciéndola prevalecer, incluso, frente a las *condiciones generales*, en cuanto que, normalmente, debe entenderse que aquella es más conforme que éstas con la voluntad presumible de las partes.

4. El examen de los problemas relativos a la utilización de *concurso*s y *regalos* en la promoción de ventas (Carmelina Vela) regulados en el art. 9 LCU constituye un documentado examen de la situación prelegislativa en nuestro país, y del Derecho comparado. Contiene igualmente propuestas de regulación de estas cuestiones. Extraña, sin embargo, que no se haga referencia al art. 8 de la Ley de competencia desleal que regula específicamente la materia señalando su calificación como desleal cuando sean engañosos o dificulten la adopción de una decisión racional por parte del consumidor.

### III

1. La regulación de las *condiciones generales de los contratos* constituye, sin duda, uno de los aspectos centrales de la LCU. Los autores del libro recensio-nado así lo han entendido dedicándole más de cien páginas al art. 10 LCU (pp. 223-347), aunque se trata de una de las partes menos logradas de las relativas al Derecho Privado. Los aspectos introductorios han sido examinados por el prof. Coca quien inicia su comentario con el análisis sobre los problemas de competencias en la materia del Estado y Comunidades Autónomas recogiendo la tajante

afirmación del TC en el sentido de reservar la competencia al Estado (STC 88/86 de 1. 7 entre otras); examinando a continuación la Propuesta de Directiva comunitaria de julio de 1990 (recientemente aprobada por la CEE) pp. 226-28. Tras criticar acertadamente el primer párrafo del art. 10.1 LCU (pp. 228 ss.) se examinan las consecuencias que este tipo de contratación tiene para la teoría general del contrato. Lamentamos no encontrar un tratamiento más extenso de la naturaleza jurídica de las condiciones generales (el autor le dedica escasamente una página 316-317) cuya importancia es fundamental para definir el campo de aplicación del régimen jurídico recogido en el art. 10 LCU. El autor se pronuncia por la tesis tradicional en nuestra doctrina, la que califica a las condiciones generales como parte de un acuerdo contractual idéntico al contrato individual (p. 236) y resta cualquier justificación al debate sobre su naturaleza (p. 316) lo que, como habíamos afirmado en otro lugar con anterioridad (Alfaro, *Condiciones*, pp. 40-41), no parece aceptable.

En cuanto a los *requisitos de inclusión*, el análisis del profesor Coca es, a nuestro juicio, demasiado parco (pp. 236 ss.). No queda definido el sentido de los requisitos de claridad, concreción y sencillez del art. 10.1 a) (cfr. p. 237 y la referencia a la crítica de Duque a tal precepto). A pesar de que reconoce que los requisitos del art. 10.1 a) son de imposible cumplimiento en los casos de *quick-hand transactions*, (p. 237) no nos aclara qué debe hacer el juez en tales casos. Su concepción de las cláusulas *sorprendentes* (pp. 238-239) es, a nuestro juicio, errónea. Lo que hace sorprendente una cláusula no es su infrecuencia, sino la discrepancia entre su contenido y las expectativas razonables del adherente (v. ampliamente, Alfaro, *Condiciones*, pp. 241 ss.). En lo que hace al *requisito de entrega de recibo o presupuesto* recogido en el art. 10.1 b) LCU, el profesor Coca critica acertadamente el precepto legal señalando su incongruencia con una regulación de condiciones generales (pp. 243 ss. esp. y, anteriormente, Alfaro, *Condiciones*, pp. 212 ss.). En todo caso, se echa en falta una construcción del sentido y función de tales requisitos de inclusión en el marco de una normativa que somete a *control del contenido* las condiciones generales, puesto que si su función fuese la de garantizar la realidad del consentimiento, sería contradictorio que pudiera, posteriormente, declararse la nulidad —por vía de control del contenido— de cláusulas auténticamente consentidas.

2. El núcleo del derecho de las condiciones generales es el *control del contenido*. Su régimen se encuentra en el art. 10.1 c) LCU que exige que las condiciones generales sean conformes con la buena fe y reflejen un justo equilibrio de las prestaciones como requisito de validez. El precepto recoge, igualmente, una lista de cláusulas que se consideran abusivas. Del comentario de este artículo se ocupa la profesora S. Díaz Alabart. Comienza la autora realizando una valoración global del precepto desde el punto de vista técnico y, tras hacerse eco de las profundas críticas realizadas generalizadamente por la doctrina señala, sin embargo, que puede tener efectos positivos. A pesar de la buena voluntad de la autora, nos permitimos dudar de que la lista del art. 10.1c) sirva para orientar a «un consumidor medio a la hora de contratar». Al contrario, no le proporciona criterio alguno para saber si las condiciones generales a las que se somete son abusivas o no (*¿cómo puede saber un consumidor medio que una exclusión de responsabilidad es absoluta?* art. 10.1 c)

6 o ¿qué son condiciones abusivas de crédito? art. 10.1 c 4). Tampoco son de ayuda a los juristas encargados de redactar las condiciones generales. De ahí que sea imprescindible proporcionar a los jueces una interpretación *coherente con el resto del ordenamiento* de la cláusula general de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones de tal forma que evitemos la inseguridad jurídica tremenda que supone conceder a los jueces un poder discrecional para anular cláusulas contractuales. La tarea es especialmente urgente si tenemos en cuenta que —en contra de lo que afirma la autora (p. 253)— un sector de la doctrina muy significativo ha afirmado que el precepto autoriza a los jueces a controlar los precios y las prestaciones en cuanto exigiría el «justo precio» (v. más indicaciones en Alfaro, *Condiciones*, p. 141 esp. nota 70 donde se critica la posición de R. Bercovitz sostenida en A. Bercovitz/R. Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid, 1987, p. 200). Creemos que, no obstante la utilidad de su análisis, el trabajo de la prof. Díaz Alabart no concreta suficientemente el sentido de la cláusula general del art. 10.1 c). De las páginas que dedica a la cláusula general no se deducen los criterios que podría utilizar el juez para decidir si una cláusula concreta es abusiva o no. A nuestro juicio, para determinar si una condición general es conforme con la buena fe, el operador jurídico ha de determinar, en primer lugar, cuál sería la regulación aplicable al contrato en caso de no existir la condición general, es decir, la que resultaría de la aplicación del derecho dispositivo, de los usos o de una valoración equilibrada de los intereses de ambos contratantes (art. 1258 CC). En segundo lugar, debe comparar dicha regulación con la que resulta de la aplicación de la condición general. Si existe una discrepancia *sustantiva* entre ambas y tal discrepancia no está justificada por circunstancias generales (relativas al tipo de contrato celebrado) o particulares (relativas al contrato concreto), habrá de concluirse que la condición general es contraria a la buena fe y, consiguientemente, nula (art. 10.4 LCU). Por tanto, buena fe significa *conformidad* de la condición general con el reparto de riesgos recogido en el Derecho dispositivo o, a falta de éste, con el que resulta de una valoración equilibrada —de acuerdo con las valoraciones del legislador— de los intereses de ambas partes (art. 1258 CC) (v. al respecto, ampliamente, Alfaro, *Condiciones*, pp. 93 ss.). No nos vamos a detener en el comentario de la autora a cada uno de los supuestos concretos de cláusulas abusivas (pp. 254 ss.) que tiene el mérito de ser, en lo que nos consta, el primero de su clase. No obstante, se echa de menos alguna referencia a la Circular 8/90 Banco de España relativa a la «transparencia» en las condiciones bancarias cuando se habla del art. 10.1 c 1; del mismo modo, creemos que no se hace justicia a los estudios de nuestra doctrina sobre las cláusulas con tipos de interés variables (sólo se cita a R. Bercovitz y, más adelante, se añade a Azorín y a Pasquau; v. entre otros, R. Illescas, «Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución» RDBB 34 (1989) p. 261); igualmente se echa de menos la distinción entre contratos con duración *determinada* y duración *indeterminada* a la hora de analizar la validez de las cláusulas que permiten al predisponente resolver discrecionalmente el contrato (art. 10.1 c 2) lo que lleva a la autora a consecuencias a nuestro juicio erróneas al examinar el art. 10.1 c 7 (v. p. 299); en cuanto al leasing, hoy no debe cabe duda de que la cláusula que exonera a la sociedad de leasing por los vicios de la cosa no es abusiva sino, precisamente,

conforme con la naturaleza del contrato; también sorprende la referencia a la directiva de crédito al consumo en relación con créditos hipotecarios cuando éstos están prácticamente excluidos de su ámbito de aplicación —art. 2.1 a)— (p. 278); discrepamos respecto a la interpretación de los «pactos de reserva» que hace la autora (p. 285) para referirse a las arras o señales a cuenta del precio que son habituales en la compraventa de viviendas. En general, y a salvo de que de la interpretación del contrato se deduzca que estamos fuera del art. 1454 CC, el hecho de que el agente de la propiedad inmobiliaria no se comprometa a devolverlas dobladas o excluya tal obligación indica, en el primer caso, que se aplica el derecho dispositivo (art. 1454 CC) y, en el segundo, que estamos ante una cláusula abusiva por derogar injustificadamente el derecho dispositivo. A nuestro juicio, lo defectuoso de la regulación hace prácticamente imposible realizar un comentario coherente de la lista del art. 10.1 c). En todo caso, hubiera sido de utilidad una ordenación de los temas más conforme con la propuesta de anteproyecto y una referencia a algunas sentencias de instancia que han resuelto cuestiones relativas a la validez de condiciones generales (v. por ej. AP Madrid, 1-10-90 RGD 1991, p. 1670 —subida desproporcionada de las cuotas de un club—; AP Valencia 17-10-90, La Ley, 3-4-91 resolución discrecional de un contrato de duración determinada; AP Burgos, 7-7-89, AC nov. 1989 p. 282 préstamo a favor de un empleado que es despedido; TS 10-2-90 y 12-2-90 Ar. 907 y 981 resolución de un contrato de duración indeterminada sin preaviso; AP Madrid, 9-10-90 RGD 1991, p. 3210 presunción de declaraciones de voluntad o de conocimiento del adherente y alteración de la carga de la argumentación y de la prueba; AP Bilbao 19-12-86 La Ley 1987-2 pp. 252-253, v. además, las citadas por J. J. Marín en el mismo comentario p. 593 nota 257).

3. Siguiendo el orden legal, se examina a continuación el *concepto de condiciones generales*. El análisis del prof. Coca le lleva a comentar los requisitos de la predisposición (pp. 318 ss.) y de la imposición (p. 320). Al respecto, se suma a la opinión ya mayoritaria en el sentido de que no es necesario que el predisponente sea un monopolista para que pueda afirmarse la aplicación de la ley y en el sentido de que basta que estén predisuestas para aplicarlas a una pluralidad de contratos y no a la totalidad de los contratos que una empresa celebre. No obstante, no se presta atención a un problema muy importante a nuestro juicio: la distinción entre cláusulas negociadas (aunque sean prerredactadas) y cláusulas impuestas. Tampoco se analizan si son condiciones generales las que recogen elementos esenciales del contrato (v. ampliamente, Alfaro, *Condiciones*, p. 112 ss.).

4. Se ocupa igualmente el prof. Coca de las reglas de *interpretación* de las condiciones generales (regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales y regla *contra proferentem* en la interpretación de cláusulas dudosas) donde se resumen soluciones patrocinadas ya por nosotros en RDM 1987, p. 7 ss. y reformuladas, teniendo en cuenta las críticas a alguna de nuestras posiciones en Alfaro, *Condiciones*, 313 a 317 —regla de la condición más importante—. En todo caso, no parece aceptable —como hace el autor— hablar de una «interpretación legalizadora» de las condiciones generales (p. 323) para referirse a la labor de control asignado por algunas normas a la administración en relación con determinadas condiciones generales (así, por ejemplo, en el ámbito de los se-

guros art. 3.2 LCS). Semejante interpretación no es más que una forma de control administrativo, como el autor reconoce e induce a confusión utilizar como sinónimos los términos interpretación y control (v. p. 324).

5. El examen de las *consecuencias contractuales de la ineficacia de condiciones generales* lo realiza el profesor Clavería (art. 10.4 pp. 336 ss). El art. 10.4 ordena que se eliminen las condiciones abusivas y declara el mantenimiento del resto del contrato salvo en la hipótesis de que las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes, en cuyo caso procede la nulidad total. Las conclusiones a las que llega el prof. Clavería son ampliamente compartibles y coinciden con las que con anterioridad habíamos mantenido (v. Alfaro, *Condiciones*, cap. V *passim*). Tiene razón el prof. Clavería cuando afirma que, en lo que se refiere al requisito de inclusión de la «comprensibilidad» de la cláusula, es necesario interpretar la misma (para ver si es comprensible o no) antes de decidir si queda incluida en el contrato (p. 338) pero, en general —esto es, respecto a los restantes requisitos de inclusión— debemos mantener nuestra postura. Nos hubiera gustado, en todo caso, encontrar un examen algo más detallado de los problemas de determinación del régimen sustitutivo de las condiciones nulas.

6. En lo que se refiere a las *garantías* (G. García Cantero, pp. 355 ss.) la defectuosa regulación contenida en el art. 11 LCU hace nuevamente difícil la inserción de dicha norma en el ordenamiento. Con la doctrina mayoritaria, el autor se pronuncia por la compatibilidad de esta garantía con la recogida en el Código Civil para el caso de vicios ocultos (p. 374) y la aplicación del plazo legal de 6 meses a falta de fijación de uno específico en la garantía (p. 380). No es necesario que el vicio sea oculto para que juegue la garantía (p. 383); y puede imputarse la carga de la prueba del carácter no originario del vicio al fabricante (p. 383). En caso de que no se haya entregado garantía alguna, el autor parece negar al consumidor acciones que no sean las del Código Civil (p. 389). Hay algunas cuestiones de importancia, sin embargo, que no quedan aclaradas (y probablemente son de imposible aclaración). Si el art. 11 atribuye al consumidor un derecho a la *reparación* del objeto, ¿cómo se compatibiliza tal derecho con el atribuido por el Código Civil que sólo prevé la reducción del precio o la restitución de prestaciones?; si el consumidor tiene derecho, en último extremo, a resolver el contrato (p. 387) ¿es que ya no se trata de una acción de vicios ocultos? ¿no es necesario distinguir entre *garantía del fabricante* y *garantía del vendedor*? ¿cómo se determina el contenido mínimo de la garantía si éste no ha sido determinado por el vendedor o fabricante? ¿puede el juez —como ha sostenido algún sector de la doctrina— escribir el contrato en lugar de las partes?

#### IV

De la *responsabilidad del fabricante* (arts. 25 a 28) se ocupa el prof. Rodrigo Bercovitz. Como los restantes coautores, comienza subrayando cómo la imperfección técnica de los preceptos que comentan redundan en confusión e inseguridad jurídica «hasta extremos alarmantes» (p. 661). Su análisis contiene

un prólogo dedicado al problema de la incorporación a nuestro derecho de la directiva comunitaria sobre responsabilidad del fabricante. Aunque el problema parece estar ya prácticamente resuelto a favor de una ley especial fuera de la LCU (v. El País, 7-3-93), el prof. Bercovitz recuerda su posición —coincidente con la del Ministerio de Sanidad y Consumo— en el sentido de modificar la LCU para adaptar el contenido de los arts. 25 a 27 a la Directiva. En este punto nuestras discrepancias con la posición de Bercovitz son notables. Básicamente pueden reducirse a dos. La primera se refiere a la opción de incluir la nueva regulación en la propia LCU. El prof. Bercovitz tiene que reconocer que su propuesta obliga a *modificar el propio concepto de consumidor* recogido para la LCU en el art. 1 —que ya de por sí sólo vale para la LCU (v. com. art. 1 pp. 41-42)— que, consecuentemente, no valdría para *el cap. VII* (v. art. 26.1 del anteproyecto redactado por él que señala que por consumidor «a efectos de este capítulo» se entiende *cualquier persona* que sufra un daño). Con lo cual, el único elemento que justifica la unidad de la amalgama de normas que es la LCU no estaría presente —objeción ya hecha por A. ROJO «La responsabilidad civil del fabricante en el Derecho español y la directiva 85/374/CEE en AA.VV. *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid 1991, p. 137 ss.; p. 151-162. Pero la objeción fundamental al planteamiento del prof. Bercovitz es que, en contra de su opinión, la Directiva no es una directiva de mínimos (v. p. 672 donde se recoge este parecer de la propia Comisión CEE y ROJO, *ibidem*, p. 159), de manera que los Estados no son libres para otorgar una protección mayor frente a los daños por el uso de productos. La razón no se escapa. La *armonización* de este sector tenía por objeto garantizar el funcionamiento correcto del mercado único *estableciendo niveles de responsabilidad (y por lo tanto, costes) homogéneos* para todas las empresas europeas al mismo tiempo que permitir a las empresas un análisis más preciso de sus costes por este tipo de accidentes. Dichas finalidades se verían frustradas si cada país pudiera fijar autónomamente el nivel de protección. Pero es que, además, resulta francamente inconveniente proponer la ampliación de la responsabilidad de las empresas españolas por daños de sus productos en relación con sus competidores europeos en un momento, sobre todo, en el que la competitividad de la industria española es tan frágil. Más discutible es si, por ejemplo, el legislador nacional puede prescindir de la franquicia de 500 Ecus o no, respecto de lo cual podría afirmarse que si se impone su indemnización en los casos en los que se hayan producido daños superiores a dicha cifra, no habría inconveniente a su aceptación, en cuanto no afectaría al interés armonizador (P. Ulmer).

Tampoco estamos de acuerdo en la interpretación que del art. 27 propone el autor. El prof. Bercovitz interpreta el art. 27 (v. p. 664 p. ej.) en términos de responsabilidad objetiva. A nuestro juicio, el precepto no se ocupa de establecer *críterios de imputación* de responsabilidad sino, simplemente, de *delimitar sujetos responsables* (v. ROJO, *ibidem*, p. 151), por lo que, a nuestro juicio, debe aceptarse la interpretación mayoritaria que ve en la LCU un doble sistema de responsabilidad (subjética con inversión de la carga de la prueba en el art. 26 y objetiva en el art. 28 que son los preceptos donde se encuentran los criterios de imputación).

El análisis de los problemas interpretativos concretos de los arts. 25 a 29 no tiene excesivo interés toda vez que su derogación está muy próxima.



## V

1. El comentario dedica una gran extensión al análisis del régimen jurídico de las *asociaciones de consumidores* (pp. 485 a 640 Prof. J.J. Marín López), lo cual, no extraña pues es la marca del autor la extensión y la exhaustividad en el tratamiento de los temas de los que se ocupa. El comentario se inicia con el examen de las normas constitucionales relevantes en materia de asociaciones de consumidores, fundamentalmente de las normas sobre derechos fundamentales (asociación, tutela efectiva pp. 487-495) y reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas (pp. 495 ss.). El autor destaca que, como el TC ha reconocido expresamente con posterioridad (Estatuto Gallego del consumidor), la falta de competencia de las comunidades autónomas, por ejemplo, en materia de legitimación procesal no se sana por el hecho de que las comunidades autónomas se limiten a reproducir una norma estatal y no la modifiquen. Carecen de competencia en esas materias y basta (p. 501). Igualmente nos parece acertada la crítica a la argumentación del TC en relación con la inconstitucionalidad del art. 8.3 LCU que exigía la constitución de las asociaciones de conformidad con lo dispuesto en la LCU. Parece incoherente, en efecto, que se afirme la inconstitucionalidad en tal caso para negarse respecto a la remisión que el legislador hace en el art. 20.1 respecto a la ley de asociaciones sobre la base de que esa parte del precepto simplemente no es aplicable en las comunidades autónomas con competencia sobre asociaciones (p. 504). Continúa el autor afirmando que el Estado posee títulos (en el art. 149.1.8 CE) para regular los *aspectos civiles* de las asociaciones (igual que de las fundaciones) aún cuando las Comunidades Autónomas los ostenten (de forma exclusiva) para los aspectos administrativos (p. 508 ss.) y que, por tanto, es bastante irrelevante la afirmación del TC en el sentido de que la aplicación del art. 20.1 LCU es sólo supletoria en las Comunidades Autónomas citadas. Esto es legislación procesal (art. 149.1.6 CE) y el Estado no puede discriminar al otorgar legitimación entre asociaciones lícitamente constituidas.

2. Se ocupa a continuación el autor del examen del concepto y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores. El examen es muy detallado. En el ámbito de la *finalidad* de las asociaciones de consumidores (la defensa de los intereses de éstos) no nos parece acertada la utilización de la categoría de los «intereses difusos» para referirse a los intereses de los consumidores (p. 520), aunque sólo sea porque no hay régimen jurídico alguno para tales intereses con lo que resulta inútil. Además, esa denominación oculta el núcleo del problema, a saber: que interés de los consumidores e interés público no son términos sinónimos y el primero sólo es digno de protección en la medida en que coincida con el segundo, esto es, la protección del funcionamiento eficiente del mercado (v., por ej. art. 17 LCD que prohíbe las ventas a pérdida, práctica que, en principio beneficia a los consumidores). La legitimación a las asociaciones de consumidores se explica porque al defender los intereses de éstos, actúan como «funcionarios» del interés público en el mantenimiento de un mercado libre y transparente. Resulta igualmente de gran interés el examen que el autor realiza de los requisitos subjetivos de las asociaciones de consumidores (525 ss.). El análisis, en este punto, es exhaustivo. El comentario contiene igualmente un examen detallado de las *coope-*

*rativas de consumo* y de los problemas planteados por la pluralidad de regulaciones (p. 528 ss.).

3. Los problemas más interesantes en la materia son, sin duda, los relativos al *Derecho de asociaciones* aplicado a las asociaciones de consumidores. Al margen de los más procedimentales (pp. 532-540), los problemas más específicamente jurídicos son la exigencia de que el funcionamiento de las asociaciones sea democrático (donde el autor concluye que es constitucional entendido como requisito de acceso a ventajas o subvenciones públicas (p. 542) e inconstitucional como requisito de constitución de la asociación) y la legitimación activa (pp. 548 ss.).

4. Esta última cuestión es examinada ampliamente por el autor. El art. 20 LCU concede legitimación para la defensa de los intereses de los *asociados* y para la defensa de los intereses *generales de los consumidores*. El primer problema es el carácter meramente programático del art. 20 LCU, lo que el autor niega (p. 557) concluyendo que aunque leyes posteriores como la de publicidad o competencia desleal no hubieran otorgado tal legitimación, ésta vendría garantizada por la LCU (p. 558). La solución no deja de ser discutible —aunque hay que reconocer que el autor la argumenta sólidamente— como lo demuestra el supuesto de las condiciones generales abusivas. De acuerdo con su interpretación, las asociaciones estarían legitimadas para interponer acciones de *cesación* en el uso de condiciones generales abusivas. En este sentido debe recordarse que recientemente la UCE ha demandado —ejercitando acciones de este tipo— a los grandes bancos por utilizar tales condiciones generales. En segundo lugar, discute el autor si es necesario, para ostentar tal legitimidad, la inscripción en el libro registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, que el autor resuelve negativamente (p. 553). Entre otros, invoca el argumento de que la concesión de legitimación procesal no es un «beneficio» sino, una consecuencia directa del reconocimiento como grupo que deriva del derecho de asociación en relación con el derecho a la tutela judicial (p. 553).

El autor realiza un acertado análisis de las acciones en materia de publicidad y competencia desleal (pp. 569 ss.) y se adentra en los ámbitos en los que no existe una atribución expresa de legitimación activa (como ocurre con el derecho de marcas pp. 586 ss. o en el derecho de las condiciones generales pp. 593 ss. con interesantes observaciones de *lege ferenda* aunque el autor no se pronuncia sobre la cuestión planteada anteriormente acerca de si de *lege lata* la legitimación existe.

## VI

Los temas son muy complejos. Las anteriores críticas no hacen sombra a los muchos aciertos de la obra que hacen de ella un instrumento de gran utilidad para cualquier persona interesada en los problemas jurídicos planteados por la protección de los consumidores y enriquece notablemente el panorama doctrinal en un ámbito en el que tan necesaria resulta la integración en el Derecho Privado general. No cabe duda de que la defectuosa regulación legal hace más meritoria la labor del exégeta. La dedicación de notables civilistas y mercantilistas a estas materias debe ser, por tanto, bienvenida y, sin duda, será imprescindible en el

análisis de las diferentes leyes que, en un período no demasiado largo de tiempo sustituirán, esa es nuestra esperanza, a la ley general de defensa de los consumidores y usuarios. El lector echará de menos en esta recensión una referencia a los aspectos de derecho público cuya coordinación ha estado confiada al profesor Javier Salas, cuya desaparición —prematura y trágica— durante los días en que se han redactado estas páginas nos ha dejado a todos profundamente consternados. La única justificación de esta omisión se halla en la incompetencia de quien firma estas líneas por valorar esa parte de la obra. Ello no ha sido ófice, sin embargo para que pudiésemos apreciar, una vez más —desgraciadamente la última vez— la extraordinaria calidad científica del profesor desaparecido, al que desde aquí quiere rendirse un modesto tributo de reconocimiento y admiración.

JESÚS ALFARO AGUILA-REAL  
Area de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

## Libros

**ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «La protección al concebido en el Código Civil», Edit. Civitas, S.A., Madrid, 1992, 180 páginas.**

No cabe duda que uno de los más interesantes, polémicos, y atractivos temas que presenta nuestro Derecho civil es el problema de la atribución de la personalidad.

Y el presente trabajo, según expresa su autora en la Introducción, «surge con la clara finalidad de hacer un estudio comparativo entre las diferentes redacciones del artículo 29 (la de la primera edición de 1888 y la que finalmente fue aprobada en las cámaras legislativas) para ver en qué difieren y el porqué del cambio de redacción». Pero, en realidad, el trabajo (que constituye la Memoria de Licenciatura de su autora) va a ir más allá de tal estudio, y analizará, con carácter general, la protección del «*nasciturus*» en nuestro Derecho civil.

Comienza la obra analizando cuál es el sujeto de la protección, para llegar a la conclusión que cuando nuestro Código habla del concebido y no nacido, no se está refiriendo únicamente al hijo póstumo, sino a todo «*nasciturus*» (salvo supuestos muy específicos, como son el artículo 964 o el artículo 644).

A continuación trata de la denominada «personalidad y/o capacidad» del concebido, afirmando que el debate sostenido en torno a la personalidad del concebido procede de la mezcla de dos conceptos que nada tienen que ver entre sí: «protección y personalidad»; según nuestro Código, sólo el nacido tendrá personalidad, pero el *nasciturus* no (a pesar de diversas teorías que postulan lo contrario, partiendo de conceptos ajenos al Derecho, y basados en datos de la embriogenia, la fisiología y la psicología), si bien se le protegerá por otros medios (retrotrayendo al momento de la concepción la adquisición de los derechos pendientes), pero nunca otorgándole personalidad.

Posteriormente se trata de la «capacidad» sucesoria del *nasciturus*, llegando a la conclusión de que no tiene capacidad mientras está concebido (la comprobación de su capacidad debe aplazarse al momento del nacimiento), y que en estos casos la doctrina utiliza el término «capacidad» impropia. Basta con considerar que el concebido existe para poder instituirle heredero; su capacidad se

apreciará cuando nazca en las condiciones legales, y mientras tanto sólo existirá un llamamiento condicional.

A continuación analiza cuestiones como las medidas que recaen sobre la viuda embarazada; si el artículo 29 y la frase «el concebido se tiene por nacido...» es un convencionalismo jurídico que encierra una ficción de personalidad o de nacimiento sometido a condición suspensiva o resolutoria o si se trata más bien de una simple equiparación del concebido al nacido; qué se entiende por «efectos favorables» (examinando la adquisición de la herencia, los alimentos a la viuda encinta y las donaciones)...

Concluye la obra con las diferentes fórmulas de protección: las casuísticas y las globalistas.

El Código de Napoleón va a ser el exponente máximo de las casuistas, apartándose de la fórmula genérica que contenía el Derecho Romano Justiniano («*Conceptus pro iam nato habetur*»), estableciendo aplicaciones concretas de este principio general; se limita a afirmar que el concebido puede suceder hereditariamente y que puede recibir por actos inter vivos siempre que nazca vivo y viable. Y nuestro Proyecto de 1851 (al igual que otros Códigos de Europa y América) seguirá esta tendencia.

La primera edición de nuestro Código, además de mencionar al concebido en materia de sucesiones y donaciones, incluye un artículo genérico (el 29), afirmando que el concebido va a ser favorecido, pero indicando que en aquellos casos expresamente previstos en la ley; por consiguiente, a pesar de contener una fórmula genérica, determina los mismos efectos que el Proyecto de 1851; «éste contenía un sistema casuista en los efectos; aquél también, aún a pesar de recoger un principio general».

El citado artículo fue objeto de numerosas objeciones, por lo que se realizó una nueva redacción (la actual) que protege al *nasciturus* de la forma más amplia y general posible; el actual artículo 20 protege tanto a los casos no expresamente previstos en el Código, como a los previstos expresamente, que no serán más que confirmaciones de la regla general.

Se trata de un libro de fácil lectura, escrito con un lenguaje claro, cuya autora ha manejado una muy extensa bibliografía en su elaboración.

En definitiva, se trata de una obra recomendable para todos aquellos que quieran iniciarse en el conocimiento de la protección del concebido en nuestro Derecho civil.

JUAN POZO VILCHES

**DE CASTRO GARCÍA, Jaime: «La investigación de la paternidad», Edit. COLEX, Madrid, 1992, 139 páginas.**

Es innegable la gran atención que han provocado en los últimos años los «escandalosos» procesos de filiación seguidos contra personajes famosos y de los que se han hecho eco todos los medios de comunicación social. Pudiera parecer

que hace unos años existía cierta «complicidad» de la sociedad con el presunto padre, en el sentido de que, según el uso social, era de mal gusto «airear» paternidades extramatrimoniales, encontrándose la madre desamparada, tanto socialmente (al fin y al cabo era una «pecadora») como jurídicamente (no olvidemos los muy tasados presupuestos en los que se admitía el mal llamado reconocimiento forzoso). Ante tan injusta situación, la posibilidad de investigar la paternidad que proclamó nuestra Constitución, e introdujo la reforma de 13 de mayo de 1981 en el Código civil, debía dar como resultado una proliferación de procesos de filiación.

Y precisamente de tales procesos trata la presente obra, procedente del Magistrado del Tribunal Supremo (jubilado), De Castro García.

Se trata de un libro de lectura fácil, en el que se recoge, con gran profusión, la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo en las muy numerosas sentencias dictadas en los últimos años relativas a la reclamación (así como a la impugnación, aunque en menor medida) de la paternidad.

Comienza la obra con un breve análisis del estado de filiación en nuestro Derecho histórico (con especial referencia a las Partidas, la ley de 11 Toro, y el proyecto de Código de 1851), y en el Código civil originario (que, en realidad, y a diferencia de nuestro derecho histórico, no permitía, en líneas generales, la «investigación de la paternidad», sino, a lo sumo, como apuntó algún autor, la «investigación del reconocimiento»). Lamentablemente, el radical giro que supuso en esta materia el artículo 43 de la Constitución de 1931, careció de desarrollo legislativo.

A continuación el autor trata de la reforma de la filiación de 1981, basada fundamentalmente en el principio de la verdad biológica. Analiza cuestiones como las pruebas biológicas, la valoración de la negativa a someterse a la práctica de dichas pruebas (tema frecuente en la práctica y muy tratado por el Tribunal Supremo), la trascendencia de las pruebas biológicas en el supuesto en que únicamente esté acreditada una relación sexual aislada, y la exigencia del art. 127.II CC de presentar, con la demanda, un principio de prueba de los hechos en que se funde.

Posteriormente se estudian las «pruebas indirectas o presuntivas» del art. 135 CC, para el caso de que no haya prueba directa de la generación o del parto (y que han provocado, ante la negativa de la práctica de las pruebas biológicas, la atribución de numerosas paternidades) así como las acciones de impugnación de la filiación.

Por último se analiza la investigación de la paternidad en el Derecho catalán (tan reformado por la ley de filiaciones de 27 de abril de 1991) y navarro, para concluir con una breve referencia al Derecho comparado (en concreto, al Derecho italiano, portugués, francés y alemán).

En definitiva, se trata de una obra que presenta interés para aquéllos que quieran iniciarse en el estudio de las acciones de filiación, o deseen conocer la reciente doctrina sentada por el Tribunal Supremo sobre el particular.

**GÓMEZ CALLE Esther: «La responsabilidad civil de los padres». Montecorvo. 1992, 440 páginas más apéndices.**

Bajo el título de «La responsabilidad civil de los padres», la Doctora Gómez Calle, nos presenta una obra ambiciosa en su planteamiento y completa en su ejecución, en la que, como veremos, el título, a pesar de lo general, se queda corto para expresar el contenido de la obra.

Lo primero que hay que destacar es que se trata de un estudio comparado del Derecho alemán y el Derecho español, por lo que su contenido podemos decir que es en realidad triple, estudia completamente cada uno de estos Derechos y establece la comparación entre ambos.

En relación al tema objeto del estudio, es éste, en realidad el de la responsabilidad civil que nace de los daños causados por la actuación de un menor y por tanto no sólo la que pueda derivarse para sus padres, sino también para el propio menor e incluso para un tercero, en determinados supuestos. Se completa con el estudio de la responsabilidad del progenitor por otro título de imputación distinto de la paternidad y de la participación de la víctima en la causación del daño.

Un recorrido por sus distintos capítulos, nos dará mejor la idea de la magnitud de este estudio.

El primero de ellos: «Estudio de la cuestión», está dedicado a dar una visión panorámica de los posibles enfoques que puede tener tanto la responsabilidad del menor como la de los padres.

Respecto de la del primero, es fundamental el concepto de imputabilidad, que unos códigos incorporan a sus normas como una capacidad de entender y querer, y otros fijando límites de edad.

En países como el nuestro en que el ordenamiento no trata la responsabilidad del menor, pueden mantenerse tesis opuestas. De un lado la irresponsabilidad del menor en base a dos supuestos: que la actuación del menor es semejante al caso fortuito; o que, por ser inimputable no es culpable. De otro lado, la posibilidad de responsabilidad del infante, razonando que sus actuaciones no pueden considerarse casos fortuitos, por ser actuaciones humanas y además, porque puede existir tras ellos un patrimonio que puede responder. Esta responsabilidad del menor, independiente de la imputabilidad, puede basarse, o bien en razones de equidad, o bien, con la introducción de la culpa objetiva o culpa social. En esta culpa objetiva se valoran las circunstancias externas del sujeto, pero no las internas. La infancia es para algunos autores una circunstancia interna que no hay que tener en cuenta; a efectos de culpa se tiene en cuenta la ilicitud, pero no la imputabilidad. En cambio para otros autores, es una circunstancia externa que hay que tener en cuenta y por tanto habrá que determinar lo que es exigible a un niño de su misma edad y en sus mismas circunstancias.

Como solución proponen la exigencia de un seguro obligatorio. Si el fundamento de la responsabilidad del menor es la equidad, su presupuesto es la inimputabilidad. En este caso se configura como subsidiaria de la de terceras personas llamadas a responder por el acto del menor y se tiene en cuenta la culpa objetiva,

es decir, que se considera negligente toda actuación que no se realice conforme a las exigencias del tráfico, sin tener en cuenta la edad. La sola realización de un acto objetivamente culpable no hace que el menor esté obligado a responder, es preciso además, que el juez así lo estime por razones de equidad.

En cuanto a la extensión de la responsabilidad patrimonial del menor, si es por equidad, el juez la graduará con este criterio, y si responde por culpa, unos ordenamientos permiten al juez su graduación y otros no.

Trata a continuación de la responsabilidad de los padres por los hechos de su hijo menor y las dos posibles configuraciones: responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva.

Respecto a la responsabilidad por culpa, se encuentra consagrada en el derecho positivo desde la codificación, en relación con los deberes de vigilancia y educación de los hijos menores, aunque apunte también el deber de garantía frente a la víctima. La posibilidad de aportación de la prueba de la diligencia debida, se ha considerado también como indicio de la consagración de la responsabilidad por culpa. También se ha acogido esta solución en ordenamientos de influencia germánica.

Los ordenamientos examinados apoyan la responsabilidad de los padres, en la culpa propia en la vigilancia y en la educación de sus hijos. Habrá por tanto que relacionar estos deberes con las facultades que se conceden al padre, para saber cuando incurre en responsabilidad.

Las críticas a este razonamiento subjetivo de la responsabilidad de los padres se hacen desde la consideración de los profundos cambios que se han producido en el Derecho de familia y por la tendencia jurisprudencial a la objetivación de la responsabilidad.

En cuanto a la configuración objetiva de esta responsabilidad, se dice que su culpa es irrelevante, por tratarse de una responsabilidad por hecho ajeno. Su justificación puede ser el riesgo, pero no parece posible basarse en el principio *«ubi commoda ibi est incommoda»* ni en la creación de un peligro para los demás. Tampoco hay razón para que sea la equidad, pues no es éste el único caso en que la víctima puede quedar sin indemnización, y en cualquier caso no hay razón para que ésta la soporte el padre no culpable. También puede justificarse por razón de utilidad, o por la solidaridad familiar que no parecen tener suficiente fuerza.

Los partidarios de una configuración objetiva proponen un seguro obligatorio en contra del cuál se dice que diluye la función preventiva, pero que produciría otros buenos efectos como son: el cese de la discusión de si la responsabilidad de los padres es objetiva o subjetiva, y los razonamientos forzados sobre la existencia o no de culpa; se garantizaría la reparación; quedaría legalmente definido el riesgo; se acabaría con la pluralidad de seguros que cubren un mismo riesgo; liberaría la educación del niño de una vigilancia excesiva.

A pesar de todo no se prescinde por completo de la culpa pues se habla de reparación de los daños causados por el menor incapaz de culpa.

El capítulo segundo está destinado al estudio de la normativa española en esta materia, en concreto a la existencia de una doble regulación, la del Código Civil



y la del Código Penal. Lo divide en tres apartados: una introducción en la que analiza el origen histórico de esta duplicidad; otro más extenso para analizar los problemas que suscita, y el tercero, para hacer una propuesta de solución.

Con respecto a la problemática producida por la doble regulación, destaca en primer lugar la falta de coincidencia en los supuestos en que se hace responsable, tanto al padre como al propio menor, en el Código Civil y en el Código Penal, y también la diferencia en el propio contenido de la obligación de responder. En segundo lugar, el problema que supone la intervención posible de dos jurisdicciones, con un estudio de situaciones que pueden darse según que el damnificado ejercite conjuntamente la acción civil y la acción penal; se reserve la acción civil para ejercitarla una vez finalizado el proceso penal; o ejercite solamente la acción civil, en los casos en que esto es posible por tratarse de un delito perseguible sólo a instancia de parte.

Por último, en este análisis planteado por la doble regulación, trata el problema de la determinación de la norma a aplicar. Toma como punto de partida los Artículos 1.092 y 1.093 del CC, de los que destaca que no tienen un criterio delimitativo claro y que producen lagunas de inaplicación que no pueden ser queridas por el legislador, además de que hay supuestos en los que, aunque se cumpla el tipo penal, no da lugar a responsabilidad penal, como en los casos de sobreseimiento, prescripción, amnistía, etc...

A continuación trata las diferentes posibilidades de ejercicio de las acciones civiles y penales cuando el daño deriva de un hecho penalmente tipificado y las situaciones que pueden darse según la forma en que se ejerciten éstas.

Si el ejercicio de ambas acciones se hace de forma conjunta y la sentencia penal es condenatoria, el juez se pronunciará igualmente sobre la responsabilidad civil. Si la sentencia es absolutoria, queda abierta la vía civil, a no ser que se declare la inexistencia del hecho, en cuyo caso causará efecto de cosa juzgada. Este ejercicio conjunto se justifica por razones de economía procesal.

Proyectando esto al estudio que nos ocupa, hay que diferenciar dos supuestos distintos: que el delito o falta sea cometido por un menor imputable o por un menor de edad penal. En el primero de estos casos se producen soluciones judiciales distintas según se aplique el CC o el CP, y según entienda el juez que sólo se aplica el CP si existe responsabilidad penal o que estime que es suficiente con que se cumpla el tipo penal; ya que aunque las dos acciones se ejerciten de forma conjunta es posible, como hemos visto, que intervenga el tribunal civil tras hacerlo el tribunal penal.

En el caso de que el acto dañoso lo produzca un menor de edad penal, el artículo 20 del CP permite al juez pronunciarse sobre los aspectos civiles en algunos casos, pero hay que tener en cuenta la intervención de los TTTTMM y posteriormente de los civiles.

Si se ejercita la acción penal con reserva de la civil, la sentencia absolutoria produce los mismos efectos que cuando se ejercitan conjuntamente e igual en el caso de sobreseimiento libre, indulto, etc... Si la sentencia es condenatoria vincula al tribunal civil sólo en cuanto a los hechos probados y determina que las normas

a aplicar por el juez serán las del CP, salvo que como afirman algunas sentencias se le de opción al damnificado para elegir la acción que ejercita, la de responsabilidad civil o la de responsabilidad *ex delicto*.

Si se ejercita sólo la acción civil, el damnificado puede elegir la vía a seguir.

La propuesta de solución de todos los problemas aquí planteados se hace a través de la configuración de la relación entre las disposiciones del CP y del CC como un concurso de leyes fundamentadora de una única pretensión. Se destaca la unanimidad que existe en la doctrina en el sentido de que es una única responsabilidad, y que debería estar regulada únicamente en el CC (1). Contando con la regulación actual, los jueces civiles o penales deben decidir (*iura novit curia*) la norma que da mejor apoyo a la pretensión reparadora

Las proyecciones de la aplicación de este concurso de leyes son: una pretensión puede fundamentarse en dos normas, entre las que existe una relación tal que la aplicación de una excluye la de la otra. Mediaría así entre el CC y el CP una relación de especialidad. Ejercitada la pretensión produce efecto de cosa juzgada, lo que no se da en el concurso de acciones. Se unificaría igualmente el plazo de prescripción con aplicación del Artículo 1.968, 2.º CC.

El capítulo tercero se centra ya en el estudio de la responsabilidad del menor, tanto en Derecho alemán como en Derecho español.

Comienza con el estudio del Derecho alemán en el cual destaca que existen dos criterios de imputación distintos para declarar la responsabilidad del menor por sus propios actos: la culpa y la equidad.

La responsabilidad que aplica el primero de estos criterios se basa en los párrafos 828 y 276 del BGB. El 276 contiene el principio general de responsabilidad por culpa en el cual se define esta como una actuación que no se realiza con la diligencia exigible en el tráfico, e impone la carga de la prueba a la víctima del daño. El 828 regula la capacidad de imputación del menor, en los siguientes términos: el menor de 7 años no responde de los daños que ocasione por ser incapaz de comprender la trascendencia de sus actos. El menor de 18 y mayor de 7, es civilmente responsable a no ser que pruebe que no tenía el discernimiento necesario para comprender su responsabilidad.

Hay que ver la relación que media entre la capacidad de discernir y la diligencia exigible al tráfico, es decir, entre la imputabilidad y la negligencia.

El discernimiento es un concepto subjetivo que atiende a las circunstancias concretas del menor de que se trate y por tanto, a su grado de madurez respecto a los otros de su misma edad. En cambio la negligencia, se concibe en un sentido objetivo y general, pero, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemana, se establecen niveles de cuidado para grupos distintos de personas, atendiendo a tres criterios: ejercicio de una profesión u oficio; utilización de una fuente de peligro y lo elevado o lo reducido de la edad. Por

---

(1) Por desgracia no parece que esta opinión sea compartida por el legislador, incluso en la actualidad, a la vista de la completa regulación que en materia de responsabilidad civil derivada del ilícito penal, introduce el proyecto de Ley del nuevo CP, en la que las diferencias con la regulación civil se agrandan manifiestamente.

tanto la menor edad es tenida en cuenta tanto para establecer la imputabilidad, como para la culpabilidad.

En cambio la prueba de la culpa corresponde al damnificado, mientras que la de la imputabilidad corresponde al menor.

En el estudio jurisprudencial que se hace sobre la delimitación de estos conceptos hay que destacar su evolución desde las tesis del RG hasta las actuales del BGH. Para este último, en el examen de la imputabilidad se prescinde de las particulares circunstancias del supuesto, para atender a las características individuales del menor y es en el examen de la negligencia donde se tienen en cuenta las circunstancias del caso.

Además el párrafo 828 sólo tiene en cuenta la madurez intelectual, no la volitiva, teniéndose en cuenta esta última en el marco del párrafo 276.

Hay que destacar también, que existe una enorme casuística sobre todo lo que se refiere a niveles de diligencia exigibles a cada grupo de edad y también, una marcada tendencia a declarar la imputabilidad del menor mayor de 7 años, con lo cual su responsabilidad se decide en el marco del párrafo 276.

En cuanto a las opiniones doctrinales en este tema, hay que destacar que la doctrina critica tanto la la tendencia jurisprudencial como la propia redacción del párrafo 828. Se critica el texto porque el concepto de discernimiento se extrajo del que entonces regulaba la imputabilidad penal, por ello se le tacha de anticuado. También se dice que toma en cuenta la capacidad de comprender la sanción jurídica de sus actos, la no ilicitud de los mismos. Mientras unos proponen la adaptación de este párrafo en el sentido de introducir en él consideraciones de capacidad de dirección, para de ese modo dispensar una mayor protección al menor; otros opinan que con la versión vigente, ya tiene suficiente protección.

Otras críticas se encaminaron a la extensión de la responsabilidad, ya que suele existir un gran contraste entre la insignificante culpa y la gran entidad del daño.

En cuanto a las críticas doctrinales a la jurisprudencia, podemos destacar la que se hace de la diferenciación de peligrosidad en abstracto y peligrosidad en concreto en un acto, a efectos de delimitar el discernimiento de la negligencia. También se critica que se ha desarrollado el examen de la culpa, pero se ha vaciado de contenido el discernimiento.

Como conclusiones de esta responsabilidad del menor por culpa propia en el Derecho alemán se extrae que el párrafo 828 es una norma excepcional de protección al menor de edad. Para esta responsabilidad del menor se analiza en primer lugar si su actuación ha sido negligente conforme al párrafo 276, en el que se tendrá en cuenta su edad. Por tanto, se ampliará el número de actos lícitos para los menores, ya que la diligencia exigible a este grupo, es inferior a la de los adultos. La imputabilidad se examinará sólo cuando la actuación del menor sea dolosa o negligente. Si se trata de un menor normal, no se ve que el análisis de la imputabilidad aporte nada nuevo, ya que su capacidad de discernimiento ya se había investigado. Sólo tendrá relevancia este análisis cuando la capacidad de discernimiento no sea la normal para su edad.

Completando el análisis de la responsabilidad del propio menor por sus actos culpables, se pasa al estudio de su responsabilidad con base en la equidad.

Esta responsabilidad se recoge en el párrafo 829 BGB según el cual «Quien según los párrafos 827 u 828 no es responsable del daño que cause en uno de los casos designados en los párrafos 823 a 826, debe, no obstante, y siempre que la reparación del daño no pueda obtenerse de un tercero obligado a la vigilancia, reparar el daño en cuanto la equidad, según las circunstancias y en particular según la situación económica de los afectados, exija una indemnización, y no quede desprovisto de los medios que precisa para su adecuado sustento, así como para el cumplimiento de sus obligaciones legales de alimentos».

Para el presente estudio nos interesa el caso en que la exclusión de la culpa del menor se produce con base en el párrafo 828.

El fundamento de esta responsabilidad es para algunos independiente de los otros dos existentes en el ordenamiento, responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva, mientras que para otros tiene unas veces su fundamento en una culpa atenuada y otras en cambio es objetivo. Parece que la razón del precepto es paliar las injusticias que el privilegio de la irresponsabilidad pueda producir.

Se ha puesto de relieve el carácter excepcional de este precepto, respecto de la irresponsabilidad de los inimputables, por ello, la carga de la prueba recaerá sobre quien lo alegue. No obstante, a pesar de su excepcionalidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido su aplicación analógica cuando el menor no responde por no haber actuado culpablemente conforme al párrafo 276 y cuando concurre culpa de la propia víctima, menor de edad, en la producción del daño, para reducir la indemnización.

En relación a los presupuestos para la declaración de esta responsabilidad por razón de equidad hay que considerar, en primer lugar que ha de tratarse de la comisión de alguno de los actos lesivos contenidos en los párrafos 823 a 826 por un menor inimputable en base al 828. El mayor problema en este punto se plantea cuando no se niega la responsabilidad del menor por ser inimputable, sino por no ser culpable, conforme al párrafo 276. Tanto la doctrina como la jurisprudencia estiman que es aplicable analógicamente, por el agravio comparativo que sufriría el menor de siete años, que siempre cumple este requisito. El segundo requisito es que no se obtenga la indemnización del daño de terceras personas obligadas a su vigilancia, es por tanto subsidiaria la de estos por hechos del menor. El tercero es que la reparación del daño se haga por exigencia de equidad.

Para la decisión de indemnización conforme a la equidad hay que ponderar todas las circunstancias de todas las partes afectadas y en particular la situación económica. El mayor problema, o por lo menos el que más polémica levanta, es si debe tenerse en cuenta o no la existencia de un seguro. El BGH limita su consideración a que se tenga en cuenta como una circunstancia más, no la única. Además hace una diferenciación importante según que se trate de seguro obligatorio o de voluntario; el primero se tomará en cuenta tanto para fundamentar la indemnización como para fijar su cuantía, mientras que la existencia del segundo no puede convertirse en hecho fundamentador, pero si puede servir para fijar su cuantía. La doctrina critica al BGH y parte de que ambos seguros son iguales, pe-

ro mientras para unos el seguro queda fuera de las circunstancias a valorar, para otro sector mayoritario, el BGH hace una interpretación demasiado estrecha respecto del seguro voluntario, ya que consideran que este es un bien patrimonial del asegurado. Por tanto ambos seguros han de ser tenidos en cuenta.

El momento en que las valoraciones económicas han de llevarse a cabo es el del último trámite oral.

Concluido el estudio de la responsabilidad del menor en el derecho alemán se pasa al correspondiente estudio en el Derecho español. Hay que separar en este caso tres grandes bloques: la responsabilidad civil del menor respecto al Código Civil; la responsabilidad conforme al Código Penal y la articulación entre ambas.

Conforme al CC esta responsabilidad nace de la aplicación del art. 1902, o en su caso del 1905.

En el 1902 se establece como principio rector la responsabilidad por culpa y su examen ha de abarcar también el de la imputabilidad como presupuesto de la culpa. La culpa se define en el art. 1104 y en él se hace referencia a la diligencia de un concreto sector y en unas circunstancias determinadas, lo cual permite que se tenga en cuenta la menor edad del agente y su capacidad de querer y entender. La imputabilidad se incluye en la culpa y no es necesario en nuestro ordenamiento un artículo semejante al parágrafo 828 BGB que por otro lado plantea problemas de articulación con el 276.

En la doctrina existe bastante confusión en este tema y en la jurisprudencia, cuando se analiza la culpa del menor, no suele ser para declararle responsable conforme al art. 1902, sino como presupuesto para la declaración de responsabilidad paterna conforme al art. 1903, de la que, de forma mayoritaria, la consideran requisito. Constituyen una excepción las SSTS de 24-V-1974 y 15-II-1975 en las que se mantiene la tesis de que el menor responde conforme al art. 1902.

En cuanto a la extensión de esta responsabilidad del menor cabría plantearse si es de aplicación el art. 1911 CC o puede tenerse en cuenta el art. 1103 CC que permite al Juez moderar la responsabilidad ateniéndose a las particularidades del caso. La ubicación de este artículo fuera de la regulación de la responsabilidad extracontractual hace que no sea una cuestión pacífica.

En lo que respecta al artículo 1905, estima la doctrina que consagra una responsabilidad objetiva. En la jurisprudencia prácticamente no se aplica ya que la responsabilidad se demanda de forma general de los padres.

La responsabilidad civil regulada en el Código Penal es la que corresponde a actuaciones del menor tipificadas como delito o falta sin la existencia de una causa de justificación.

Según el art. 19, el menor de edad, de 16 años, es responsable civil y penalmente de su actuación. Su responsabilidad es total y directa, como si de un mayor de edad se tratara.

Según el art. 20, 1.º prf. 2.º el menor de 16 años es penalmente inimputable, pero si su actuación encaja en alguno de los tipos penales tiene obligación de reparar el daño. Esta responsabilidad es subsidiaria la de los responsables directos y su finalidad es la reparación del daño. Se contemplan los casos de inexistencia de

personas que deban vigilar al menor y de insolvencia de éstos, pero prácticamente se admite también de forma unánime su aplicación en casos en que no hubiera culpa o negligencia por parte de los llamados a responder. Como en estos casos también serán responsables los encargados de su vigilancia, el menor podrá reclamar de ellos lo que pago en base al art. 168 CC. En lo que respecta a la jurisprudencia, no se encuentran sentencias en las que se haga aplicación de este artículo.

Aunque la doctrina coincide en afirmar que esta responsabilidad es objetiva, esto no resulta admisible teniendo en cuenta que se trata de unos hechos de los que el agente respondería civil y penalmente si no fuera por su menor edad, lo que indica que el factor culpa ha sido tenido en cuenta; además sería un agravio comparativo con los menores mayores de 16 años que, aunque en este caso de forma directa, sólo responden en caso de dolo o negligencia.

En lo que se refiere a la extensión de esta responsabilidad parece que el menor responde sólo con sus bienes presentes, como una excepción del art. 1911 CC. Parece que la razón es la equidad, pero sólo se tiene en cuenta la economía del menor.

En cuanto a la articulación de estas dos regulaciones, Código Civil y Código Penal, toma la autora como eje la imputabilidad o capacidad para entender y querer del sujeto. En el caso de un civilmente imputable, la doctrina mayoritaria entiende que es de aplicación el art. 20 1.<sup>a</sup> prf. 2.<sup>o</sup> tanto en el caso de que se trate de ilícito civil como en el de que se trate de ilícito penal; mientras que para un sector minoritario sólo debe de aplicarse en este segundo supuesto. La discusión entre ambos sectores ha sido continua y sigue siendo muy viva.

En la responsabilidad del menor civilmente imputable, si el acto dañoso no está tipificado como delito o falta, la doctrina mayoritaria entiende que es aplicable el art. 1902. Otros en cambio entienden que este artículo nunca debe aplicarse al menor ya que para ellos la menor edad se equipara a la inimputabilidad. Otros en cambio dicen que es siempre de aplicación el art. 20 CP (salvo que el acto dañoso esté tipificado como delito o falta y sea cometido por un menor imputable penalmente, en cuyo caso se aplicará el art. 19 CP). En caso de que el acto realizado esté tipificado como delito o falta, hay que tener en cuenta en primer lugar el art. 19 CP en relación con el art. 8, 2.<sup>o</sup>; el mayor de 16 años es responsable civilmente, pero la mayoría de la doctrina entiende que subsisten las responsabilidades deducibles del art. 1903 CC. Si el menor civilmente imputable es menor de 16 años, la mayoría entiende aplicable el art. 20, 1.<sup>a</sup> prf. 2.<sup>o</sup>, sin embargo Panta León entiende que lo que importa es la capacidad de entender y querer del menor sin importar que su acto esté tipificado como delito o falta o no lo esté.

En opinión de la autora habría que unificar las normas. Con la normativa existente los principios que rigen son: 1.<sup>o</sup> El menor de 16 años responde conforme al art. 1902 CC, el Juez deberá en cada caso decidir si es capaz de entender y querer. Según la interpretación jurisprudencial la ausencia de culpa habría de probarla el menor. Si es culpable responderá en base al art. 1902 CC, si no actuó negligentemente pero su actuación fue objetivamente culpable se aplicará el art. 20 1.<sup>a</sup> prf. 2.<sup>o</sup> CP. A partir de los 16 años deberá responder conforme al art. 1902 CC.

El capítulo cuarto es el dedicado a la responsabilidad de los padres por los actos dañosos de sus hijos menores de edad, en Derecho alemán y en Derecho español.

Lo desarrolla a través de cuatro grandes apartados, dentro de los cuales lleva a cabo el estudio comparativo de uno y otro Derecho. Como en el desarrollo anterior, se ocupa en primer lugar del Derecho alemán para compararlo después con el de nuestro país.

El primero de estos apartados está dedicado al fundamento y caracteres que destaca que son similares en ambos Derechos y que las divergencias se producen en la aplicación.

La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores se encuentra regulada en el párrafo 832, 1.<sup>a</sup> del BGB. En él se establece la responsabilidad con carácter general de todas las personas con deber de vigilancia, ya sea impuesta por ley, ya pactada en contrato. La obligación de indemnizar no tiene lugar si cumplió con su vigilancia o si el daño se hubiera producido aun con la vigilancia adecuada. Es una responsabilidad basada en la propia culpa de los padres, ya que estos se liberan tanto probando su diligencia como la falta de nexo causal entre su negligencia y el daño. La carga de la prueba corresponde a los padres, por lo cual se considera un beneficio para el perjudicado. La justificación de esta inversión de la carga de la prueba se suele cifrar tanto en que la responsabilidad de los daños inferidos por menores a terceros es en primer lugar de los padres, como en que estos están en mejores condiciones de aportar pruebas, o en que la norma cumple un efecto preventivo.

En la práctica, la falta de nexo causal es poco empleada como causa de exoneración, pues se exige probar con absoluta seguridad que el daño se hubiera producido igualmente con la vigilancia. Respecto a la prueba del cumplimiento del deber de vigilancia, parece que la jurisprudencia no lo hace recaer completamente en los padres, pues viene exigiendo al demandante la prueba de que en el caso concreto era necesaria una vigilancia especial y que esto podía ser reconocido por cualquier obligado a la vigilancia que actuase diligentemente. Con esto se soporta mejor la carga de la prueba y la responsabilidad se fundamenta exclusivamente en la culpa.

Se trata de una responsabilidad directa y establecida para la protección de terceros, no del propio menor.

En Derecho español una vez más hay que diferenciar entre la normativa del Código Civil y la del Código Penal. En el primero de ellos se regula como sabemos en el art. 1903.

Una interpretación clásica de este artículo fundamenta la responsabilidad en la culpa *in vigilando e in educando*. El artículo prevé la exoneración probando que se empleó la diligencia debida, pero no hay obstáculo para admitir la prueba del nexo causal igual que en el párrafo 832 del BGB. Dado el paralelismo entre uno y otro derecho, los argumentos que justifiquen la inversión de la prueba pueden ser los mismos.

En la doctrina española, como en la de otros países se va abriendo paso una tendencia a la objetivación de la responsabilidad de los padres, con distintas explicaciones. Lo que si que es unánime en la doctrina es la consideración de que es una responsabilidad directa.

En cuanto a la jurisprudencia, considera la responsabilidad directa y razona en términos de culpa, pero, partiendo de la inversión de la carga de la prueba, viene condenando sistemáticamente a los padres por entender que no se aportan pruebas suficientes de la diligencia. Se ha procedido así a una objetivación de la responsabilidad que se hace descansar en criterios de riesgo, aunque luego se trate de explicar que el riesgo no se crea por el hecho de tener hijos, sino por el de no vigilarlos. Esta es la gran diferencia con la práctica judicial alemana.

En el artículo 1910 CC se contempla la responsabilidad de los padres por los daños causados por los objetos que se arrojen o caigan de sus casas. Se trata de una responsabilidad objetiva.

En la regulación del Código Penal, dos artículos: el 20 1.<sup>º</sup> y 22 prf. 1.<sup>º</sup>. Conforme al primero de estos preceptos se obliga a responder civilmente de los hechos tipificados como delictivos de los menores de 16 años a quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia.

La doctrina coincide en que su fundamento es el mismo que el del art. 1903 CC, ya sea para afirmar su carácter subjetivo u objetivo, según su criterio.

Partiendo de que se establece una responsabilidad por culpa, la dificultad se centra en determinar sobre quien recae la carga de la prueba. Mientras que para unos se mantiene la inversión contenida en el art. 1903, para otros, quien alegue la culpa deberá probarla. La supresión de la prueba liberatoria está desprovista de toda lógica ya que dificultaría más la articulación de la legislación civil y la penal y va en contra de la tendencia jurisprudencial que ha introducido esta inversión incluso para el art. 1902.

El segundo de los artículos del Código Penal es el 22 prf. 1.<sup>º</sup> en el que se establece una responsabilidad subsidiaria. En principio este artículo no contempla las relaciones paterno filiales como base de establecimiento de una responsabilidad, pero los tribunales la han venido aplicando para proteger a la víctima en caso de daños ocasionados por un menor, mayor de 16 años e insolvente, sin tener que utilizar normas del Código Civil. Los presupuestos de este artículo 22 son la existencia de una relación de dependencia, entre quien actúa y el responsable, y que el daño se ocasione en la realización de la función encomendada. Estos presupuestos son interpretados por la jurisprudencia de forma laxa y ha hecho uso de este artículo de forma masiva para declarar la responsabilidad de los padres en accidentes de circulación causados por sus hijos, mayores o menores de edad, utilizando un vehículo de su propiedad.

Se declara en muchas de estas sentencias que no basta la relación paterno filial, sino que es necesario que el hijo realice una cierta actividad sometido en cierto modo al control paterno y que reporte a este algún tipo de beneficio. Es en la determinación de estos extremos donde se tiene en cuenta el vínculo familiar. Resulta excesivo e inapropiado el recurso en estos casos al art. 22 CP y



en todo caso resultaría más indicado acudir al art. 1903 CC como derecho supletorio.

Después del análisis del fundamento de la responsabilidad de los padres en el Derecho español se pasa a una revisión crítica de este fundamento. Estas críticas se centran en la objetivación que se hace al interpretar el art. 1903 CC y que suele explicarse por los cambios que ha experimentado el Derecho de familia, con la nueva configuración de la patria potestad, y por la pretendida imposibilidad de aportar la prueba exoneratoria.

Concluido el estudio del fundamento, se pasa al de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad de los padres. Comenzamos como siempre por el Derecho alemán y por tanto con el parágrafo 832 del BGB.

Tres son los presupuestos que han de darse para la aplicación de este parágrafo: 1.º Que el hijo realice un acto objetivamente culposo que cause daño a un tercero; 2.º Que los padres estén obligados a la vigilancia del hijo; y 3.º Que haya una infracción culpable del deber de vigilancia de los padres y un nexo de causalidad entre esta y el daño producido.

Los presupuestos en derecho español conforme a los artículos 1903 CC y 20. 1.ª CP son: 1.º Causación directa de un daño por el hijo; 2.º Que el hijo se halle bajo la guarda de los padres; y 3.º Acción u omisión culposa de los padres en el ejercicio de la guarda de su hijo y nexo causal entre aquella y la producción del daño. A pesar de las aparentes diferencias en los presupuestos se llega a la conclusión de que son idénticos y que las diferencias son sólo eso, aparentes, entre uno y otro ordenamiento.

Dentro del estudio de la regulación que el Derecho español hace de la responsabilidad de los padres, se dedica en este punto un epígrafe a la justificación del artículo 1903 CC y del 20 1.ª CP. Se hace esta a dos niveles distintos, el primero sobre la justificación del art. 20 1.ª CP en relación con el 1903 CC, llegándose a la conclusión de que el primero de ellos es totalmente inoperante. El segundo sobre la justificación del 1903 CC en relación con el 1902 CC, llegando a la conclusión de que aún cuando los padres responden por culpa propia es necesario el art. 1903, ya que en el se recoge como presupuesto de responsabilidad por hecho ajeno, sin lo cual, sólo podría hacerse responder si el ordenamiento contemplase en otro punto su obligación de prevenir el daño.

Como último apartado de este capítulo se pasa al estudio del contenido y extensión del deber de cuidado que los padres han de desplegar a fin de evitar daños a terceros.

En Derecho alemán, se reitera en las sentencias, que las medidas dependen de una serie de datos que varían con las peculiaridades del niño y con las circunstancias del hecho. En definitiva los obligados a la vigilancia han de observar la diligencia exigible conforme al parágrafo 276 BGB. Se analizan: los datos a ponderar, las medidas concretas de vigilancia y los límites en el ejercicio de la vigilancia sobre el menor.

Entre los datos que hay que tener en cuenta hay unos relativos al menor, otros relativos a la persona que ejerce la vigilancia y otros de carácter objetivo. En

cuanto a las concretas medidas de vigilancia pueden clasificarse en aleccionamiento, prohibiciones, seguimiento, etc... Los límites vendrán dados por razones pedagógicas que no recomiendan que estas sean agobiantes.

En el marco de nuestro ordenamiento han de valorarse las mismas circunstancias que en la RFA, sin embargo nuestros Tribunales no han seguido esta línea. Como regla los progenitores son declarados responsables siempre por el daño causado por su hijo menor, por estimar que no se ha aportado la prueba de la diligencia debida. La misma producción del daño por el menor, demuestra que los padres no adoptaron todas las medidas para impedirlo.

El quinto y último capítulo lo titula «la exigencia de responsabilidades» y estudia la articulación de las distintas responsabilidades que pueden nacer del daño ocasionado por los hechos de un menor. Al igual que en los capítulos anteriores, el tema se trata tanto dentro del Derecho alemán como del español. En ambos se distingue entre la relación externa, es decir, frente al damnificado, y la interna o existente entre los responsables.

Como epígrafes de este capítulo encontramos:

1.º La responsabilidad del menor y de los padres. Trata los casos en que ambas pueden ser concurrentes y la forma en que se articulan.

2.º La responsabilidad de los padres. Posibilidad de que uno de ellos quede exento de responsabilidad por recaer esta únicamente sobre el otro.

3.º Concurrencia de varios títulos de imputación en el progenitor. Los supuestos en que el propio padre es llamado a responder, no sólo como tal, sino por ser su hijo alumno suyo o cumplir un encargo bajo su dependencia.

4.º Posible responsabilidad de un tercero: su incidencia en la responsabilidad del menor o de sus padres. Contempla la posibilidad de que exista otra persona obligada a la vigilancia del menor en el momento en que éste causó el daño, su responsabilidad y la concurrencia de esta con la del menor y la de los padres.

5.º Participación de la víctima en la causación del daño: Referencia a la víctima menor de edad. Dos temas a analizar en este supuesto: la consideración de la imputación de la víctima menor a los efectos de la reducción de la indemnización y la eventual responsabilidad de los padres de la víctima menor por su inadecuado cumplimiento de su deber de vigilancia.

En el estudio de este capítulo se hace especial hincapié en las decisiones de los tribunales ya que al descender a situaciones tan concretas, es en ellas donde se pueden encontrar razonamientos para dar la solución a esta articulación.

En relación con la toma de postura de la autora ante los temas estudiados, nos permitimos destacar dos que afectan de forma general a nuestro Derecho de la responsabilidad.

En primer lugar sostiene que no existen dos responsabilidades distintas, la llamada *ex delicto* y la responsabilidad civil, sino una única responsabilidad, que debería regularse exclusivamente en el Código Civil. Pero dada la actual normativa y para evitar las disfunciones que pone de manifiesto, debería aplicarse a la acción resarcitoria un concurso de normas y no un concurso de acciones. Con esta opi-

nión se une la autora a la corriente doctrinal mayoritaria y se opone tanto a la doctrina jurisprudencial como a su aplicación.

En segundo lugar sostiene que tal como se encuentra regulada en nuestro ordenamiento, la responsabilidad de los padres por hechos dañosos de sus hijos es una responsabilidad por culpa propia y que como tal ha de tratarse. Si se quiere una responsabilidad objetiva, habrá que cambiar la norma reguladora, pero no forzar los razonamientos y llegar hasta lo imposible en la exigencia de prueba de diligencia. Con esta opinión se opone también abiertamente a la corriente jurisprudencial, y hay que decir que lo hace igualmente a una parte de la doctrina para la cual la tendencia a la objetivación de la responsabilidad debe hacerse en cualquier caso ya que queda justificada por la finalidad de protección de la víctima.

Este recorrido por el contenido del libro nos puede dar una idea de la amplitud de temas tratados, pero sólo su lectura nos mostrará la profundidad y acierto en su tratamiento.

Sus más de cuatrocientas páginas son ciertamente densas y en ellas no hay una sola licencia para la retórica, dice lo que quiere decir. Nos muestra el resultado de sus muchas horas dedicadas a esta investigación de forma clara y ordenada, por lo que la lectura es verdaderamente fácil, sin que esto quiera decir que no se necesite para ello de la máxima concentración, sino que ésta se consigue sin esfuerzo precisamente por el gran interés que despierta desde su comienzo.

Está realizada la obra con una extensa base de información, tanto en doctrina como en jurisprudencia y al mismo nivel respecto de los dos países. Esto hace que las referencias bibliográficas, las aclaraciones a pie de página y los comentarios paralelos al propio texto sean constantes, por lo cual sirve a la vez como una ayuda en la búsqueda de material para el estudio, que en el caso del Derecho alemán es particularmente interesante dado que, evidentemente, no son abundantes obras así en nuestro país.

Es, en resumen, una obra de recomendada lectura para aquellos que quieran de alguna manera profundizar en los temas tratados y casi diría que obligada para los estudiosos de los mismos.

ISABEL SIERRA PÉREZ

**HERRERA CAMPOS, Ramón: «La inseminación artificial. Aspectos doctrinales y regulación legal española», Universidad de Granada, Granada, 1991, 220 páginas.**

El autor de la presente obra, Herrera Campos, profesor titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada, puede considerarse un experto en materia de filiación; baste en estos momentos recordar su amplio comentario a la reforma de la filiación que publicó en 1983 en la Revista de Derecho Privado, o su obra de 1987 «La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial». Y en la presente obra vuelve a abordar uno de los temas más apasionantes del Derecho Civil: las técnicas de reproducción asistida humana.

Pero necio sería pensar que tal materia sólo afecta al Derecho Civil; afecta, no sólo al Derecho, sino también a otros campos, como son la biología, la sociología, la medicina... y sobre todo a la ética y a la religión. Y prueba de ello es que, en los meses anteriores a la promulgación de la ley de 22 de noviembre de 1988, una lluvia de artículos, informes, trabajos, estudios, coloquios, entrevistas, encuestas... inundaron la sociedad española. Y no era para menos. Porque a nadie se le escapaba el muy delicado y grave problema que iba a abordarse por el legislador. Y éste, por otra parte, no debía olvidar un principio esencial: el Derecho no nace del hecho; el Derecho actúa en el campo de lo deontológico, y no en el de lo ontológico; no se deben admitir todos los supuestos que pueden producirse en la realidad por el simple hecho de ser biológicamente posibles.

El presente trabajo consta de dos partes perfectamente delimitadas, en concordancia con el título de la obra. En la primera parte se realizan una serie de consideraciones desde el punto de vista doctrinal, mientras que la segunda constituye un análisis detallado de cada uno de los artículos de la ley de 22 de noviembre de 1988.

Centrándose en la primera parte, es de destacar, apenas iniciada la obra, las terminantes y categóricas (y, por qué no, incluso escalofrantes) palabras que utiliza el autor: «lo decisivo para que surja una nueva vida no es ya el amor, la potencia y un seno fértil: la fertilidad es una cuestión —aunque por el momento sólo en una minoría de los casos— de trabajo en equipo de anestesistas y cirujanos, de sociólogos y bioquímicos». Si bien hoy día tenemos que aceptar tales hechos, estas palabras, hace unos pocos siglos, indudablemente hubiesen provocado la actuación de los tribunales de la Inquisición.

El autor plantea si se existe en realidad un «derecho a tener hijos». En realidad, tal derecho no se reconoce en las principales Declaraciones de Derechos Humanos, ni en el Derecho positivo interno. Lo que sí se recoge es el derecho a fundar una familia, pero esto no significa que la familia debe estar formada por padres e hijos, porque aun sin existir éstos, sigue existiendo familia.

Herrera considera que el ser humano tiene derecho a procrear, pero dentro de los medios naturales, y no a través de formas artificiales, que sólo deberían admitirse como un remedio a la esterilidad o imposibilidad. Además no sería un derecho individual, sino de dos. Y ello conlleva a que se debe permitir la utilización de estas técnicas, como remedio terapéutico, dentro de las parejas estables, estén o no casadas; pero no en aquellos casos de mujeres solas, capaces de tener hijos por el procedimiento natural, que pretender quedarse embarazadas a través de estas técnicas porque desean ser madres pero sin contacto sexual con varón (p. ej. las lesbianas).

En cuanto a la inseminación homóloga durante el matrimonio, el autor considera, como la mayoría de la opinión pública, que debe ser plenamente aceptada, debido al fin que persigue: resolver un impedimento del marido o la mujer. Pero, claro está, debe tratarse de una decisión muy meditada, adoptada por la pareja de común acuerdo.

El problema se plantea cuando la inseminación homóloga pretende realizarse después de la disolución del matrimonio. El autor rechaza la inseminación «post

mortem», ya que con ello se condenaría al hijo, desde el momento de la concepción, a no «tener» padre, y el hijo tiene derecho a tener un padre y una madre; incluso entiende que es anticonstitucional, porque se permitiría nacer un hijo que no va a tener un padre que cumpla las funciones que le asigna el art. 39.2 de la Constitución.

A continuación analiza la inseminación artificial heteróloga, resaltando sus presupuestos de gratuidad, anonimato y capacidad del donante, y los distintos variantes que pueden presentarse (con consentimiento del marido, sin su consentimiento, y contra la voluntad de la mujer).

Posteriormente estudia la maternidad compartida, realizando una detallada exposición de la situación en el Derecho Comparado.

Termina esta primera parte con la naturaleza jurídica del embrión. El autor se plantea la siguiente pregunta, eje fundamental del problema: un embrión humano es un ser humano en fase embrionaria o es una cosa. Y considera que el embrión debe ser protegido incluso antes de ser introducido en la mujer, y equipararlo al *nasciturus*, porque en él ya hay una vida en potencia, aunque no sea todavía un ser humano.

La segunda parte de la obra, como hemos indicado, consiste en un estudio detallado del articulado de la Ley de 22 de noviembre de 1988, con extensa referencia a las diversas enmiendas que se presentaron en el Parlamento durante su tramitación. Es de destacar la contradicción que encuentra el autor entre el art. 1.2, que establece que la finalidad fundamental de estas técnicas es la actuación médica ante la esterilidad humana, y el art. 6.1, el cual permite a «toda mujer» utilizar las técnicas, cumpliendo con unos requisitos entre los que no se encuentra la esterilidad.

En definitiva, se trata de un interesante trabajo, escrito en un lenguaje claro y sencillo, con utilización de extensa documentación, y que aporta nuevas consideraciones doctrinales en torno al problema de la reproducción asistida humana.

JUAN POZO VILCHES

JORDANO FRAGA, Francisco: «La sucesión en el *ius delationis*. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria *mortis causa*». Editorial Civitas, Madrid, 1990, 365 páginas.

El autor de la presente obra realiza un estudio detallado y completo de la sucesión en el *ius delationis*, por cuanto analiza los múltiples problemas que se suscitan.

La estructura básica de la obra se articula en tres partes: La primera se dedica a consideraciones preliminares, a continuación expone los antecedentes históricos y, por último, aborda el estudio del *ius transmissionis* en el derecho vigente.

Si pasamos a analizar más en detalle el contenido de la obra, observamos como, en las consideraciones preliminares, el autor sitúa el tema central de la investigación y manifiesta los objetivos (altamente logrados).

En la segunda parte el autor realiza un estudio histórico, imprescindible para interpretar las normas vigentes, comenzando con el Derecho romano, cuyo principio general negativo de la *transmissio* de la delación adquirida por el heredero voluntario o *extraneus*, debía ser matizado por la existencia de una serie de supuestos en que sí se producía, para terminar con el Proyecto de 1851 y el Anteproyecto de 1882-1888.

Tras el estudio de sus antecedentes históricos, se encara lo que forma el núcleo fundamental de la obra que comentamos: el régimen de la sucesión *iure transmissionis* en el Derecho vigente, que viene integrado por siete apartados.

El primer apartado comienza con un análisis de los dos modelos de técnica jurídica para regular la adquisición de la herencia: sistema romano y germánico, que coinciden en lo fundamental (hay *ius delationis* y los herederos del llamado-transmitente suceden en la misma posibilidad de adquirir la herencia que tal llamado tenía); y en lo accesorio está la diferencia (la técnica de regulación del despliegue de la voluntad adquisitiva). El autor sigue la opinión doctrinal mayoritaria, acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, adscribiendo el sistema adquisitivo de la herencia en el Código al modelo romano, y las razones en que lo fundamenta son: el detalle de la regulación de la aceptación, la ausencia de breve plazo para repudiar, los arts. 989 Cc y 440 Cc, así como el art. 1006 que ofrece indicios en la expresión «sin aceptar, ni repudiar».

En el segundo apartado, se estudia el concepto de *ius transmissionis* y lo que la *transmissio* significa respecto del régimen de la delación.

En el tercer apartado, bajo la denominación de «sucesión en el *ius delationis* y no disposición (transmisión) del mismo. Naturaleza y fundamento del efecto sucesorio», comienza señalando que el transmisario, adquirida la herencia del transmitente, sucede a éste (su causante), en el mismo *ius delationis* que, como llamado, tenía del primer causante, se produce un cambio subjetivo. La delación tiene un componente personalísimo que la hace indisponible por el llamado. El autor llega a esta conclusión, en contra de la postura de Albadalejo, de los propios fundamentos legales del sistema, y se ve confirmada por la concreta regulación de la adquisición de la herencia. La indisponibilidad del *ius delationis* por el llamado y el art. 1006 Cc son compatibilizables, diciendo que la sucesión no se produce como consecuencia de un acto de disposición del transmitente, sino como consecuencia de la ley. Igualmente, señala que el presupuesto necesario de la sucesión en el *ius delationis* ex art. 1006 Cc es la neutralidad dispositiva respecto del mismo o de la herencia del primer causante; en concreto implica que los transmisarios sean herederos del llamado-transmitente y que participen en la herencia del primer causante en la misma proporción señalada para la sucesión del llamado-transmitente, una diferente cuota entrañaría disposición. A continuación analiza el problema de la naturaleza jurídica, tema muy controvertido, viendo como resulta inocuo a los efectos de determinar su régimen jurídico, se trata de una cuestión de mera terminología; lo cierto es que el conjunto de poderes del llamado (*ius delationis* y sus poderes complementarios), de naturaleza extrapatrimonial e indisponible, no deja de ser conforme al art. 1006 Cc, posible objeto de sucesión.

Como consecuencia de lo anterior, la repudiación es *omissio acquirendi*, quien repudia es como si nunca hubiese sido titular del *ius delationis* y los llama-

dos sucesivos son titulares originarios del *ius* desde la muerte del causante. Posteriormente afirma que la finalidad de la *transmissio* es de equidad, esto es, el favorecimiento indiscriminado de los herederos del transmitente.

En el apartado cuarto, expone los presupuestos de la sucesión en el *ius delationis* de forma detallada. Interesa destacar el análisis de las diferencias entre el *ius transmissio* y la representación, instituciones incompatibles. También son especialmente significativas las páginas dedicadas a si es susceptible de sucesión *mortis causa* la delación que el llamado recibe con carácter condicional cuando se trata de condición suspensiva. No adquiere una delación eficaz, sólo hay una expectativa de delación, según el autor; ésta es la solución acogida por nuestro Derecho que salva la antinomia entre los arts. 759 y 799 Cc, indicando que el art. 795 Cc se refiere a la condición suspensiva (intransmisible, salvo la voluntad contraria del testador) y el art. 799 Cc se refiere a un término incierto (delación aplazada transmisible y es aplicable el art. 991 Cc). Se plantea el mismo problema en la sustitución fideicomisaria, llegando a la conclusión de que en la sustitución fideicomisaria pura y de residuo se le aplica el art. 799 Cc; mientras en la condicional el art. 759 Cc.

Mantiene el autor la tesis según la que jurídicamente es imposible que la sustitución vulgar sea preferente a la *transmissio*, sólo precederá ésta cuando haya sido excluida inequívocamente por el testador-primer causante.

En el apartado quinto y sexto, se señalan los efectos de la sucesión en el *ius delationis* para el transmisario, que recibe la misma delación en todos sus aspectos tanto la facultad alternativa principal y sus poderes accesorios. La adquisición derivativa de la delación para la primera herencia conlleva que el transmisario sobreviva al transmitente y tenga capacidad para sucederle.

Por último, en el séptimo apartado se examina la sucesión *iure transmissio* en el legado, tras un estudio de la adquisición de legado en el Código civil, llega a la conclusión de la existencia de un *ius delationis* genuino y piensa que es extensible la institución de la *transmissio*.

Todo el trabajo del autor se apoya en una extensa bibliografía así como en la continua cita de una amplia jurisprudencia y de un estudio de la compilación catalana y navarra y del derecho extranjero.

La obra es importante e imprescindible para el estudio de esta institución fundamental del Derecho de sucesiones.

EMILIANO MUÑOZ DE DIEGO

**LÓPEZ-MEDEL y BASCONES, Manuel: «Derechos y libertades en la Europa comunitaria»; Sociedad española para los Derechos Humanos; Madrid, 1992, 158 páginas.**

La preocupación de la doctrina civilista por los derechos de la persona humana, no es de hoy ni necesita justificación pues gráficamente se ha dicho que *ubi persona, ibi Ius civile*. Lo que acaso sea nuevo es la generalización del interés por

ellos al incluirse en el título primero de la Constitución de 1978. En la medida en que su defensa ha dejado de ser un punto programático de los grupos políticos, se ha producido una tecnificación que requiere conocimientos especializados de parte de los expertos.

Cuando terminen de sedimentarse los acontecimientos que hemos vivido — en parte todavía, estamos viviendo— en las postimerías del siglo XX, nos asombraremos de los pasos de gigante que se han dado en nuestro continente en orden al reconocimiento de la acción individual ante instancias internacionales en orden a la tutela efectiva de los derechos humanos, y ello ha originado el que las soluciones europeas estén sirviendo de modelo en otras regiones.

Ocurre, sin embargo, que siendo varios los centros impulsores de este imparable movimiento, no siempre marchan al unísono y resultan inevitables ciertas disonancias. De aquí la actualidad de estudios como el que recensiono, debido a la pluma de un joven jurista, anteriormente Secretario General y hoy Vicepresidente de la Asociación Española para los Derechos Humanos.

Sigue siendo cierto, por un lado, que los Estados asumen el papel de garantes normales de los derechos proclamados en las respectivas Constituciones, tutelados ante las supremas instancias judiciales (Tribunales Constitucionales, o sus equivalentes). Pero ello no puede hacer olvidar, por otro, la inestimable labor desarrollada por el Consejo de Europa, plasmada en la Convención de Roma de 1950. Sabido es que la Comunidad Europea tiene un ámbito territorial más reducido que el que se extiende a los países integrantes de aquél. De aquí los interrogantes que el libro plantea: ¿es conveniente que la CEE elabore un catálogo de derechos y libertades, más amplio que el puramente económico? ¿Pueden darse interferencias entre los Tribunales Constitucionales de los países miembros y el Tribunal de Estrasburgo?; caso afirmativo ¿cuál es el modelo más adecuado de dilucidarlas? El autor sintetiza así la doctrina que, tras algunas vacilaciones, ha sentado el Tribunal de Justicia de Luxemburgo: 1) Los derechos fundamentales y las libertades quedan contenidos en los principios generales de Derecho Comunitario; 2) Este Derecho prevalece sobre las normas internas, incluso constitucionales; 3) El Tribunal debe inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes, en los instrumentos internacionales y en los principios generales del derecho comunes a los estados miembros; 4) El Tribunal no puede admitir aquellos actos o medidas incompatibles o contrarios a los derechos individuales garantizados por las Constituciones nacionales; y 5) El Convenio de 1950 no vincula a las Comunidades europeas, por no formar parte de su derecho, pero tiene carácter inspirador del mismo y de *standard mínimo*. De esta manera se ha producido lo que algún autor denomina «comunitarización de los derechos humanos».

Los problemas económicos y políticos de la CEE pueden hacernos olvidar ese delicado tejido jurídico de derechos y libertades fundamentales que obras, como la presente tienen la oportunidad de recordarnos.



**RECALDE CASTELLS, Andrés: «EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE Y OTROS DOCUMENTOS DEL TRANSPORTE. Función representativa». Civitas, Monografías, Madrid, 1992, 437 pp.**

1. El conocimiento de embarque cuenta, por sus propiedades normativas, con un alto grado de aceptación en los medios comerciales y financieros del tráfico internacional. No sólo se valora, como antaño, la eficacia traslativa del título, ni tampoco su mera «eficacia representativa», sino muy especialmente la agilidad que es capaz de otorgar a los negocios jurídicos en los que se utiliza; no olvidemos que, como ya dijera Vivante, la práctica mercantil es más propicia a las ventajas que le pueda ofrecer un título que a sus peligros siempre que evite sufrir las trabas de las formalidades, ya que, aun cuando tengan por objeto una mayor seguridad jurídica, suelen ser gravosas para casi toda actividad comercial.

El autor centra su estudio en el conocimiento de embarque como título tradicional de documentación del transporte internacional, si bien desarrolla en el último capítulo algunas cuestiones sobre nuevos títulos y formas de documentación, todos ellos de gran actualidad y vigencia en la práctica, como los «*seawaybills*» o los documentos del transporte multimodal (MTD).

Nos encontramos, sin duda, ante una obra densa, fruto del estudio llevado a cabo por el autor para la preparación de su tesis doctoral. Ha sido, por lo demás, prologado por su Director, el profesor José M.<sup>a</sup> Gondra, quien parte de la afirmación de que Andrés Recalde presenta en este trabajo resultados «razonadamente seguros» y conectados directamente con la realidad vital; tal recomendación sobre un estudio hecho en profundidad —y no sólo con soluciones y presupuestos «razonables»—, parece garantizar al lector una información y un aprendizaje también seguros sobre la materia.

2. La monografía está dividida en dos grandes partes. La primera de ellas se centra en la *eficacia representativa del conocimiento de embarque «en sentido estricto»*, y la segunda en la misma eficacia «*en sentido impropio*», es decir, fundamentalmente, su aptitud comercial. No obstante, no se trata de dos bloques absolutamente distintos, sino que gozan de suficiente continuidad como para referirnos a los cuatro grandes capítulos en que subdivide el autor su propia obra. Los preceden el ya mencionado *prólogo*, un *preliminar* de agradecimientos del autor y una *introducción* a los conceptos básicos de que se tratará a continuación (pp. 39-43). Entre otros, dicha introducción, nos ofrece el concepto de *conocimiento de embarque*, su reflejo del derecho de crédito que nace de la obligación contraída por las partes, y su doble función, «*prima facie*» de representar a las mercancías transportadas, así como de evitar la gravosa inmovilización de su valor económico (p. 40). (Tal argumentación la podremos encontrar de nuevo, por ejemplo, en la p. 350, para defender el carácter de título valor de algunos —aunque no todos—, de los modernos títulos de transmisión en el comercio internacional; así, el Documento de Transporte Multimodal, MTD).

Junto a la función representativa del conocimiento de embarque, tradicionalmente también se ha estudiado su función traslativa. Como señala el autor, el origen de esta última función se halla en la celebración de largos viajes, en el interés

en llevar a cabo operaciones especulativas sobre las mercancías en viaje y en la tutela del destinatario. Sin embargo, habrá que tener en cuenta las nuevas tendencias y tecnologías en el comercio en general —y en el internacional en particular—; en tal sentido, es necesario atender a los transportes multimodales, a la no negociabilidad de determinados títulos valores, o a la desmaterialización de los títulos —por ejemplo, a través de los soportes informáticos—. Por tanto, señala Recalde que será fundamental estudiar si, ante las nuevas necesidades, el conocimiento de embarque es capaz de desempeñar idénticas funciones, si son imprescindibles los nuevos documentos y si ellos pueden cubrir dichas parcelas del ordenamiento.

La PRIMERA PARTE, como decíamos, lleva por título genérico el de «*La función traslativa del conocimiento de embarque. La eficacia representativa en sentido estricto*». Abarca los capítulos I y II. El capítulo I versa sobre «*La construcción dogmática de la «función traslativa» del conocimiento de embarque*». Tal vez, lo más llamativo en estas primeras páginas es la crítica a la expresión «eficacia representativa» del conocimiento. Esta crítica la podemos encontrar en otros pasajes de la obra. Así, por ejemplo, lo leemos de nuevo en la nota 42, en donde señala que es más correcto hablar de «eficacia traslativa» o «jurídico-real» de la *transmisión* del conocimiento de embarque que la misma referencia a la eficacia representativa, como se recoge con precisión en el derecho alemán o en el derecho suizo. En opinión del autor, la expresión «eficacia representativa» se utiliza como mero recurso estilístico, fundamentalmente como simbolismo terminológico (p. 49).

A continuación el autor se refiere a la opinión que considera implícito en el conocimiento de embarque no sólo un derecho de crédito, sino también un *derecho real*; el problema se plantea dado que el conocimiento de embarque se inserta en distintas operaciones negociales, y el derecho que se transmite es diverso según el contenido de esa operación. Sin embargo —precisa—, afirmarlo así sería como afirmar que lo que caracteriza al conocimiento de embarque frente a los demás títulos valores sería el contenido o la naturaleza del derecho documentado (p. 51). Lo que realmente caracteriza al conocimiento de embarque y permite una construcción dogmática sobre ese documento es su proyección sobre «cosas específicas», sobre *mercancías*, así como su unívoca conexión con el contrato de transporte marítimo (p. 52); por ello parece inaceptable en opinión del autor, la afirmación simple y llana según la cual el conocimiento «incorpora un derecho real». (p. 53).

Asimismo recoge el autor la aportación de Goldschmidt en punto a la transmisión del conocimiento como transmisión de la *posesión* de las mercancías; no obstante —señala— a pesar de su correcta construcción, tal teoría plantea el problema de la profunda modificación del marco legal en el que se basaba su estudio para ser admitida en nuestros días.

Hay que tener en cuenta, por lo demás, que en cada ordenamiento jurídico la entrega del conocimiento de embarque tiene un valor distinto. De ello, de tal diversidad, nace la abundancia de estudios comparativos sobre la eficacia representativa del conocimiento en la doctrina europea y especialmente en la germana

(nota 28), y también por ello, los progresos de *unificación* del Derecho sustantivo sobre esta parcela del derecho marítimo internacional dejan fuera los aspectos jurídico-reales ligados a la transmisión del título.

Tras la aproximación doctrinal al concepto de eficacia representativa se trata la consideración de la eficacia *traslativa* del conocimiento de embarque en cuatro grandes sistemas jurídicos: en el germánico de tradición real (pp. 62-74), en el latino-francés de transmisión consensual (pp. 74 a 86), continúa con la eficacia traslativa del conocimiento de embarque en Derecho anglosajón (87 a 93), y se concluye con el planteamiento en el Derecho español (pp. 93 a 106).

Al igual que se hará en los capítulos posteriores, el estudio de la materia se lleva a cabo *contrastando distintos ordenamientos e incluso sus raíces históricas*. Sin embargo —destaca el autor— uno de los principales problemas en el estudio del Derecho comparado es el riesgo de importar de manera indiscriminada doctrinas extranjeras que no siempre serán compatibles con nuestro sistema jurídico. Probablemente así ocurriría, en su opinión, con el derecho y doctrina italianos. En cambio, le parece «imprescindible» seguir directa y puntualmente las construcciones doctrinales alemanas, por ser el alemán un ordenamiento en donde se ha estudiado el tema con rigor, y porque sí es un sistema jurídico aplicable al español, al venir a coincidir en ambos el concepto de tradición como uno de los elementos constitutivos del acto de transmisión de los derechos reales.

Sobre el ordenamiento alemán, se incide en especial en la doctrina alemana más reciente que considera —como ya hicieran las antiguas teorías absolutas— el conocimiento de embarque como un *título valor*; a través de esta postura se llega a resultados similares a los de dichas teorías sobre la representación; vendrían a resumirse en que el conocimiento de embarque sería una forma *especial* de entrega que, además, supone una evidente simplificación frente a las normas estrictamente civiles de la *traditio*.

En el sistema latino-francés, el autor trata de determinar si la transmisión de los derechos reales sobre las mercancías embarcadas representa o no una forma especial de transmisión (p. 79). Por un lado, el Derecho francés carece de preceptos en donde se recoja, como hace el Derecho alemán, el expreso reconocimiento legal de la eficacia traslativa del documento. En cambio, el Derecho italiano sí lo hace, atribuyendo al poseedor del título el derecho a la *entrega* de las mercancías especificadas, la *posesión* de las mismas y el poder de *disponer* mediante la transmisión del título (p. 80). Por principio, el conocimiento de embarque «representa a las mercancías» únicamente porque puede atribuir su posesión; se convierte, por ello, en un título que permite disponer sobre las mercancías en ruta, siendo la finalidad fundamental de la entrega del conocimiento de embarque la de *reforzar* la circulación de las mercancías. Por sí sola no implica la transmisión del dominio, pero sí la *presunción* de que con la entrega del conocimiento se transmite la propiedad de las mercancías.

En el Derecho anglosajón el título se considera «símbolo» de las cosas (p. 89). El conocimiento de embarque se considera un «*document of title*», representa a las mercancías, que sólo podrán reclamarse si se presenta el documento debidamente endosado; de hecho, el conocimiento de embarque para los anglosa-

jones no constituye un «*negotiable instrument*», de modo que si el transmitente no era el propietario de las mercancías, el comprador no puede adquirirlas *a non domino*, salvo supuestos excepcionales. (V. al respecto, las notas 106 y 107). De hecho, esta característica es la que da base al estudio, en las páginas 374 a 398, de los títulos «no negociables».

Por su parte, en el *Derecho español*, cabe analizar las posibilidades que se abren a las formas consensuales de tradición donde falta el desplazamiento material del bien transmitido. En consecuencia, se estudia si la transmisión del conocimiento de embarque constituye, *por sus efectos*, un modo peculiar de tradición distinto de los demás modos previstos por el Código Civil. En la *doctrina española*, no está reconocida a nivel jurídico la eficacia traslativa del documento de transporte marítimo, si bien, como se señala en la nota 126, cabría acudir al artículo 708 del Código de Comercio (C.com.) para fundamentar tal postura, aun cuando las propiedades normativas de los títulos valor no parecen coincidir exactamente con las del conocimiento de embarque.

En el capítulo II, bajo el título de «*Transmisión y constitución de derechos reales a través del conocimiento de embarque*», se estudia el grueso de la doctrina general sobre la «*traditio*» en el conocimiento de embarque. Sin duda, la importancia de este capítulo radica —como escribe el profesor Gondra en el prólogo— en que, si bien no se discrepa sensiblemente de las conclusiones tradicionales, Recalde Castells contribuye con una «mejor y más depurada fundamentación dogmática» y su trabajo representa «un progreso respecto al estadio anterior de nuestra doctrina» (pp. 29 y 30).

En efecto, comienza el autor con el análisis de la transmisión del conocimiento como transmisión del crédito a la entrega de las mercancías; en definitiva, como transmisión de la posesión mediata de dichos productos. Tras afirmar que no caben más tipos de *traditio* que los regulados por la ley (p. 108), expone los requisitos de la tradición real en el derecho español, a saber: Título y modo suficientes, y correcta transmisión con arreglo al régimen de circulación del conocimiento. El único supuesto en que, en opinión del autor, procede la adquisición «*a non domino*» sería el de la *interversión posesoria*; en él se contempla acertadamente (p. 163) la situación del portador que continúa siendo poseedor inmediato aunque pase a poseer para sí.

Una característica destacada de este Capítulo II es la constante ejemplificación y planteamiento de supuestos concretos. Así, se cuestiona el autor —p. 165— qué ocurre si existe una *pluralidad de ejemplares* del título, del conocimiento. En principio, en el derecho español, a diferencia del anglosajón o del alemán, siempre existirán cuatro ejemplares: el del cargador, el del destinatario, el del capitán y el del naviero, sin perjuicio de la posibilidad de que, además, se extiendan duplicados. Pues bien, el autor nos remite, ante todo, al estudio del art. 707 C. com. vigente y al C. com. de 1829 —que, a juicio de Recalde contenía un sistema mucho más perfecto en materia de fletamentos— (v. la nota 243). A continuación expresa su criterio en favor de considerar auténtico título-valor al ejemplar del consignatario-destinatario (p. 167), pues los demás tendrían una mera eficacia probatoria en relación con el contrato de transporte. Conviene indicar, en

todo caso, que este problema de la pluralidad de ejemplares no se trae a colación de manera gratuita; muy al contrario, su interés se descubre en el momento en que se produce su circulación independiente, ya que en tales casos, habrá que combinar los principios de la legitimación cartular del poseedor de todo título valor, el principio de prioridad y el de prevención (p. 172 y 173).

En la misma línea ya reseñada de ejemplificación explica el autor la cuestión del «*stoppage in transitu*» (p. 183 y ss.) que también presenta soluciones diferentes en los ordenamientos estudiados en el libro. Por ejemplo, en derecho alemán hay que relacionarlo con el derecho de contraorden —al que volverá a referirse en las pp. 240, 247 y 251—; por el contrario, las tesis latinas suelen reconocer al «*stoppage*» autonomía propia, por la distinta concepción sobre la legitimación que rige en uno y otros. Como es sabido, en los ordenamientos de raíz latina solamente estaría legitimado para detener y/o modificar la ejecución del contrato de transporte el cargador que concluyó el contrato de transporte en su propio nombre con el porteador.

Con el capítulo III comienza la SEGUNDA PARTE de la monografía, referida a la «*Eficacia representativa en sentido impropio*». Nuevamente, hemos de acudir —sugiere el autor—, al plano internacional y al Derecho comparado. Por un lado, porque el sistema de derechos reales y de la transmisión de los mismos difiere grandemente en los distintos países, como se señala en la p. 206, y, por otro, porque la unificación internacional en esta materia es difícil y «escasamente útil». Según se indica en la p. 208, puede resultar más interesante y clarificador estudiar las distintas fases o estadios del fenómeno contractual de la transmisión del dominio, que el instante de la transmisión en sí.

En esta sede, el autor vuelve a mostrar su preferencia por exponer los aspectos problemáticos al hilo de cuestiones concretas. Así, se hace hincapié en la diferenciación entre conocimiento de embarque y *carta de porte* (p. 216), a cuyo respecto es muy ilustrativa la nota 336; se insiste de nuevo en la distinción entre la eficacia traslativa del título y su aptitud para representar las mercancías, distinción claramente recogida en el derecho alemán (p. 219); se estudia asimismo la relación entre el contrato de transporte, la transmisión de las mercancías y la posible figura de los contratos a favor de tercero (p. 234 y ss. y nota 442).

En definitiva, con todo ello se trata de demostrar —como se señala en la p. 242— que en el tráfico conviven dos esquemas documentales: el que rige en los contratos de *transporte marítimo* y el que se aplica al *transporte aéreo y terrestre*. (A éste último grupo habremos de añadir, como se indica en la nota 405, el transporte fluvial). En el transporte marítimo se exige que los documentos sean títulos-valor, mientras que los documentos del aéreo, terrestre y fluvial gozan de naturaleza meramente probatoria del contrato y de la recepción de las mercancías.

Tampoco deja de lado el autor la referencia a los *créditos documentarios* de tan gran importancia en el comercio internacional. Aun cuando la obra no se centra en ellos, su análisis resulta imprescindible. Volverá a referirse el autor a tales títulos en las pp. 318 y ss., al tratar de la literalidad del documento y de la importancia de los denominados «conocimientos limpios», conforme a las Reglas y

Usos Uniformes. Lo mismo ocurre con la comparación del conocimiento de embarque con otros títulos valor como la *letra de cambio* (pp. 265 y ss.). En este último aspecto, resulta de gran utilidad estudiar los títulos *nominativos* en comparación a los títulos *al portador*, pues los problemas que plantean serán distintos en ambos casos. Basta pensar en el régimen de excepciones, por ejemplo (v., al respecto, la nota 452), o el aparente debilitamiento del efecto de «incorporación» del derecho al título (p. 274).

Otra cuestión enormemente interesante es el de la «causalización» material de la obligación cartular del conocimiento de embarque por la expresa incorporación en el documento de determinados pactos o su entera relación; a pesar de ser posible tal situación, el título no dejará de gozar de su carácter *abstracto* (p. 276). Junto a ello, en las pp. 298 y ss., Recalde estudia el valor probatorio del conocimiento de embarque en las Reglas de La Haya/Visby, el problema de la introducción de «reservas» en el documento, la ineficacia de las «reservas de desconocimiento», sean estampilladas o estén directamente impresas en el conocimiento antes de su emisión (pp. 301-302); igualmente se analiza el sistema de responsabilidad del porteador; (sobre ello es muy ilustrativa la nota 530). Por último, aunque sin ánimo exhaustivo, se expone el régimen de tutela de los terceros, que, para el autor, permite apreciar con «particular claridad la distinta naturaleza del conocimiento de embarque como documento *probatorio respecto del receptum* y como *título-valor* abstracto en el plano jurídico negociado» (pp. 310-311).

Finalmente, el *capítulo IV* se refiere a las «*Nuevas formas de documentación del transporte*», como señalábamos al comienzo de esta recensión. Se estudian en primer lugar las nuevas técnicas del transporte y su influencia en la relación estricta de compraventa así como en la relación de financiación; la trascendencia que tienen y han tenido los contenedores en el transporte internacional; la nueva estructura empresarial del transporte (p. 328), caracterizada por la superespecialización y la evolución del comisionista de transporte a la figura del MTO (Operador del Transporte Multimodal) —recogida en la Convención de NNUU, sobre dicha modalidad de transporte—. Presentan especial interés los argumentos del autor en favor de la caracterización del MTD como título valor frente a los denominados «*seawaybills*», que cabría equiparar a las cartas de porte marítimas y que «carecen de las propiedades típicas de los títulos valor» (p. 389). Asimismo se compara el MTD con los documentos análogos emitidos por los comisionistas de transporte, y con las cartas de garantía bancarias que sustituyen en ocasiones al conocimiento de embarque, aun cuando su diferenciación queda clara por no ser las cartas de garantía oponibles a terceros (p. 378). Por último, en las pp. 398 hasta el final, se trata la sustitución de los soportes físicos tradicionales de los títulos valores por los nuevos sistemas de soportes informáticos. En fin, se recogen, cuanto menos, las menciones a los grandes temas de las nuevas formas y cláusulas de documentación y nuevas formas y técnicas de comunicación y transporte.

3. Tras la lectura de la obra parece posible afirmar su evidente importancia para el mundo del Derecho. La dificultad del tema no pasará desapercibida al jurista. De un lado, la bibliografía española es bastante escasa en esta parcela de la especialidad, por lo que su estudio no resulta nada fácil al investigador. En tal sen-

tido parece fundamental hacer referencia al tratamiento del Derecho comparado en esta obra: no se plantea como una mera recopilación de datos, sino como un auténtico estudio, es decir, elaborado, estructurado, aplicado a los casos y problemas concretos. De otro lado, la exposición exige doble esfuerzo, porque deviene necesario combinar, al mismo tiempo, conocimientos bien consolidados de Derecho civil —en diferentes planos— y de Derecho mercantil. Si, además, atendemos al esfuerzo de análisis, armonización y globalización del tema, a su actualización doctrinal y legislativa y al gran acopio bibliográfico que lleva a cabo, se confirman las buenas previsiones expuestas en el prólogo sobre la densidad y calidad del trabajo presentado.

M.<sup>a</sup> PILAR BARRÉS BENLLOCH

**SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos: *La innavegabilidad del buque en el transporte marítimo*, Madrid, Editorial Civitas, 1992, 194 pp.**

I. En el momento presente parece que estamos asistiendo en nuestro país a un resurgimiento de los estudios doctrinales relacionados con la disciplina del Derecho marítimo a tenor del creciente caudal de obras que prestan su atención a esta parcela jurídica (1). Ello, sin embargo, no quiere significar que el tratamiento jurídico de los aspectos tanto privados como públicos relativos a las actividades del mar, cobren una relevancia similar a la que se dispensa por citar un ejemplo, al régimen legal de las sociedades. Más bien, se trata de poner de relieve el incremento significativo de estos estudios en contraste con el escaso interés que nuestra doctrina habría mostrado, particularmente en los dos últimos decenios. Este renovado empeño, cuyo origen es difícil de desentrañar, puede servir para poner fin a los largos años de penuria investigadora en una de las ramas del derecho más necesitadas de adaptación a su entorno, por el manifiesto desfase del ordenamiento vigente para hacer frente a las controversias surgidas en el tráfico marítimo.

En esta línea revitalizadora del Derecho Marítimo ha de enmarcarse el trabajo que nos ocupa. Así lo pone de manifiesto el propio prologoista, el profesor Aníbal Sánchez, que recaba el esfuerzo de las nuevas generaciones de investigadores en orden a proseguir en esta tarea regeneradora de la disciplina, de cuya ausencia tanto se ha resentido. En este sentido, se aborda en la obra el estudio de las condiciones técnicas que debe reunir el buque para realizar una travesía, y lógicamente, de las consecuencias patrimoniales originadas en el caso de su incumplimiento. A pesar de que la monografía es-

---

(1) Entre otras, cabe destacar la publicación reciente de MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *Los contratos de explotación del buque. Especial referencia al fletamento por tiempo*, Barcelona, 1991; HILL PRADOS, *Los clubs de protección e indemnización en el campo del seguro marítimo*, Barcelona, 1992; RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Estudios de seguro marítimo*, Barcelona, 1992; GÓMEZ CALERO, *Derecho de las averías y de los accidentes marítimos*, Madrid, 1992; CLAVERO TERNERO, *Clubs de P. & I.*, Madrid, 1992. En esta misma esfera aunque desviándose hacia cuestiones más relacionadas con la documentación, RECALDE, *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. Función representativa*, Madrid, 1992.

boza una visión completa de los ámbitos donde juega un papel relevante esta cuestión, centra su atención en las implicaciones que arroja su inexistencia en el transporte marítimo; por este motivo, el estudio ha de ceñirse al análisis del régimen de responsabilidad inferido del incumplimiento de esta condición, que deberá respetar los postulados del derecho del transporte, tronco común al que paulatinamente se acerca el régimen del transporte marítimo.

II. Esta obra arranca con un breve recorrido sobre un elenco de instituciones marítimas (p. 21 ss.) que acogen el concepto de navegabilidad como criterio determinante para fijar las responsabilidades dimanantes de las relaciones ejercidas en el tráfico marítimo. El examen de estas instituciones afectadas en mayor o menor medida por la obligada presencia de esta cualidad del buque para navegar reviste un innegable interés, aunque acaso deje insatisfechos a quienes deseen encontrar algo más que unas nociones preliminares. Entre las instituciones analizadas en estrecha conexión con la navegabilidad, que abarcan desde el concepto del buque (p. 21 ss.) hasta su construcción y compraventa (p. 24 ss.), pasando por la emisión de los certificados acreditativos de la seguridad requerida (p. 25 ss.), sobresalen a nuestro juicio, por su especial incidencia en la vertebración dogmática del contrato de transporte, *los contratos de utilización del buque* a la vista del papel fundamental que desempeña la navegabilidad del buque en estos instrumentos de aprovechamiento económico de la nave. A este respecto, se examina en la obra, el cumplimiento de la condición de navegabilidad del buque tanto al inicio como durante el transcurso de la expedición en aquellos supuestos en que aquél sea regentado —en sus diversas formas— por un no propietario (p. 30 ss.). Si bien no parece suscitar controversias importantes la naturaleza de la obligación del mantenimiento de la navegabilidad a lo largo de la ruta marina, plasmada en la adopción de las medidas razonables para mantener el buque en condiciones de navegar, no sucede lo mismo con la exigencia de que la nave se encuentre inicialmente en las condiciones adecuadas para la navegación. En este punto, pese a la génesis común de esta obligación, se observan posturas divergentes en las regulaciones internas de cada país; así, aún cuando en los países de la esfera anglosajona persiste su condición de *verdadera garantía*, en los ordenamientos francés e italiano, influidos por las orientaciones acogidas en los acuerdos internacionales en esta materia, se ha perdido su original naturaleza, y se concibe como una *mera obligación de diligencia*. Dicha discrepancia en modo alguno puede ser tildada de satisfacer planteamientos exclusivamente teóricos; antes bien, la pertenencia a uno u otro sistema lleva aparejada contrapuestos regímenes de responsabilidad ante el incumplimiento de esta condición, —responsabilidad objetiva/responsabilidad por culpa, respectivamente— que dan idea de la importancia que un ordenamiento se haya inclinado por consagrar uno de ellos. En esta tesitura, cabe destacar el conservadurismo de que hace gala nuestro ordenamiento en este aspecto del derecho marítimo, al mantener dicha obligación enmarcada dentro de los caracteres de una verdadera obligación de garantía, sustentados en el art. 676 C.Com. y aplicable tanto al arrendamiento del buque a casco desnudo (p. 31) como a los supuestos de fletamento por tiempo (p. 33) y fletamento por viaje (p. 35). La presencia de este precepto, no puede hacernos olvidar, sin embargo, la tendencia inferida del tenor de las pólizas más habituales en el tráfico a mitigar en gran parte esta proyectada severidad.



En esta sección introductoria, merece la pena detenerse asimismo en la sumaria visión dispensada al *seguro marítimo* (p. 41 ss.), que se revela como uno de los institutos en los que mayor protagonismo desempeña la condición de navegabilidad del buque. A tal extremo llega su incidencia, que, como recalca el autor, en los ordenamientos de la esfera anglosajona, sin perjuicio de ciertas particularidades, su presencia inicial se ha erigido en presupuesto básico del contrato, y por consiguiente, en condición indispensable para proceder a la indemnización del asegurado. Otras regulaciones, la francesa e italiana, señaladamente, discurren por otros derroteros que adoptan como elemento de referencia el criterio de la culpa del asegurado para determinar la pertinencia del pago indemnizatorio; en concreto, solamente se procederá a indemnizar al asegurado en aquellos casos en que éste no hubiere provocado culposamente la producción del siniestro a causa de la presencia de vicios propios. Dicho régimen, puede ser extrapolable al contemplado en nuestro Código, que pese a no revestir grandes dosis de claridad, se alinea en estos mismos parámetros normativos.

III. Comienza la segunda parte (p. 47 ss.) bajo el marco de la obligación de navegabilidad del buque dentro del ámbito genérico de la actividad de transporte. Este proceder pretende justificar la existencia de esta específica obligación en el ámbito del transporte marítimo, ante la nula incidencia normativa que la falta de aptitud del medio reviste en otros tipos de transporte. Ahondando en este aspecto, el autor estima que el motivo de este particular tratamiento reside en los graves riesgos que entraña la expedición marítima a la hora de su ejecución, superiores sin lugar a dudas a los nacidos en el resto de los transportes (p. 54-55). Dicho esto, consideramos oportuno, no obstante, ir más allá en esta reflexión. Acaso no deba olvidarse que la obligación de navegabilidad ocupaba desde antiguo un puesto fundamental en la configuración del contrato de fletamento; en éste, dicha obligación se vinculaba estrechamente a la obligación genérica del fletante de poner el buque a disposición del fletador en las condiciones adecuadas para la navegación. Esta particularidad, fruto de la relación contraída entre el propietario de la carga y el armador, se manifestaba exclusivamente en el ámbito marítimo, terreno en el cual el fletamento emergía. Además de este rasgo diferenciador perceptible en la génesis del tráfico de mercancías por mar, se hace palpable también la presencia de riesgos que amenazaba seriamente la culminación con éxito de la expedición marítima; estas inciertas perspectivas aconsejaron atenuar por vía contractual la responsabilidad estricta que pesaba sobre el porteador marítimo. Como es de suponer, este régimen dispositivo deparaba evidentes desventajas al cargador por cuanto propiciaba en muchos casos, la irresponsabilidad del porteador por los daños producidos en la custodia de los bienes transportados. Con el fin de paliar dicho desequilibrio en las relaciones patrimoniales cargador-porteador, se obliga al porteador a tener el buque en las condiciones mínimas de navegabilidad para que pueda afrontar las inclemencias marítimas. El fundamento de la obligación de navegabilidad del buque reside, por tanto, a nuestro juicio, en el deber que recae sobre el porteador de emplear un buque con las máximas garantías técnicas en orden a que pueda culminar con éxito la especialmente azarosa travesía proyectada; ante la presencia de estos contratiempos surgidos en el mar, es por lo que se debe pres-

tar una especial atención a que el buque esté en plenas condiciones; si a pesar de cumplir esta premisa, las mercancías sufrieran daños, ello se deberá a otros elementos ajenos a la esfera de actuación del propio porteador. El reiteradamente expresado particularismo del Derecho Marítimo encuentra aquí, por tanto, uno de sus fundamentos más significativos. Sobre este extremo, empero, no me resisto a señalar una interesante tendencia surgida en la doctrina inglesa que atribuye a la noción de navegabilidad, de indiscutible raigambre marítima, el *carácter de módulo referencial* en orden a determinar la idoneidad de los medios de transporte no-marítimos para acometer eficazmente su tarea, a tenor de los nuevos riesgos que entraña dicha labor, propiciados mayormente por la tecnificación de los vehículos de transporte (2). Dicha orientación, ciertamente minoritaria, aunque atractiva por el renovado punto de vista que representa, supondría una fisura en la consideración de la navegabilidad como institución cuyo ámbito de aplicación se reduce a la esfera marítima.

En el siguiente capítulo acomete el autor la tarea de perfilar la noción de navegabilidad a través de un repaso a las distintas concepciones aparecidas a lo largo del proceso de formación del concepto; dejando a un lado las referencias de carácter eminentemente histórico (p. 57 ss.), se advierte nítidamente en la génesis del concepto moderno de navegabilidad el significativo influjo de la regulación contemplada en los regímenes del «*Common Law*». Desde una perspectiva estrictamente normativa, se observa que los ordenamientos continentales agrupaban en sus respectivos Códigos bajo la noción de navegabilidad tanto el correcto estado del buque para navegar como su adecuado equipamiento para realizar el viaje, recibiendo genéricamente la denominación de *navegabilidad técnico-náutica* (p. 68-69). No obstante, esta concepción estricta recogida en la mayoría de los Códigos de Comercio, va a ser objeto de una significativa ampliación; la labor jurisprudencial llevada a cabo en los países anglosajones incorporó dentro de la noción en cuestión la aptitud del buque para transportar la carga encomendada; este segundo carácter, que constituyó un valioso hallazgo por parte de los tribunales ingleses, ha sido designado con el nombre de *navegabilidad comercial* (p. 72). Como era de prever, la integración de ambas concepciones se extendió al resto de países ajenos a la esfera anglosajona a tenor del dominio náutico-comercial ejercido por la metrópoli inglesa, que se tradujo en la redacción del Convenio de Bruselas, que implícitamente refrendaba la remozada noción; por ello, la navegabilidad, entendida en un sentido amplio, encuentra acomodo legal en los ordenamientos internos, si bien reviste un *carácter relativo*, lo cual revela que el

---

(2) Véase, GLASS/CASHMORE, (*Introduction to the Law of Carriage of Goods*, London 1989, paras. 1.35) donde se acuñan los términos de «*roadworthiness*» y «*railworthiness*», tomando como referencia el reconocido vocablo «*seaworthiness*», para denominar a las condiciones técnicas que han de reunir los vehículos de transporte por carretera y los trenes, respectivamente, para ejercitar su actividad de transporte. Por otra parte, CLARKE, (*International Carriage of Goods by Road; CMR*, London, 1982 (hay 2.<sup>a</sup> Edición, 1991) p. 113-114) llega a emplear la noción de navegabilidad como criterio interpretativo adecuado para hallar las soluciones planteadas en estas cuestiones en el ámbito terrestre; v.gr., qué se entiende por «viaje» a los efectos de la necesaria idoneidad del vehículo terrestre.

cumplimiento de esta condición ha de ajustarse propiamente al viaje proyectado y a la carga contratada.

IV. En esta última sección el autor afronta el aspecto más relevante de la navegabilidad del buque en el transporte marítimo: el alcance del cumplimiento de dicha obligación. Aquí radica el punto cardinal de esta exposición en la que se pretende delimitar la significación de la navegabilidad y de las cuestiones surgidas en su entorno a nivel internacional. Para este análisis, se ha decidido el autor por el empleo del método histórico-comparativo que tan fructíferos resultados depara en el estudio de las instituciones marítimas. Su tratamiento cabe dividirlo, siguiendo un criterio estrictamente cronológico, en dos partes: la obligación de navegabilidad a tenor de la regulación normativa anterior al Convenio de Bruselas (p. 77 ss.) y la referida obligación bajo la vigencia del Convenio de Bruselas (p. 121 ss.), tornándose en conclusión, todavía sin plena eficacia, las consideraciones vertidas sobre esta obligación de navegabilidad en las Reglas de Hamburgo (p. 167 ss.).

Por lo que se refiere a la primera parte, pudiera parecer supérflua la exhaustiva atención prestada a los sistemas consagrados en los ordenamientos internos ante la evolución de la situación normativa internacional. La visión evocada ofrece, sin embargo, una provechosa panorámica de la cuestión en las regulaciones de los distintos países que sirve para conocer la normativa jurídica que disfrutaban en sus respectivos ordenamientos y bajo cuyos auspicios se presentaron las correspondientes delegaciones a la redacción del Convenio de Bruselas. A este respecto, se vislumbra nítidamente, el peculiar tratamiento de la obligación de navegabilidad en el seno del Derecho inglés, en el que se configura como *una verdadera garantía* — *«implied undertaking of seaworthiness»* — (p. 80) exigible al comienzo del viaje y alegable siempre que se acredite la existencia del nexo causal entre la falta de navegabilidad y del daño producido. A pesar de formar parte asimismo de los postulados del *Common Law*, la postura norteamericana (p. 89-90), con arreglo a su condición de país cargador, optó por atribuir al porteador el *ejercicio de la debida diligencia* en poner el buque en estado de navegar sin que cupiesen exoneraciones formuladas contractualmente; mas el cumplimiento de dicha obligación se reforzaba intensamente al erigirse ésta en una condición previa a la invocación de cualesquiera causa de exoneración (art. 2 Harter Act). Por lo que atañe a los ordenamientos continentales, sus postulados hundían sus raíces originariamente en las antiguas Ordenanzas francesas de la Marina del siglo XVII a partir de las cuales se elaboraron los preceptos relativos al comercio marítimo en el Código de Comercio francés. La trascendencia europea de este cuerpo normativo sobre el resto de los ordenamientos europeos continentales propició que genéricamente se estimase la obligación de navegabilidad inicial con un *carácter de garantía objetiva* (p. 96, 101) — con la salvedad del ADHGB, reflejada en su Art. 560 —, cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad del porteador cuando existiere un nexo causal entre la posible navegabilidad y el daño producido; bajo esta pretendida rigurosidad, sin embargo no debe ocultarse el creciente empleo de los pactos de exoneración como instrumento comúnmente admitido, que convertía, en la mayoría de las ocasiones, a dicha obligación de garantía en

una mera obligación de diligencia. Mención aparte merece nuestro ordenamiento, que pese a consagrar análogos postulados, fija erróneamente la duración de la obligación de la navegabilidad inicial, puesto que, según el art. 676 C.Com., se extiende dicha obligación hasta el *momento de la recepción de la carga*; esta reducción temporal en el cumplimiento de la obligación de navegabilidad carece de sentido en una regulación que ha de velar por la idoneidad del buque para realizar el transporte encomendado, al menos durante el tiempo en que se encuentra bajo un control directo, cual es, en el instante en que la nave zarpa, tal y como lo reflejan el resto de los ordenamientos.

Reviste asimismo interés las diferencias trazadas someramente acerca de los planteamientos defendidos sobre la obligación de navegabilidad en la génesis de las Reglas de La Haya traducidas en el Convenio de Bruselas de 1924. El conflicto de intereses abierto entre los países cargadores (entre otros, USA) y aquellos dedicados mayoritariamente a la actividad armadora (Inglaterra, señaladamente) se erige en motivo principal del movimiento tendente a la uniformación normativa que inunda el panorama internacional a finales del siglo XIX y principios del presente. Este proceso es analizado con esmero (p. 111 ss.) aunque, claro está, focalizado en el terreno de la navegabilidad. El objeto de estas páginas persigue desentrañar la interpretación «auténtica» de los preceptos en cuestión, mediante el análisis de los debates previos a la redacción de las Reglas que permiten apreciar las intenciones abrigadas por sus autores en el momento de su elaboración.

Pero acaso sea al final de la monografía a la que estamos prestando atención, donde surjan para el jurista maritimista las cuestiones de mayor interés, cuya respuesta, sin embargo, requería esta previa labor retrospectiva. En esta última sección se analizan distintas cuestiones. El autor comienza por subrayar que bajo el imperio del Convenio de Bruselas, la obligación de que el buque esté en condiciones idóneas de navegación reviste un carácter de *mera obligación de diligencia* (p. 127 ss.); esta concepción, que dulcifica los parámetros de responsabilidad reinantes en el mundo anglosajón, debe ser, no obstante, concretada. A tal fin, se invoca la alocución inglesa «*due diligence*», cuyo contenido sirve como módulo estandarizado de delimitación de las funciones imputables al porteador en este terreno. En este sentido, el autor defiende el «*carácter personal e indelegable*» del ejercicio de dicha diligencia, desde el momento en que es exclusivamente imputable al porteador pese a que provenga de actuaciones realizadas por sus tripulantes: la cuestión, se complica ciertamente, cuando la falta de la diligencia debida encuentre su origen en la negligente actuación de empresas independientes contratadas por el porteador para dicho fin; si bien la jurisprudencia es vacilante, parece que se tiende a separar la esfera de actuación de dichas empresas independientes respecto del ámbito de responsabilidad del porteador (p. 132 ss.), rechazando implícitamente de plano hipótesis exoneraciones de responsabilidad del porteador para estos casos. En segundo lugar, se delimita el período temporal bajo el cual el porteador debe mantener el buque en un estado de navegabilidad. Los redactores del Convenio resolvieron esta cuestión con la incorporación de la obligación «*antes y al comienzo de cada viaje*», que pese a las polémicas suscitadas,

deja bien a las claras, tal y como lo señala el autor, la exigencia de navegabilidad del buque en sentido amplio («*seaworthiness*»-«*cargoworthiness*») desde el momento en que se procede a cargar la mercancía hasta que el buque zarpa. Sin embargo, las dificultades interpretativas no acaban, por cuanto se debe entrar a examinar asimismo qué noción de viaje se concibe en el art. 3.1.<sup>o</sup>. Claramente se decanta el autor por patrocinar para este supuesto la concepción de *viaje contractual*, relativa a cada conocimiento de embarque emitido, sin perjuicio de la expedición global; a esta concepción, no obstante, procede integrar la noción de control directo detentado sobre el buque por el porteador, que desembocará indirectamente en la obligación de preservar la navegabilidad del buque no sólo en relación a cada concreta carga contrada, sino en todos aquellos puer-  
tos en que el buque recale, independientemente de que aquélla se produzca (p. 139, 145 ss.). En tercer lugar, el autor trata de deslindar aquellas circunstancias cuya presencia permite la exoneración del porteador por los daños ocurridos en la mercancía durante el transporte («*excepted perils*») de aquellas otras en las que se pone en juego la navegabilidad del buque, y consecuentemente la responsabilidad del porteador en su caso. En tal sentido, aborda esta tarea mediante el análisis de las excepciones de perfiles más sinuosos tales como los vicios ocultos (p. 148 ss.), la culpa náutica (p. 152 ss.) y los casos de incendio y de desviación de la ruta (p. 156 ss.). Cabría mencionar el grado de concreción desarrollado en el estudio jurisprudencial acerca del «*error in the management of the ship*» con respecto al supuesto de innavegabilidad imputable al porteador, el motivo de su distinción residirá en la dificultad o no para conocer y remediar la presencia de perturbadores supuestos de dicha índole. Por último, merecería ser destacado el ágil tratamiento que el autor ofrece sobre el espinoso tema de la prueba. Dicho aspecto, que se ha constituido en punto de referencia obligado dentro de los estudios marítimo-jurídicos, ha pecado frecuentemente de una excesiva simplicidad en sus planteamientos. El autor pretende salirse de los cánones estereotipados (p. 161 ss.), y no se contenta con señalar el sujeto que ha de probar la innevegabilidad; antes bien, sirve como instrumento eficaz para el jurista al permitir vislumbrar los argumentos invocables por cada una de las partes implicadas ante las alegaciones presentadas por la opesta.

Concluye la monografía con una breve referencia a la obligación de navegabilidad en el nuevo régimen legal internacional incorporado a través de la reciente entrada en vigor de las Reglas de Hamburgo en noviembre de 1992. Los análisis formulados hasta la fecha coinciden en señalar, tal y como lo recoge el autor, la desaparición de la obligación de navegabilidad del buque como exigencia independiente al ser integrada dentro de la obligación más amplia de emplear las medidas razonables para realizar con éxito el transporte de las mercancías (p. 172 ss.). Esta nueva sede se enmarca dentro del nuevo sistema de responsabilidad del porteador instaurado en las Reglas de Hamburgo que ha endurecido sensiblemente los parámetros de exigencia del porteador en el transporte marítimo de mercancías. En suma, dicho régimen, como ha sido unánimemente puesto de manifiesto por la doctrina, abre una novedosa —e interesante— fase en la concepción del transporte marítimo en la que se percibe un claro acercamiento hacia los postulados del régimen del transporte de mercancías en general.

V. La monografía, en síntesis, ofrece una visión global del problema de la innavegabilidad desde una perspectiva histórica-comparativa, en la que quizás se manifiesta una excesiva preferencia por estas cuestiones en detrimento del tratamiento normativo actual. Las dificultades que conlleva el análisis de una obligación integrada dentro de un complejo marco estructural de relaciones jurídicas las resuelve el autor mediante un constante seguimiento de la cuestión de la navegabilidad en el Convenio de Bruselas. Dicha opción metodológica arroja buenos resultados en ciertos puntos, puesto que permite aflorar aspectos conexos a la navegabilidad que consolidan el valor de la obra; cabría así, señalar, las reflexiones vertidas a lo largo del trabajo sobre la «teoría de las etapas» (p. 138 ss., 145 ss.), que ayudan a comprender la significación que la noción de navegabilidad ha gozado en el mundo anglosajón. Del mismo modo, resulta destacable la atención prestada a la fiabilidad —y valor— de los certificados emitidos por las sociedades de clasificación (p. 132 ss., 165 ss.). No obstante, la pauta metódica empleada, conduce a una reducción de la perspectiva en el tratamiento genérico del transporte marítimo que impide vislumbrar todas las conexiones de esta noción de la navegabilidad en el complejo entramado de vínculos contraídos en esta esfera de actividad patrimonial. En este sentido, hubiera enriquecido notablemente la obra, con vistas a satisfacer las inquietudes existentes entre los operadores económicos la indagación relativa a la admisibilidad y alcance de las reclamaciones por daños sobrevenidos a causa de la innavegabilidad inicial, no solo de los sujetos legitimados contractualmente, sino también de aquéllos que lo sean en virtud de un conocimiento de embarque, o incluso extracontractualmente. De menor importancia, aunque ciertamente interesante, hubiera sido asimismo analizar la viabilidad de la interpretación que la doctrina alemana ha desarrollado en relación con el § 559. II HGB (plasmación germana del art. 4.1.<sup>o</sup> del Convenio de Bruselas) en orden a integrar dentro de la noción de daños no sólo los producidos en la carga, sino también los patrimoniales surgido a causa del retraso en la entrega (3).

Estas observaciones no deben empañar en modo alguno el valor de la obra analizada. La monografía de cuyo estudio nos hemos ocupado en estas páginas, constituye un cuidado prontuario de las cuestiones relativas a la navegabilidad del buque, elaborado con una completa bibliografía, y que sirve de indudable apoyo para acometer nuevas incursiones en este cardinal tema. Sin embargo, acaba este trabajo poniendo el epitafio a la obligación de navegabilidad como elemento independiente dentro de las obligaciones que configuran el transporte marítimo. En efecto; la entrada en vigor de las Reglas de Hamburgo provocará en el momento de su efectiva puesta en marcha un endurecimiento de las obligaciones que recaen

---

(3) Sobre estos aspectos resultan particularmente atractivas las indagaciones que la doctrina alemana ha desarrollado en este campo a propósito de la determinación de los «interesados en la carga» (*Landungsbeteiligte*); en concreto, cabría destacar la ya clásica monografía de HELM (*Haftung für Schaden am Frachtgütern*, Karlsruhe, 1966, p. 70); este autor, estudia asimismo el retraso como supuesto de hecho constitutivo de responsabilidad cuando se hubiera debido a la innavegabilidad inicial (p. 68); en este último extremo, lo reconoce también expresamente en la última edición de su obra, recientemente, PRÜSSMANN/RABE (*Seehandelsrecht*, 3. Aufl., München 1992, § 559 A 1). Vid., con carácter general, en la moderna doctrina anglosajona GANADO/KINDRED, *Marine Cargo Delays*, London, 1990, p. 20 ss. y, en especial, p. 23.

sobre los portadores marítimos, además de una subsunción de la obligación de la navegabilidad dentro de la genérica obligación de custodia en el transporte marítimo, de mercancías. Por tanto, esta obra, atendiendo al nuevo marco en que se va a encontrar el transporte marítimo deja una puerta abierta a ulteriores trabajos de investigación que recojan los cambios estructurales sufridos en este terreno, y a los que a buen seguro el profesor Sáenz prestará su atención con el rigor y la claridad expositiva requerida tal y como ha quedado patente en el que ahora hemos sometido a la consideración del lector.

ALBERTO EMPARANZA

## Revistas extranjeras

A cargo de: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ  
M.<sup>a</sup> Paz GARCÍA RUBIO  
Isabel GONZÁLEZ PALANOLUSKA  
Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ  
Isabel SIERRA PÉREZ

**SUMARIO:** I. Derecho civil: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 6. Derecho de la familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varias.—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. Abreviaturas.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. INTRODUCCION

**1. BALDASSARI, A.: «L'età della recodificazione? (Codice civile e leggi speciale nelle massime della giurisprudenza dal 1982-1990)», CI, 1992, núm. 2, págs. 927-940.**

Aplicación jurisprudencial del Código civil y de leyes especiales en la etapa de 1982 a 1990. Prevalencia de uno u otro texto según la materia a resolver. (Aranda/Sierra).



**2. EHLEMANN, C.D.: «Die Europäische Gemeinschaft, das Recht und die Juristen», NJW, (1992), págs. 1856-1860.**

El importante papel que juega el Derecho comunitario en el Derecho de los Estados miembros implica a juicio del autor el deber por parte de los juristas de dichos Estados de conocer y aplicar aquél. (M.P.G.R.).

**3. FREUND, G.: «Über die Bedeutung der Rechts-Folgenlegitimation für eine allgemeine Theorie juristischer Argumentation», JZ, (1992), págs. 993-1000.**

Trabajo sobre el significado del método de la *Rechtsfolgenlegitimation* para la moderna teoría de la argumentación jurídica. (M.P.G.R.)

**4. GÖTZ, V.: «Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien-Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat», NJW, (1992), págs. 1849-1856.**

En opinión del autor, la Directiva ha devenido la forma de producción jurídica universal del Derecho comunitario; a través de Directivas han sido regulados aspectos de Derecho civil, mercantil, laboral, económico, financiero o medioambiental. La legislación estatal dictada en cumplimiento de las Directivas facilita la validez jurídica general entre los Estados miembros y la existencia de éstas determina cada vez más el universo jurídico habitual. La obligación de una interpretación del Derecho estatal conforme a las Directivas, refuerza este efecto. (M.P.G.R.).

**5. HRUSCHKA, J.: «Vorpositives Recht als Gegenstand und Aufgabe der Rechtswissenschaft», JZ, (1992), págs. 429-438.**

El Derecho prepositivo como objeto y tarea de la Ciencia del Derecho. (M.P.G.R.).

**6. IPSEN, J.; KOCH, TH.: «Öffentliches und privates Recht-Abgrenzungsprobleme bei der Benutzung öffentlicher Einrichtungen», JUS, (1992), págs. 809-816.**

Derecho público y privado. Problemas de delimitación por la utilización de entidades públicas. (M.P.G.R.).

**7. KOHL, R.: «Brauchen wir ein Stiftungskonzernrecht?», NJW (1992), págs. 1922-1924.**

Nueva contribución teórica que pretende ahondar en los problemas que plantean las conexiones entre fundación y empresa. (M.P.G.R.).

**8. MAGNUS, U.: «Deutsche Rechtseinheit im Zivilrecht; die Übergangsregelungen», JUS, (1992), págs. 456-461.**

La unidad del Derecho privado alemán está en reconstrucción desde octubre de 1990. En esta tarea, un tema que a juicio del autor aún ocupará durante largo tiempo a los Tribunales es la solución a las cuestiones que suscitan las copiosas y no siempre claras disposiciones que disciplinan el régimen transitorio. (M.P.G.R.).

**9. PIEPER, M.S.U.: «Mitgliedstaatliche Haftung für die Nichtbeachtung von Gemeinschaftsrecht», NJW, (1992), págs. 2454-2459.**

El autor estudia las consecuencias de la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19-11-1991 en la que se declara que los Estados miembros han de reparar el daño que se haya derivado del incumplimiento de una Directiva comunitaria. El artículo profundiza en la calificación dogmática de la decisión y en sus consecuencias. (M.P.G.R.).

**10. RABE, D.: «Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Verjährung», NJW, (1992), págs. 2395-2400.**

El autor analiza la propuesta de la Comisión para la reelaboración del Derecho de Obligaciones en Alemania en el ámbito de la prescripción, que pretende establecer en la materia reglas más claras y precisas, tanto para las acciones de origen contractual, como para las de naturaleza legal. (M.P.G.R.).

**11. SCHAPP, J.: «Das Zivilrecht als Anspruchssystem», JUS, (1992), págs. 537-544.**

El Derecho civil como sistema de acciones. (M.P.G.R.).

**12. SCHAPP, Jan: «Über die Freiheit im Recht», ACP Band 192 (1992), pág. 355.**

El autor examina el concepto de libertad, en sentido positivo y negativo, siguiendo la filosofía kantiana. En el ámbito económico, la libertad en sentido positivo se manifiesta como libertad de elección entre diversas alternativas. En particular se proyecta en la libertad contractual y en el reconocimiento de la libre propiedad. Profundizar en el contenido de estos dos conceptos es la finalidad que el autor se propone, teniendo en cuenta que su protección se encauza, fundamentalmente, a través del Derecho civil, sin olvidar su reconocimiento constitucional. (I.G.P.).

**13. SPAGNOLO, A.G.; DI PRIETO, M.L.: «Terapia genica: il documento 15-2-1991 del comitato nazionale per la biotica ed un'analisi comparativa con le esperienze di altri comitati etici nazionali ed internazionali», DFP, 1992, núm. 2, parte segunda, págs. 323-363.**

El problema técnico-científico. Implicaciones éticas y jurídicas de los tratamientos genéticos. Los comités de ética nacionales e internacionales para la genética. (Aranda/Sierra).

**14. WEBER, Ralph: Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, ACP Band 192 (1992), pág. 516.**

Se profundiza en el concepto y la función de las cláusulas generales desde una perspectiva crítica. El autor describe el método que persigue concretar el significado de una cláusula general mediante la enumeración de casos a los que dicha cláusula sería aplicable. Se exponen las ventajas e inconvenientes de este método en relación con la función asignada a las cláusulas generales dentro del sistema. (I.G.P).

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

**15. ALPA, G.: «Notas a la sentencia de casación penal, sala 3.ª, de 14 de abril de 1991», LGCC, 1991, núm. 6, parte primera, págs. 794-797.**

Notas a la sentencia citada en materia de personalidad y derecho a la salud. (Aranda/Sierra).

**16. AUSILI, G.: «Incapacità naturale e tutela degli interdetti», DFP, 1992, núm. 1, págs. 52-56.**

La tutela de los incapaces. Problemas de la administración de sus bienes. (Aranda/Sierra).

**17. BALBONI, M.: «Convenzione sui diritti del fanciullo», NLCC, 1992, núm. 5, págs. 1151-1159. Estudio de la Convención de Nueva York de 20 de noviembre de 1989.**

Garantías aseguradas; criterios inspiradores de sus redactores. Los derechos reconocidos; el control, y la aplicación efectiva de la convención. (Aranda/Sierra).

**18. BERTIN, Philippe:** «*Quand le juge des référés confond vitesse et précipitation*», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, *Doctrine*, págs. 242-244.

Comentario crítico de la decisión adoptada por el mencionado órgano jurisdiccional a consecuencia de un artículo publicado en «*L'Événement du Jeudi*», relativo a las actividades africanas del hijo del Presidente de la República Francesa, que ha sido objeto de casación por no respetar el plazo legal de 10 días otorgado por la ley de 29 de julio de 1881 al demandado de difamación para que pruebe la veracidad de los hechos imputados. (L.M.L.F.).

**19. BIANCOFIERE, F.:** «*Due pronunze in tema di pubblicità diseducativa*», LGCC, 1992, núm. 1, parte primera, págs. 74-76.

Notas a la sentencia de «Giuri» de 16 de noviembre de 1990, núms. 124-125 sobre publicidad comercial, productos y modelos peligrosos. (Aranda/Sierra).

**20. BRIENZA, M.:** «*La tutela dei minori stranieri*», DFP, 1992, núm. 1, págs. 57-67.

La tutela de los menores extranjeros es un problema sin resolver en Derecho italiano. Importancia del art. 2 de la Constitución en la materia. Problema creciente ante el aumento de menores extranjeros necesitados de asistencia. (Aranda/Sierra).

**21. CABIÉ, Emile:** «*Droit du Sang. Droit du Sol*», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, *Doctrine*, págs. 62-63.

En el presente artículo se considera razonable que el artículo 23 del vigente Código de la Nacionalidad Francesa atribuya la misma, desde el nacimiento y de pleno derecho, al niño nacido en Francia siempre que al menos uno de los padres hubiera nacido también en ese Estado. (L.M.L.F.).

**22. CALICETI, P.:** «*Società di persone: l'ingresso degli incapace*», DFP, 1992, núm. 2, parte segunda, págs. 269-292.

La entrada de un incapaz en una sociedad precisa de una autorización. Sobre cuál ha de ser esta autorización existen dos tesis: una radical que mantiene que es preciso una autorización única, precisamente la que le permite asumir las obligaciones que derivan del propio contrato; y, otra tesis que sostiene que existen dos planos distintos, el de pertenencia a la sociedad y el de disposición. (Aranda/Sierra).

**23. CARINGELLA, F.: «Sosia e identità personale», FI, 1992, núm. 11, parte I, cols. 3127-3131.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 28 de enero de 1992 sobre derecho a la imagen. Publicación en una revista del retrato de la doble de una actriz que lesiona el derecho de la actriz a la identidad personal. (Aranda/Sierra).

**24. CASO, F.: «Le trenta righe sataniche: spazio di rettifica, posizione del direttore responsabile e poteri del giudice», FI., 1992, núm. 6, parte I, cols. 1928-1932.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Bari de 16 de junio de 1992. (Aranda/Sierra).

**25. COUTURON, Jean: «Le Secret Professionnel ne trouve-t-il à s'exercer qu'en Matière de Procédure Judiciaire?», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, Doctrine, págs. 295-297.**

Comentario del fallo de 30 de septiembre de 1991, dictado por la Sala de lo Penal de la Corte de Casación, según el cual se distinguen determinadas actividades desarrolladas por los abogados, que no constituirían ejercicio del derecho de defensa y por lo tanto no estarían amparadas por el secreto profesional. (L.M.L.F.).

**26. CHABERT-PELTAT, Catherine. «La Recherche Biomédicale et la Protection des Personnes», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, Doctrine, págs. 93-100.**

Nuevo análisis crítico de la Ley francesa de 20 de diciembre de 1988, relativa a la protección de las personas que se prestan a experimentación biomédica, que está mereciendo una atención por parte de la doctrina de aquél país desmesurada si se compara con la dispensada en el nuestro a una disposición muchísimo menos preocupada por la protección de los sujetos de tales experimentos, como es la vigente Ley del Medicamento. (L.M.L.F.).

**27. DEUTSHC, Erwin. Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, ACP Band 192 (1992), pág. 161.**

El denominado «derecho general de la personalidad» abarca todo aquello que de forma mediata o inmediata afecta a la persona. La lesión de este derecho, cuando concurren determinados presupuestos da lugar al oportuno resarcimiento que cubre tanto el daño material como el daño moral. El autor analiza el derecho de la personalidad del enfermo sometido a tratamiento médico y sus diversas manifes-

taciones. Con especial claridad se aprecia en la necesidad de consentir el acto médico y en lo relativo al deber de información; junto con otras disposiciones es el pilar sobre el que se asienta el secreto médico y se proyecta igualmente en cuestiones como eutanasia, autopsia y donación de órganos. Se examinan las consecuencias de la lesión del derecho de la personalidad del enfermo, la extensión del resarcimiento y la carga de la prueba. (I.G.P.).

**28. DOGLIOTTI, M.: «I diritti del minore e la convenzione dell'ONU», DFP, 1992, núm. 2, parte segunda, págs. 301-312.**

El derecho del menor en nuestro ordenamiento. Los procedimientos internacionales. La convención de la ONU y los destinatarios de esta convención. (Aranda/Sierra).

**29. GROMB, Sophie: «La Recherche Biomédicale sur l'Être Humain en Droit Français», GP, tomo bimestral, mayo-junio de 1992, Doctrine, págs. 487-488.**

Desde su doble cualidad de médico y jurista, la autora realiza un breve alegato en favor de la regulación de la experimentación sobre el ser humano llevada a cabo por la controvertida Ley Huriet, mostrándose indiscutible partidaria de la derogación de la extracomercialidad del cuerpo humano. (L.M.L.F.).

**30. KAYSER, Pierre: «La loi núm. 91-646 du 10 juillet 1991 et les écoutes téléphoniques», SJ, núm. 8, 19 de febrero de 1992, Doctrine 3559, págs. 91-99.**

Análisis del mencionado texto legal, necesario por la necesidad de conformar las escuchas telefónicas llevadas a cabo por la autoridad pública al Convenio Europeo de los Derechos Humanos, pero de alcance más amplio, al extenderse su regulación al secreto de las comunicaciones emitidas a través de la telecomunicación, entendiéndose por tal, según la ley francesa de 29 de diciembre de 1990, reguladora de las telecomunicaciones, «toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza por cable, radioelectricidad y otros sistemas electromagnéticos». (L.M.L.F.).

**31. MANNHEIM-AYACHE, Annie: «L'interdiction légale», RDS, núm. 13, 26 de marzo de 1992, Chroniques, págs. 109-112.**

Estudio de la pena accesoria de interdicción legal, todavía vigente en derecho francés y consistente en poner bajo tutela al condenado durante la ejecución de la

pena principal, con la doble finalidad de facilitar la gestión de los bienes del reo y evitar que se procure recursos para suavizar su situación o facilitarse la evasión.

La organización legal de tan peculiar estado civil se lleva a cabo mediante la aplicación de las normas relativas a la incapacitación, debidamente adaptadas a la peculiar situación del recluso. (L.M.L.F.).

**32. NACCI, P.C.: «Diritto allo sviluppo e diritto alla vita», *Archiv. Giur.*, 1992, fasc. 1, págs. 55-83.**

Estudia el derecho a la vida en la normativa internacional. El fundamento constitucional de la tutela jurídica de la vida humana. Correlación entre el derecho individual a la vida y el desarrollo de la persona y el de la sociedad. La importancia del factor demográfico para el desarrollo de las naciones. Respeto a la vida, desarrollo de los pueblos y libertad del hombre. (Aranda/Sierra).

**33. PASSANTI, E.: «L'insediamento dei minori sieropositivi nelle comunità scolastiche», *DFP*, 1992, núm. 2, parte segunda, págs. 442-446.**

Ante la discusión de la infección HIV en Italia se plantea el problema de la escolarización de los niños seropositivos dado el insuficiente conocimiento de las formas de transmisión del virus. (Aranda/Sierra).

**34. PIETTE-COUDOL, Thierry: «L'Émergence d'un Droit de la Sécurité des Technologies de la Communication», *GP*, tomo bimestral enero-febrero de 1992, *Doctrine*, págs. 83-89.**

Ante el hecho de que la representación electrónica de la información impide su inmediata lectura y dado su carácter más perecedero que el del papel escrito, se analiza en el presente trabajo la aparición de un Derecho relativo a la seguridad de estas tecnologías, situado por el autor entre la Libertad de Información y el Derecho de la Competencia. (L.M.L.F.).

**35. PIETTE-COUDOL, Thierry: «L'Émergence d'un Droit de la Sécurité des Technologies de la Communication», *GP*, tomo bimestral marzo-abril de 1992, *Doctrine*, págs. 288-291.**

El vertiginoso desarrollo de las denominadas tecnologías de la comunicación pone de manifiesto la necesidad de que el Derecho acuda en defensa de la seguridad de los usuarios. El autor pasa revista a los diversos medios jurídicos existentes para garantizar, tanto la propia salud de las personas que utilizan estas tecnologías, como el secreto y la integridad de los datos transmitidos. (L.M.L.F.).

**36. RICOLFI, M.: «Questioni in tema di regime giuridico dello sfruttamento commerciale dell'immagine», LGCC, 1992, núm. 1, parte prima, págs. 51-65.**

Comentarios a las sentencias de casación civil de la sala I, de 2 de mayo y 16 de abril de 1991, núms. 4785 y 4031 sobre personalidad y derecho a la imagen. (Aranda/Sierra).

**37. ROCCA, E.: «L'attività negoziale nell'interesse del minore e l'intervento del giudice tutelare», DFP, 1992, núm., 1 págs. 38-46.**

Competencia del juez tutelar en la tutela patrimonial de los menores y en particular, en el ámbito de su actividad negocial. (Aranda/Sierra).

**38. SAVINI, A.: «La fotografia di fronte alle nuove tecnologie informatiche: spunti per riflessioni generali», Dir. Aut., 1992, núm. 3, págs. 342-356.**

Son tal como indica, unos apuntes generales sobre los problemas jurídicos que plantea la manipulación de la imagen fotográfica, posible por los nuevos procedimientos técnicos. El Derecho interno y el derecho comunitario. (Aranda/Sierra).

**39. SCARPULLA, A.: «Competenze e professionalità del giudice tutelare», DFP, 1992, núm. 1, págs. 15-18.**

Importancia de la coordinación entre expertos y operadores sociales con el juez encargado de tutelar la función de los representantes de los menores e incapaces. Se ha de tener un conocimiento efectivo de la práctica de los jueces tutelares que se consigue en el centro de datos del Centro electrónico de documentación de la Corte de casación. (Aranda/Sierra).

**40. SHWARZENBEGR, C.: «Titoli nobiliari e Costituzione», DFP, 1992, núm. 2, parte prima, págs. 149-157.**

Comentario a la sentencia de la corte de casación de 7 de marzo de 1991, núm. 2426 sobre la Constitución republicana y reconocimiento de título nobiliario anterior a ella. Normativa privatística sobre el derecho al nombre. (Aranda/Sierra).

**41. TAUPITZ, J.: «Privatrechtliche Rechtspositionen um die Genomanalyse: Eigentum, Persönlichkeit, Leistung», JZ, (1992), págs. 1089-1109.**

Estudio de los problemas planteados por el análisis genético, desde el punto de vista de los derechos de la personalidad y sobre la base de los derechos a saber y a no saber. Asimismo estudia las posibles implicaciones de un análisis genético



sobre terceras personas y plantea las posibilidades jurídicas de protección de los datos obtenidos a través del análisis. (M.P.G.R.).

**42. WALTERMANN, Raimund. Zur Wissenszurechnung-am Beispiel der juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts. ACP Band 192 (1992) pág. 181.**

Muchas normas vinculan al conocer o deber conocer ciertos hechos o circunstancias importantes consecuencias jurídicas. El autor hace referencia, entre otros, a supuestos como vicios ocultos en la compraventa, vicios de la voluntad que puedan afectar a la validez del negocio, cómputo de plazos en materia de prescripción, buena o mala fe del poseedor, etc. Las normas que en cada caso resultan aplicables se redactaron a la vista de la actuación de personas físicas y no tuvieron en cuenta los cauces por los que discurre la actividad económica actual, marcada por la delegación de funciones, la racionalización y la automatización de actividades. El estudio se centra en la aplicación de tales normas a las personas jurídicas: cuándo y en qué medida ha de reputarse propio de la persona jurídica el conocimiento que de ciertos hechos relevantes puedan tener sus miembros u otras personas unidas por una relación laboral. (I.G.P.).

### 3. PERSONA JURIDICA

**43. ANSALONE, F: «Acquisto mortis causa dello stato e limiti di applicabilità dell'autorizzazione governativa ex art. 17 c.c.», LGCC, 1992, núm. 1, parte prima, págs. 41-44.**

Comentario a la sentencia de la corte de casación civil, sala II, de 15 de marzo de 1991, núm. 2782 en materia de persona jurídica. El Estado. Aceptación de donación o herencia. (Aranda/Sierra).

**44. DAGOT, Michel: «Le nom des personnes morales», SJ, núm. 16, 15 de abril de 1992, Doctrine, págs. 200-202.**

El autor opina que el nombre de las personas jurídicas, al igual que el de las físicas, ha de tener una finalidad exclusivamente identificadora, manteniendo por ello la necesidad de evitar la práctica consistente en incorporar, como elementos constitutivos de ese nombre, las indicaciones relativas a la naturaleza o al objeto de la persona jurídica que el legislador exige con la finalidad de informar a los terceros. (L.M.L.F.).

## 4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**45. ADDIS, F.: «Conferimento in società di feudo rustico e prelazione agraria», LGCC, 1991, núm. 6, parte prima, págs. 721-727.**

Comentario a la sentencia de casación civil, sala 3.<sup>a</sup>, de 20 de agosto de 1990, núm. 8492 en materia de contrato agrario. Concesión en sociedad de la propiedad de un fundo rústico. (Aranda/Sierra).

**46. ALPA, G.: «Responsabilità per rischio de cosa in custodia», LGCC, 1992, núm. 1, parte prima, págs. 86-89.**

Comentario a la sentencia de la Sala I de la corte de casación civil de 11 de noviembre de 1991, núm. 12.019 en materia de responsabilidad civil. (Aranda/Sierra).

**47. AMADEI, N.: «La convenzione sulla protezione fisica dei materiali nucleari», NLCC, 1992, núm. 5, págs. 1146-1151.**

Precedentes, fines y análisis del contenido de dicha convención, firmada en Viena y Nueva York de 3 de marzo de 1980. Su aplicación a la resolución de conflictos. (Aranda/Sierra).

**48. BAUMGÄRTEL, G.: «Die beweisrechtlichen Auswirkungen der vorgeschlagenen EG-Richtlinie zur Dienstleistungshaftung auf die Arzhaftung und das Baurecht», JZ, (1992), págs. 321-325.**

El autor estudia las repercusiones de la Propuesta de Directiva de la Comisión europea de 9-11-1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios, sobre las normas de la carga de la prueba que, a su juicio, cambian sustancialmente las propias del Derecho alemán, lo que especialmente se hace notar en materia de responsabilidad del médico y de responsabilidad de los profesionales de la construcción. (M.P.G.R.).

**49. BELLANTUONO, D.: «L'indennità del coltivatore diretto di cui al quinto comma dell'art. 50 l. 203/82 all'exame della casazione», FI, 1992, núm. 5, parte I, cols. 1443-1446.**

Notas a la sentencia de casación, sección 3.<sup>a</sup>, de 17 de diciembre de 1991, núm. 13.563 sobre resolución anticipada de un contrato agrario por edificación. Indemnización. (Aranda/Sierra).

**50. BERTRAND, Edouard:** «*Convention de Vienne et Clauses Limitatives de Responsabilité: Les points de vue français et anglais*», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, *Doctrine*, págs. 263-268.

Dado que los derechos internos de los diversos Estados serán aplicables a cuantos aspectos de la venta internacional de mercancías no resulten regulados expresamente por el Convenio de Viena, el problema de conseguir una aplicación uniforme del referido texto tiende a verse agravado. En el presente artículo se examina el papel que pueden jugar los conceptos propios de diversos sistemas jurídicos en el modo de resolver un litigio relativo a la interpretación o aplicación de una cláusula limitativa de responsabilidad. (L.M.L.F.).

**51. BLANCHARD, Bernard:** «*La Sécheresse Constitue-t-elle une Cause Étrangère Exonératoire de la Responsabilité des Constructeurs vis-à-vis du Maître de l'Ouvrage?*», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, *Doctrine*, págs. 14-17.

Sobre la base de que el derecho de la construcción está más bien impregnado por la noción de garantía que por la de responsabilidad, intentando con ello alcanzar la mayor protección posible para los adquirentes de viviendas, el autor considera que muy probablemente el Tribunal de Casación francés aplicará el principio de que los constructores deben garantizar los daños resultantes de vicio del suelo sobre el cual la obra se asienta, incluso si éste se revela con posterioridad a la construcción y por cualquier causa, incluida la prolongada sequía. (L.M.L.F.).

**52. BOITELLE-COUSSAU, Martine:** «*La Réforme des Procédures Civiles d'Exécution*», GP, tomo bimestral mayo-junio de 1992, *Doctrine*, págs. 371-375.

Comentario de la ley francesa 91-65 de 9 de julio, que ha sido promulgada con la intención de revalorizar los títulos ejecutivos, desarrollar las prerrogativas de los acreedores dentro de los límites impuestos por la necesidad de asegurar un tratamiento digno al deudor, y crear una jurisdicción propia, a través de la figura del Juez de la Ejecución. (L.M.L.F.).

**53. BOUBLI, Bernard:** «*Transfert de Propriété et responsabilité dans les groupes de contrats*», RDI, núm. 1, enero-marzo de 1992, *Articles*, págs. 27-35.

El autor analiza el estado de la cuestión relativa a la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad del subcontratista frente al dueño de la obra. Si dos fallos de la Sala de lo mercantil y de la Sala primera de lo civil del Tribunal de Casación habían venido a proclamar la naturaleza contractual de la mencionada responsabilidad, dos recientes sentencias de la Sala tercera de lo civil han venido a continuar la tradicional tendencia que se inclina por afirmar la eficacia relativa del contrato. (L.M.L.F.).

**54. BRANDNER, H.E.; ULMER, P.: «EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen», BB, (1992), págs. 701-709.**

La Propuesta de Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, presentada por la Comisión el 24 de julio de 1990, es objeto en este artículo de una serie de consideraciones críticas, realizadas por los autores al hilo del análisis de problemas tales como el ámbito de aplicación personal de la Propuesta de Directiva, la problemática planteada por el control del contenido de las cláusulas contractuales particulares en los contratos con consumidores, el control de la relación precio/prestación bajo parámetros proporcionales y las medidas y procedimientos de control de las cláusulas abusivas diseñadas en la citada propuesta. (M.P.G.R.).

**55. BUFFINI, M.B.: «Un secolo di studi storico-giuridici su relazione e retratto», Archiv. Giur., 1992, fasc. 4, págs. 543-573.**

Resalta el interés de la prelación, su evolución histórica dentro de la geografía europea. La supervivencia del Derecho arcaico y su evolución. Hipótesis sobre la génesis del retratto. (Aranda/Sierra).

**56. BUSSY-DUNAUD, Florence: «Les modalités de rupture d'un contrat en cours, lorsque l'administrateur renonce à sa continuation (art. 37 de la loi du 25 janvier 1985)», RDS, núm. 3, 16 de enero de 1992, Chroniques, págs. 23-29.**

El artículo 37 de la ley de 25 de enero de 1985 deja en manos del administrador, en el régimen general, la facultad de exigir la ejecución de los contratos en vigor, cumpliendo las contraprestaciones correspondientes. Dado que ese administrador puede renunciar a la mencionada facultad y dada la incidencia de esta renuncia en la relación contractual afectada, la autora analiza determinados aspectos relativos a la naturaleza jurídica de la iniciativa del administrador y al fundamento de la ruptura contractual que esa iniciativa puede desencadenar. (L.M.L.F.).

**57. CANARIS, C.W.: «Der Vorrang außerbereicherungsrechtlicher, insbesondere dinglicher Wertungen gegenüber der Saldotheorie und dem Subsidiaritätsdogma», JZ, (1992), págs. 1114-1120.**

El autor comenta las decisiones del BGH que sientan las bases de los grandes problemas emparentados con la doctrina del enriquecimiento: la liquidación de los contratos ineficaces y el arreglo en las relaciones triangulares (frente a terceros). Al hilo de estas decisiones el autor trata de sentar las bases dogmáticas de las soluciones obtenidas sobre razonamientos que no se ciñen estrictamente a las normas del enriquecimiento, sino que acude a otras normas materiales y a los valores presentes en este ámbito. (M.P.G.R.).

**58. CANTIN CUMYN, Madeleine:** «L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique», RDS, núm. 14, 2 de abril de 1992, Chroniques, págs. 117-120.

La autora se muestra partidaria de acudir a la teoría de los patrimonios separados o bien de la personalidad jurídica para regular una fiducia que pueda cumplir con la finalidad que el *trust* satisface en los países de la Common Law.

En relación con el anteproyecto francés destinado a regular la fiducia, aprecia una excesiva influencia en su redacción de la tradicional venta en garantía, destacando la coincidencia existente en este específico supuesto entre fiduciario y beneficiario de la fiducia, como uno de los motivos por los cuales no debiera ser utilizado para elaborar una institución llamada a cumplir con finalidades más generales. En definitiva, el problema básico que el artículo plantea consiste en la necesidad de articular algún sistema para que el beneficiario pueda controlar la actuación del fiduciario (L.M.L.F.).

**59. CAPPONI, B.:** «Effetti della distribuzione forzata onere di specifica contestazione dell'esecuto, ripetizione di indebito ed "autorità" della distribuzione tra le stesse parte del processo esecutivo in altra espropriazione successiva», FI, 1992, núm. 6, parte I, cols. 1884-1890.

Incumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Notas a la sentencia de la Corte de casación de 25 de enero de 1991, núm. 760. (Aranda/Sierra).

**60. CARBONE, G.:** «Le convenzioni di voto en la teoria generale del contratto», LGCC, 1992, núm. 1, parte seconda, págs. 49-89.

Noción y naturaleza jurídica. Los socios y los sindicatos de voto. La formalización del contrato. La causa: ilicitud. Conflicto de intereses. El objeto de la convención. La libertad en la expresión de voto como posible límite objetivo a las convenciones. El problema de la cesión de voto. La indeterminación del objeto y de la duración. La forma: libertad de forma en la convención de voto; la publicidad. La eficacia y el incumplimiento. (Aranda/Sierra).

**61. CARRASSI, C.:** «Il conflitto d'interessi nella disciplina generale della rappresentanza», LGCC, 1991, núm. 5, parte seconda, págs. 377-403.

Noción de conflicto de intereses. Potencialidad del daño y conflicto mediato. La autorización específica y el contenido predeterminado. Interpretación ficticia y autocontrato. Contrato de trabajo y autocontrato. El reconocimiento del conflicto de intereses de parte de tercero. Empresa familiar y

conflicto de intereses. Título de crédito y conflicto de intereses. (Aranda/Sierra).

**62. CARREAU, Dominique: «L'Arrêt de la Cour de justice des Communautés Européennes du 10 Juillet 1991», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, Doctrine, págs. 230-232.**

Estudio de las posibles alternativas existentes a la regulación francesa relativa a la libre prestación de servicios de los abogados, declarada incompatible con el Derecho Comunitario por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por imponer al abogado prestatario el recurso a un colega local para postular y diligenciar los actos procedimentales ante los Tribunales Franceses. (L.M.L.F.).

**63. CENDON/ZIVIZ: «Il prodotti difettosi e i bambini», CI, 1992, núm. 1, págs. 301-323.**

Los niños como categoría especial de consumidores. Tipología de los productos destinados a los niños: los juguetes. Ausencia de seguridad, incumplimiento de la normativa técnica. El uso impropio del producto. El sujeto adulto como intermediario. Resolución del problema con mayor protección y escrupulosidad que en los casos de problemas con adultos. (Aranda/Sierra).

**64. CIGLIOLA, V.: «Il pagamento mediante assegni fra orientamenti della giurisprudenza e innovazioni legislative», CI, 1992, núm. 2, págs. 546-556.**

Estudio del pago de las obligaciones pecuniarias mediante asignación bancaria. La función de cláusulas de corrección y la buena fe en la jurisprudencia italiana. El cambio de la problemática con las nuevas orientaciones jurisprudenciales y la disciplina antireciclaje contenida en R.D.L. de 3 de mayo de 1991, núm. 143 modificada por la ley de 5 de julio de 1991, núm. 197. (Aranda/Sierra).

**65. COLLIN, Robert: «La Prestación de Service des Avocats Communautaires», GP, tomo bimestral mayo-junio de 1992, Doctrine, págs. 345-350.**

Estudio de las diferentes resoluciones adoptadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, relativas a la libre circulación de servicios y la profesión de abogado, y de la incidencia sobre la postulación de la Directiva Comunitaria de 22 de marzo de 1977, tendente a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, con

especial alusión al sentido de la concertación en este panorama normativo. (L.M.L.F.).

66. **CONSENTINO, N.:** «Preliminare di vendita ad esecuzione anticipata e sopravvenuto fallimento del promittente-venditore», *FI*, 1992, núm. 11, parte I, cols. 3119-3122.

Notas a la sentencia del Tribunal de Pavía de 1 de abril de 1992 sobre precontrato de venta. Cláusula de ejecución anticipada. Quiebra del prominente-vendedor. (Aranda/Sierra).

67. **COSTANZA, M.:** «Concorso di colpa e "ordinaria diligenza" del creditore», *GC*, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 971-972.

Daños: concurso de culpas. Agravación del daño. Obligaciones del acreedor. Noción de diligencia ordinaria. Notas a la sentencia de casación de 20 de noviembre de 1991, núm. 12439. (Aranda/Sierra).

68. **COURROUY, Jean:** «Réflexions sur quelques aspects de l'assurance de protection juridique», *RDS*, núm. 20, 21 de mayo de 1992, págs. 169-172.

En relación con el seguro de protección jurídica, el autor se muestra partidario de considerar excluidos de la garantía aquellos litigios que, en el momento de concertar el seguro, pudieran considerarse como inminentes. Además, considera que ni el asegurado ni el asegurador pueden invocar los preceptos contenidos en las leyes procedimentales que autorizan al juez a poner a cargo de una de las partes los gastos irrepetibles efectuados por la parte contraria para la defensa de su derecho. Por último analiza las cláusulas de estos contratos que pueden poner en peligro la libre elección de abogado por el asegurado. (L.M.L.F.).

69. **CROZE, Hervé:** «La loi núm. 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution: le nouveau droit commun de l'exécution forcée», *GP*, núm. 6, 5 de febrero de 1992, *Doctrine* 3555, págs. 59-71.

Comentario del contenido de la mencionada ley que, según el autor, no tiene carácter meramente programático a la espera de la concreción reglamentaria de sus principios, sino que contiene ya las reglas generales aplicables en esta materia, aún cuando no sean suficientes para describir con detalle los futuros procedimientos de ejecución o medidas cautelares. (L.M.L.F.).

**70. CROZE, Hervé:** «La Loi núm. 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution: les règles spécifiques aux différentes mesures d'exécution forcée et mesures conservatoires», *SJ*, núm. 20, 13 de mayo de 1992, *Doctrine*, págs. 231-242.

Continuación del comentario desarrollado en el número 6, de 5 de febrero de 1992, de esta misma revista. El autor afirma que la citada ley demuestra que un texto sobre los procedimientos civiles de ejecución puede ser analizado como un conjunto de acciones disponibles para el acreedor, pero también como una auténtica carta de derechos del deudor, mostrándose satisfecho ante el equilibrio conseguido por el legislador entre estos dos intereses contrapuestos (L.M.L.F.).

**71. CUFFARO/GIOVE:** «La nuova disciplina delle locazioni urbane», *NLCC*, 1992, núm. 5, págs. 941-953.

El régimen transitorio de la ley de 27 de julio de 1978, núm. 392 (art. 12 y ss.). (Aranda/Sierra).

**72. CHABAS, François:** «Le Sens des Mots», *GP*, tomo bimestral mayo-junio de 1992, *Doctrine*, pág. 495.

Algunas curiosas decisiones del Tribunal de Casación en torno a los conceptos de «conductor», «implicación» y «víctima de un accidente» son criticadas brevemente por el autor. (L.M.L.F.).

**73. CHARLEZ, Annie:** «Grand Gibier et Collisions Automobiles», tomo bimestral mayo-junio de 1992, *Doctrine*, págs. 377-378.

Interesante análisis jurisprudencial de las escasas vías indemnizatorias utilizables por las víctimas de un accidente de circulación, motivado por la irrupción en la calzada de un animal salvaje. (L.M.L.F.).

**74. DAHM, H.:** «Vorgetraglicher Drittschutz», *JZ*, (1992), págs. 1167-1172.

Según la jurisprudencia del BGH, la figura del contrato con efectos protectores para terceros deriva de una especial interpretación contractual; fallando en la fase contractual una declaración negocial, queda excluida la protección contractual del tercero. Sin embargo, el BGH en 1976 combinó la figura del contrato con efectos protectores para terceros con la figura de la culpa *in contrahendo*. El artículo trata de aclarar esta aparente contradicción, afirmando la responsabilidad por culpa *in contrahendo* frente a terceros con determinadas limitaciones. (M.P.G.R.).



**75. DELAVAL, Danièle: «La Responsabilité du Créateur de Logiciel et ses Limites», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, Doctrine, págs. 281-287.**

Profundo estudio del fundamento legal y jurisprudencial de la responsabilidad del creador de un programa informático y de los límites de esta responsabilidad, tanto los reconocidos por la jurisprudencia con base en la diligencia exigible al utilizador (impliarse en el proceso de informatización, colaborando a la puesta en práctica del sistema informático e informándose adecuadamente), como los derivados del establecimiento, en la práctica contractual, de cláusulas limitativas de la responsabilidad. (L.M.L.F.).

**76. DETZER, KL.; THAMM, M.: «Überblick über das neue UN-Kaufrecht», BB, (1992), págs. 2369-2381.**

El 1 de enero de 1991 entró en vigor para Alemania el Convenio de las Naciones Unidas de 1980 sobre la compraventa internacional de mercancías, para referirse al cual se emplean en alemán los términos abreviados UN-Kaufrecht, UNCITRAL-Kaufrecht y CISG. En el presente artículo los autores dan una panorámica general del contenido del citado Convenio y muestran las diferencias entre él y las normas paralelas del BGB y HGB. (M.P.G.R.).

**77. D'HOERAENE, Dominique: «L'Indétermination des Prix», GP, tomo bimestral mayo-junio de 1992, Doctrine, págs. 480-481.**

Análisis jurisprudencial del problema representado por la indeterminación del precio de venta, en los contratos de distribución exclusiva en general y en el de franquicia en particular. (L.M.L.F.).

**78. DÜRKES, W.: «Wertsicherung von Wohnungs-Mietzinsen noch 1992?», BB, (1992), págs. 1289-1290.**

El autor analiza las cláusulas de indexación previstas en la futura ley sobre los límites de la subida de alquileres para los contratos de arrendamiento de viviendas que caen bajo el ámbito de aplicación de la Ley alemana sobre la cuantía de la renta de 1974 (MHG)». (M.P.G.R.).

**79. ENDERLEIN, Walter. Die unterlassene Schönheitsreparatur bei forbestehendem Mietverhältnis. ACP Band 192 (1992) pag. 288.**

Las denominadas «Schönheitsreparaturen» comprenden todo aquello que se deteriora por el uso normal de la cosa arrendada y que contribuye a mejorar el aspecto externo de la vivienda. Así, pintura de paredes, suelos, carpintería interior, tapicerías, etc. Conforme a las normas del BGB (parágrafo 536) la realización de tales reparaciones incumbe al arrendador. El presente estudio se

centra en aquellos supuestos en los que el acuerdo de las partes las pone a cargo del arrendatario; en particular cuando se estipula que habrá de acometer periódicamente aquellas que sean necesarias durante la vigencia del contrato. (I.G.P.).

**80. FABIANI, M.: «Diritto di autore e autonomia contrattuale», Dir. Aut., 1992, núm. 2, págs. 201-208.**

El principio de autonomía privada y el Derecho de autor. El acto de creación de la obra. Transmisión de los derechos de utilización de la obra y autonomía negocial. La disciplina legislativa de las transmisiones de los derechos sobre la obra. El principio de la buena fe en la interpretación y aplicación de los contratos de derecho de autor. La capacidad de obrar del autor. Relaciones contractuales en la evolución de la forma de utilización de la obra. Gestión individual y gestión colectiva de los derechos. (Aranda/Sierra).

**81. FABRINI TOMBARI, G.: «In tema di “pactum de non exequendo”», FI, 1992, núm. 6, parte I, cols. 1845-1851.**

Posibilidad de hacer valer el pacto de no ejecución convenido antes de la sentencia ejecutiva. Oponibilidad a la ejecución forzosa. Comentario a la sentencia de casación de 12 de agosto de 1991, núm. 8794. (Aranda/Sierra).

**82. FAVENNEC-HÉRY, Françoise: «La date certaine des actes sous seing privé», RTDC, núm. 1, enero-marzo de 1992, Articles, págs. 1-43.**

La autora analiza el artículo 1328 del code, llegando a la conclusión de que la exigencia de fecha cierta de los documentos privados no es un instrumento de oponibilidad de los derechos, sino que ha de ser referida más bien al ámbito de la prueba de los actos jurídicos». (L.M.L.F.).

**83. FERRARI, F.: «Principio consensualistico ed Abstraktionsprincip: un'indagine comparativa», CI, 1992, núm. 2, págs. 889-888.**

Tendencia del Derecho común europeo al «law in actio» en materia de contratos. (Aranda/Sierra).

**84. FERRARI, F.: «Obblighi d'informazione e responsabilità del produttore in Svizzera», CI, 1992, núm. 1, págs. 359-372.**

La responsabilidad del fabricante en Suiza. El objeto de la obligación de información. La naturaleza de la responsabilidad por defecto de información. Lími-

tes de la obligación de informar. La modalidad de la información en Suiza y en el Derecho americano. (Aranda/Sierra).

**85. FINOCCHIARIO, G.:** «Il danno informatico», CI, 1992, núm. 1, págs. 325-337.

Análisis del daño que causa el error del *software* o mal funcionamiento de un sistema informático. Posición jurisprudencial. Problema de la prueba del daño y valoración judicial de la culpa. (Aranda/Sierra).

**86. FOSSIER, Thierry:** «La Responsabilité du Juge des Tutelles ou de son Greffier dans le Fonctionnement de la Tutelle», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, Doctrine, págs. 143-146.

Análisis de la responsabilidad estatal, fundada en el funcionamiento anormal de los juzgados tutelares e invocable por las personas sometidas a tutela que hubieran experimentado un perjuicio patrimonial, como consecuencia de la mala gestión de sus administradores legales o tutores. (L.M.L.F.).

**87. FRIGERIO, M.:** «Delimitazione del concetto di superficie condominiale a verde ex art. 13 l. f.l. núm. 392/1978», LGCC, 1992, núm. 1, parte prima, págs. 26-29.

Anotaciones a la sentencia de la corte de Casación, sala III, de 17 de abril de 1991, núm. 4113 en materia de arrendamiento inmobiliario urbano para uso de vivienda. «Equo canone». (Aranda/Sierra).

**88. FRISON-ROCHE, Marie-Anne:** «L'indétermination du prix», RTDC, núm. 2, abril-junio de 1992, Articles, págs. 269-303.

La autora entiende que las decisiones judiciales que declaran la nulidad de ciertos contratos por indeterminación del precio cobran coherencia en la consideración de la desigualdad existente entre ambas partes contratantes, lo cual motiva la consecuente desigualdad de las obligaciones contraídas. Así el juez utiliza la indeterminación del precio como instrumento para censurar un contrato desigual, lo cual reviste una cierta gravedad desde el punto de vista de la función encomendada por el derecho a los jueces y tribunales. (L.M.L.F.).

**89. GALGANO, F.:** «Grande distribuzione e responsabilità per prodotti difettosi», CI, 1992, núm. 1, págs. 7-13.

Analiza en dos apartados, de un lado las obligaciones del distribuidor profesional de controlar la mercancía puesta a la venta; y, de otro, los derechos atribui-

dos al damnificado por leyes distintas que el D.P.R. 224/88 que desarrolla la normativa comunitaria núm. 85/364 y que en estas mismas leyes son reconocidos. (Aranda/Sierra).

**90. GIAMPIERI, A.: «La rilevanza delle exceptio doli nella disciplina del credito documentario ed i mezzi di tutela cautelare», LGCC, 1991, núm. 5, parte prima, págs. 671-679.**

Notas a la sentencia de la Pretura de Perugia de 28 de mayo de 1990 en materia de obligaciones en general; crédito documentario irrevocable; procedimiento de urgencia. (Aranda/Sierra).

**91. GIOVE, S.: «Operatività dell'art. 5 l. núm. 392/1978», LGCC, 1991, núm. 5, parte prima, págs. 664-666.**

Notas a la sentencia de casación civil, sala 1.<sup>a</sup>, de 28 de diciembre de 1990, núm. 12210 sobre arrendamientos de inmuebles urbanos para uso distinto al de vivienda: morosidad. (Aranda/Sierra).

**92. GIOVE, S.: «Anotación a la sentencia de casación civil, sala 3.<sup>a</sup> de 15 de marzo de 1991, núm. 2772», LGCC, 1991, núm. 5, parte prima, págs. 668-669.**

Comentario a la sentencia citada en materia de arrendamiento inmobiliario urbano para uso distinto al de vivienda: morosidad. (Aranda/Sierra).

**93. GIOVE, S.: «Notas a la sentencia de casación civil, sala 3.<sup>a</sup>, de 12 de febrero de 1991, núm. 1451», LGCC, 1991, núm. 6, parte prima, págs. 764-765.**

Notas a la sentencia citada en materia de arrendamiento inmobiliario urbano de viviendas. (Aranda/Sierra).

**94. GIOVE, S.: «Notas a la sentencia de casación civil, sala 3.<sup>a</sup>, de 2<sup>o</sup> de marzo de 1991, núm. 3388», LGCC, 1991, núm. 6, parte prima, págs. 768-769.**

Notas a la sentencia citada en materia de arrendamiento inmobiliario urbano de viviendas. (Aranda/Sierra).

**95. GIOVE, S.: «Natura dei vani sottotetto non conformi al regolamento edilizio», IGCC, 1992, núm. 1, parte prima, págs. 31-32.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación civil, sala III, de 17 de mayo de 1991, núm. 5569 sobre arrendamiento inmobiliario urbano de vivienda. Cálculo de la renta. (Aranda/Sierra).

**96. GOTTWALD, P.: «Die Bürgschaft als Anwendungsfall von § 1 Abs 1 HaustürWG?», BB, (1992), págs. 1296-1298.**

¿Puede alegar un fiador para sí el derecho de retirarse del contrato consagrado en el 1 Abs. 1 de la Ley sobre el derecho de revocación en los contratos celebrados a la puerta de casa y otros contratos análogos (HaustürWG, de 16 de enero de 1986, dictada en cumplimiento de la Directiva 85/577/CEE, referida a la protección de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles)? En el presente artículo el autor llega a la conclusión negativa puesto que el contrato de fianza no puede considerarse un contrato con prestación onerosa y la declaración de voluntad que da lugar al mismo no está incluida entre las previstas en el 1 Abs. 1 de la HaustürWG. (M.P.G.R.).

**97. GROUDEL, Hubert: «Les recours entre coauteurs (suite-et-fin?)», RDS, núm. 2, 9 de enero de 1992, Chroniques, págs. 19-22.**

Comentario de la Jurisprudencia establecida por el Pleno del Tribunal de Casación francés en tres sentencias de 31 de octubre, fundamentadas en el artículo 451-1 del código de la seguridad social y según las cuales el tercero, ajeno a la empresa y condenado a indemnizar la totalidad de los daños causados a la víctima de un accidente de trabajo, no dispone de acción de regreso contra el empleador o sus dependientes. (L.M.L.F.).

**98. GUÉVEL, Didier: «Les Résidences de loisir avec services. Panorama des formules», RDI, núm. 1, enero-marzo de 1992, Articles, págs. 37-45.**

Según la importancia relativa de la prestación de servicios y del derecho de goce sobre un bien inmueble, se analizan en el presente artículo las diversas figuras jurídicas que pueden albergarse bajo la genérica denominación de «residencia de vacaciones con servicios». (L.M.L.F.).

**99. HAAS, L.: «Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Die Mängelhaftung bei Kauf und Werkverträgen», NJW, (1992), págs. 2389-2395.**

El autor presenta y analiza la propuesta de la Comisión para la reelaboración del Derecho de Obligaciones en Alemania en materia de responsabilidad por vicios en el contrato de compraventa y en el contrato de obra. (M.P.G.R.).

**100. HAGER, Günter: «La responsabilité civile du fait des déchets en Droit Allemand», RIDC, núm. 1, enero-marzo de 1992, pág. 7.**

En el presente artículo se destaca cómo la heterogeneidad de los textos vigentes en esta materia también es propia del Derecho Alemán, conteniéndose en normas muy diversas, que abarcan desde las disposiciones relativas a la vecindad fundiaria hasta la ley de responsabilidad por los productos. En cuanto al fundamento de la responsabilidad, en los supuestos más corrientes se orienta hacia el criterio del riesgo, observándose también en algunas disposiciones una tendencia a abandonar el principio de la prueba integral de la causalidad.

El autor se muestra partidario de una reducción de la responsabilidad en caso de que concurran otros factores a la causación del daño, así como de la solidaridad en los supuestos de pluralidad de autores, destacando también las peculiaridades planteadas por la reparación del perjuicio causado por los residuos. (L.M.L.F.).

**101. HENNERKES, B.H.; SCHIFFER, J.F.: «Schiedsgerichtsbarkeit und mittelständische Unternehmen», BB, (1992), págs. 1439-1444.**

La apertura del mercado único europeo el 1 de enero de 1993 trae consigo, en opinión de los autores, un significado creciente del arbitraje. También los pequeños empresarios tomarán parte en las operaciones de exportación y, al igual que las grandes empresas, recurrirán al arbitraje internacional para la decisión de sus controversias. Pero no sólo en el ámbito del comercio nacional o internacional es indispensable el conocimiento de las posibilidades del arbitraje; para los pequeños empresarios, especialmente los de ámbito familiar, el arbitraje puede ser también la solución de algunos problemas no estrictamente comerciales. (M.P.G.R.).

**102. HUET, Jérôme: «La valeur juridique de la télécopie (ou fax), comparée au télex», RDS; núm. 4, 23 de enero de 1992, Chroniques, págs. 33-36.**

Estudio del valor probatorio de la telecopia, estructurado en tres fases. En la primera el autor afirma su valor jurídico indudable en los supuestos en que la ley no exija requisito formal alguno y además la prueba no esté tasada. En la segunda, expone las consideraciones de orden técnico que justifican la atribución de un menor valor probatorio a la telecopia emitida por fax que al télex. Por fin, el autor considera viable el recurso al servicio de intermediarios en telecomunicación para mejorar la fiabilidad y el valor jurídico de dicho soporte. (L.M.L.F.).

**103. HUET, Jérôme: «Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives», SJ, núm. 25, 17 de junio de 1992, Doctrine 3592, págs. 271-275.**

El autor se lamenta de que la ley de 18 de enero de 1992, más que reforzar la protección de los consumidores, se centra en la regulación de determinados as-

pectos relativos a la guerra comercial entre suministradores de bienes y servicios (publicidad comparativa). (L.M.L.F.).

104. IMPEROLI, R.: «La natura e la disciplina della protesta nel diritto dello spettacolo», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 3, págs. 326-333.

Nos define la «protesta» como la declaración que hace un empresario del espectáculo, de la inadaptación del artista contratado para el número que tiene que representar; y, por tanto, que el contrato no puede ser tenido como firme. Partiendo de esto, entra al estudio de la naturaleza y disciplina de la «protesta». (Aranda/Sierra).

105. JOURDAIN, Patrice: «La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée plénière du 12 juillet 1991», *RDS*, núm. 18, 30 de abril de 1992, *Chroniques*, págs. 149-156.

La referida sentencia ha venido a poner freno a la «contractualización» de la responsabilidad civil en los grupos de contratos, calificando como extracontractual la responsabilidad de los subcontratistas frente al dueño de la obra. El autor, tras un minucioso estudio, se muestra en desacuerdo con esta línea jurisprudencial estimando que la eficacia relativa del contrato no ha de ser un obstáculo insalvable para admitir la existencia de responsabilidad contractual en tales supuestos. (L.M.L.F.).

106. KARILA, Jean-Pierre: «L'Action Directe du Maître de L'Ouvrage à l'Encontre du Sous-Traitant est Nécessairement de Nature Délictuelle», *GP*, tomo bimestral enero-febrero de 1992, *Doctrine*, págs. 18-24.

Estudio de la evolución doctrinal y jurisprudencial relativa a la naturaleza de la responsabilidad del subcontratista frente al dueño de la obra, desarrollado a propósito de la reciente sentencia de la Asamblea Plenaria del Tribunal Francés de Casación, que ha venido a proclamar su naturaleza extracontractual, irrumpiendo así en el conflicto abierto sobre el particular entre las salas primera y tercera del Alto Tribunal. (L.M.L.F.).

107. KLEIN, W.: «Die Haftung von Versorgungsunternehmen nach dem Produkthaftungsgesetz», *BB*, (1992), págs. 917-924.

En este artículo el autor analiza cumplidamente la aplicación y los efectos de la Ley alemana sobre responsabilidad por los productos (ProdHaftG de 15 de diciembre de 1989, dictada en cumplimiento de la Directiva sobre responsabilidad por los productos defectuosos 85/374) en el caso de los suministradores de ciertos productos tales como el abastecimiento de gas, electricidad, agua o calefacción. (M.P.G.R.).

**108. KÖCK, W.; MEIER, K.: «Vertragsrechtliche Sicherheitsgewährleistung und Neue Risiken», JZ, (1992), págs. 548-557.**

La práctica jurisprudencial alemana aborda el problema de los «nuevos riesgos» bajo el aspecto de las garantías contractuales de seguridad. Sobre todo recurre a las normas de la garantía por vicios que a causa de su corto plazo de prescripción no siempre conducen a resultados satisfactorios, por lo que el autor propone nuevas vías como los llamados deberes accesorios, el recurso a las prohibiciones del tráfico jurídico negocial y las propias reglas del incumplimiento. (M.P.G.R.).

**109. LACHAUD, Jacques: «Nature Juridique du Contrat entre la Cooperative et le Viticulteur», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, Doctrine, págs. 169-170.**

El presente artículo postula la calificación del mencionado contrato como arrendamiento de obra. (L.M.L.F.).

**110. LACHAUD, Jacques: «Bail Rural & Mandat Apparent», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, Doctrine, págs. 167-168.**

El autor se muestra partidario de que el mandato para concertar tales arrendamientos ha de ser expreso, diferenciando entre la validez del arrendamiento concertado por el propietario aparente y la imposibilidad de admitir que un arrendamiento rústico pueda ser perfeccionado por el mandatario aparente. (L.M.L.F.).

**111. LACHAUD, Jacques: «Le Rôle de l'Autorité Administrative dans l'Application de l'Art. L. 411-32 C. Rur.», GP, tomo bimestral mayo-junio de 1992, Doctrine, 376-377.**

Cuando no existe plan de ocupación del suelo o cuando, existiendo este, el terreno arrendado se encuentra en una zona calificada como de urbanización futura, la legislación francesa permite la rescisión del contrato de arrendamiento rústico a instancia del arrendador, siempre que se obtenga previamente autorización administrativa para cambiar el uso del terreno. El autor analiza el carácter discrecional o reglado de esta autorización, a través del estudio de las escasas sentencias recaídas sobre el particular. (L.M.L.F.).

**112. LACHAUD, Jacques: «Qui se Trompe? Le Conseil d'Etat ou la Cour de Cassation?», GP, tomo bimestral mayo-junio de 1992, Doctrine, págs. 379-380.**

La normativa reguladora de las explotaciones agrícolas y de sus superficies mínimas impone, en algunos casos, la necesidad de autorización administrativa



previa a la realización de negocios jurídicos que hayan de afectar a tales superficies. Además, el derecho francés faculta al arrendatario asociado a una G.A.E.C. para poner las tierras arrendadas a disposición de la sociedad. Ejercitado por el arrendador el derecho que en determinados supuestos le asiste para recuperar el suelo arrendado, se plantea el problema de si, para apreciar la superficie de explotación que el arrendatario conservará en el futuro, y por lo tanto la necesidad de autorización administrativa, se habrán de tomar en consideración los terrenos que la G.A.E.C. tendrá a su disposición y que el arrendatario continuará explotando con los otros miembros de la sociedad, difiriendo en este sentido las soluciones del Consejo de Estado y el Tribunal de Casación. (L.M.L.F.).

**113. LAMBERT-FAIVRE, Yvone:** «*La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité: fondement et portée de la nullité des clauses "réclamation de la victime"*», RDS, núm. 2, 9 de enero de 1992, *Chroniques*, págs. 13-18.

Análisis jurídico de los fundamentos y del alcance práctico de la nulidad de las cláusulas de los contratos de seguro de responsabilidad civil que limitan la garantía del asegurador a los hechos dañosos que hubieran dado lugar a una reclamación de la víctima durante el período de eficacia del contrato, proclamada por la Sala Primera de lo civil del Tribunal de Casación en siete fallos recaídos todos el 19 de diciembre de 1990. (L.M.L.F.).

**114. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne:** «*Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels*», RDS, núm. 20, 21 de mayo de 1992, *Chroniques*, págs. 165-168.

El presente estudio comprende diversos aspectos de la problemática planteada por la indemnización de los daños morales sufridos por las víctimas de accidentes. Concretamente se centra en el alcance de la acción de retorno de los organismos de la seguridad social, la transmisibilidad por vía sucesoria de la acción de indemnización por estos daños y los perjuicios morales derivados de la perturbación en las condiciones de vida de los familiares más próximos a la víctima. (L.M.L.F.).

**115. LAPERTOSA, F.:** «*La responsabilità patrimoniale del debitore. art. 2740 c.c.*», LGCC, 1991, núm. 6, parte seconda, págs. 491-519.

Introducción histórica. Obligaciones y responsabilidad patrimonial del deudor. La responsabilidad patrimonial como garantía. Los límites derivados del poder de gestión del deudor del vínculo de garantía genérica. La responsabilidad patrimonial y la ejecución forzosa. El análisis exegético del art. 2740 del C.c. (Aranda/Sierra).

**116. LEHMANN, M.: «Produkt-und Produzentenhaftung für Software», NJW, (1992), págs. 1721-1726.**

Los programas de ordenador son modernos bienes económicos que pueden implicar cuantiosos peligros potenciales. Sin embargo, a juicio del autor de este artículo, los contornos de la responsabilidad por estos productos y de los productores por la falta de seguridad del *software* no está todavía firmemente establecida. (M.P.G.R.).

**117. LEPRI, A.: «La natura giuridica della denuntatio nella prelazione urbana», LGCC, 1992, núm. 1, parte prima, págs. 22-24.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación civil, sección III, de 22 de febrero de 1991, núm. 1909, sobre arrendamiento inmobiliario urbano para uso distinto de vivienda. Transmisión a título oneroso. Prelación. (Aranda/Sierra).

**118. LE TOURNEAU, Philippe: «De l'évolution du mandat», RDS, núm. 19, 7 de mayo de 1992, Chroniques, págs. 157-159.**

Análisis de la evolución histórica seguida por el régimen jurídico de este contrato. (L.M.L.F.).

**119. LOCASCIO, G.: «Obbligo del cessionario di credito di proporre l'insinuazione tardiva di cui all'art. 101 l. fall.», GC, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 938-942.**

Quiebra. El tribunal de quiebra. Decretos e impugnaciones. Recurso de casación ex art. 111 de la Constitución. Supuesto de cesión de crédito. Nota a la sentencia de casación de 9 de diciembre de 1991, núm. 12999. (Aranda/Sierra).

**120. MALINVAUD, Philippe et JESTAZ, Philippe: «Les contrats de construction de maisons individuelles», RDI, núm. 1, enero-marzo de 1992, Articles, pág. 1-26.**

La ley de 19 de diciembre de 1990 ha diversificado el régimen jurídico del contrato de construcción de vivienda individual, según exista o no aportación de plano por el constructor. Las medidas de protección establecidas por la citada norma en favor del dueño de la obra, se incrementan notablemente en el caso de ser el constructor quien aporte los planos, por entender que en tal supuesto estamos ante un auténtico vendedor o promotor. Sin embargo, tampoco se ha dudado en establecer determinadas medidas de protección en favor del dueño de la obra, aún cuando sea este quien aporta los planos. El presente artículo se dedica al análisis del tratamiento dado por el legislador a ambos supuestos. (L.M.L.F.).

**121. MARENCO, Giuliano:** «*La Notion de Restriction aux Libertés d'Etablissement et de Prestation de Services dans la Jurisprudence de la Cour*», GP, tomo bimestral mayo-junio de 1992, *Doctrine*, págs. 317-332.

El presente trabajo se dedica a intentar descifrar, a través del examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el alcance de la noción de restricción prohibida por el Tratado CEE, analizando si tal concepto se refiere a las medidas discriminatorias o puede extenderse más allá de la idea de discriminación. (L.M.L.F.).

**122. MARGEAT, Henri:** «*Nos Voisins Européens et la Protection des Victimes de la Circulation*», GP, tomo bimestral mayo-junio de 1992, *Doctrine*, págs. 452-461.

Estudio de los problemas planteados por los diferentes sistemas de valoración de los daños causados a las víctimas de los accidentes de circulación en los diferentes países de la CEE y de la incidencia en esta materia del desvanecimiento de las fronteras y de la aplicación de la *lex loci delicti*. (L.M.L.F.).

**123. J. MARTIN, Gilles:** «*La Responsabilité civile du fait des déchets en Droit Français*», RIDC, núm. 1, enero-marzo de 1992, págs. 65-82.

El autor analiza el papel que el Derecho Civil Francés puede desarrollar como complemento de la legislación administrativa dominante en este ámbito.

La sistemática utilizada parte de la diferenciación entre los daños producidos sin que entre la víctima y el causante de las mismas existiera vínculo contractual alguno y aquellos otros generados con motivo de la ejecución de un contrato, resaltándose las peculiaridades que plantea la aplicación de la normativa legal o de la regulación contractual en el ámbito de los daños producidos por los residuos. (L.M.L.F.).

**124. MARZIALI, C.:** «*Limiti di configurabilità dei reati di falso, fraude fiscale e truffa nell'ipotesi di contraffazione del sigillo SIAE. E della relativa impronta*», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 3, págs. 334-341.

En la falsificación de entradas a espectáculos públicos, plantea la posibilidad de que se realice por el propio empresario, con fines defraudatorios de impuestos, o por un tercero, en cuyo caso el perjudicado será el propio empresario. Centra más su estudio en el primer supuesto. (Aranda/Sierra).

**125. MASSETTI, C.: «Avveramento della condizione risolutiva e domanda di risoluzione del contratto per inadempimento», LGCC, 1991, núm. 6, parte prima, págs. 731-734.**

Notas a la sentencia de casación civil, sala segunda, de 4 de agosto de 1990, núm. 7875 sobre el contrato en general. Incumplimiento pendiente de condición. (Aranda/Sierra).

**126. MAZZA, M.: «La prova scritta e il procedimento monitorio», CI, 1992, núm. 2, págs. 557-567.**

Limitación de la prueba en el procedimiento monitorio. Estudio de la prueba escrita: la escritura privada no autenticada y la presunción del 2729 C.c.; los documentos contables; la letra de cambio y el giro; otros documentos provenientes del acreedor y de terceros. El telex como documento probatorio. (Aranda/Sierra).

**127. MEDICUS, D.: «Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen», NJW, (1992), págs. 2384-2389.**

La infracción de los deberes de prestación carece en el BGB de una regulación suficientemente clara y precisa. Por ello, la Comisión para la reelaboración del Derecho de Obligaciones propone una simplificación de las normas existentes, el acercamiento al Derecho uniforme en materia de compraventa y la incorporación al texto legal de normas e instituciones de construcción doctrinal y jurisprudencial, tales como la culpa *in contrahendo*, la alteración de las bases del negocio y el derecho de desestimiento como fundamento importante de las relaciones obligatorias de larga duración. (M.P.G.R.).

**128. MÖLLER, D.: «Praktische Erfahrungen mit der DAS/DIS-Schiedsgerichtsordnung», BB, (1992), págs. 2018-2020.**

Breve panorámica de la experiencia práctica alemana en materia arbitral tras la unificación en 1992 de las dos instituciones arbitrales más importantes del país. (M.P.G.R.).

**129. MORANÇAIS-DEMEESTER, Marie-Luce: «Contamination par transfusion du virus du SIDA: responsabilités et indemnisation», RDS, núm. 23, 11 de junio de 1992, Chroniques, págs. 189-194.**

Desgraciadamente, el problema abordado en el presente artículo va a cobrar una trascendental relevancia en nuestro país en los próximos meses. Se analiza la evolución de las acciones emprendidas por las víctimas; que, de los causantes del accidente que motivó la transfusión o los médicos que la practicaron, pasaron a ser dirigidas contra los centros de transfusión. También se estudia la progresión seguida por la ju-

risprudencia hacia el establecimiento de una serie de presunciones, facilitadoras de la posición jurídica de las víctimas, llegándose por fin a la creación de un fondo estatal, destinado a la indemnización integral de los afectados y al cual se confiere una acción de regreso contra los autores culpables de la inoculación. (L.M.L.F.).

**130. MÜLBERT, Peter O.: Das verzinsliche Darlehen. Konsensualvertrag statt Realkontrakt-oder: synallagmatisches Entgelt statt akzessorischer Zinsen. ACP Band 192 (1992) pág. 447.**

En torno a la naturaleza del contrato de préstamo se encuentran dos concepciones distintas: como contrato real y como contrato consensual. El autor analiza detenidamente ambas posturas y frente a la extendida opinión que priva de relevancia práctica a esta contraposición se ponen de relieve la diversidad de consecuencias que de ella se derivan; en particular, la consideración del préstamo como contrato unilateral frente a su calificación como contrato sinalagmático. La distinción cobra especial importancia en lo referente a la obligación de intereses: para la «Realkontrakttheorie» rige el principio de accesoriedad de dicha obligación, mientras que desde la perspectiva consensual los intereses convencionales se conciben como la contraprestación en el marco de un contrato sinalagmático. (I.G.P.).

**131. OSMAN, Filali: «Bonne Foi et Surendettement des Particuliers», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, Doctrine, págs. 255-262.**

La Ley de 31 de diciembre de 1989 establece un procedimiento especial en beneficio del deudor de buena fe que se encuentre en la manifiesta imposibilidad de hacer frente al conjunto de sus deudas. El autor dedica su estudio al análisis de cuál pueda ser el significado de tan etéreo concepto en relación con el problema concreto planteado y a la determinación del momento en que se precisa su concurrencia. (L.M.L.F.).

**132. PAUTOT, Serge: «Les Courses de Motos et la Loi», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, Doctrine, págs. 113-118.**

Análisis bastante completo de la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados en las citadas manifestaciones deportivas. (L.M.L.F.).

**133. PEISSE, Michel: «Construction d'une Maison Individuelle», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, Doctrine, págs. 26-33.**

Estudio analítico del Título III del Libro II del Código de la Construcción y de la Vivienda de 19 de diciembre de 1990, especialmente interesante en cuanto a las medidas establecidas en relación con el contenido del contrato para la protección del dueño de la obra. (L.M.L.F.).

**134. PERINET-MARQUET, Hugues:** «*Remarques sur la force de la garantie des constructeurs (Depuis la loi de 1978)*», *SJ*, núm. 5, 29 de enero de 1992, *Doctrine* 3553, págs. 47-54.

Ante las deficiencias del sistema de seguro obligatorio instaurado por la legislación francesa, el autor considera que la garantía ofrecida por los artículos 1792 y siguientes del *Code* continúa estando de actualidad. Así, dedica su análisis a determinar si se deriva de la regulación contenida en dichos preceptos una presunción de imputabilidad del daño al constructor, y a la amplitud de las posibilidades conferidas a éste para exonerarse de responsabilidad demostrando la interferencia de una causa ajena a su ámbito de control. (L.M.L.F.).

**135. PESCATORE, G.:** «*Locazione di nave a scafo nudo e iscrizione nei registri "speziali"*», *FI*, 1992, núm. 6, parte V, cols. 185-196.

Análisis del contrato de alquiler de nave desde el Código de la navegación hasta la ley 234/1989. La Convención de Ginebra de 7 de febrero de 1986. La inscripción y sus efectos. La opinión de A. Scialoja en la materia. (Aranda/Sierra).

**136. PETER, M.; TONNER, K.:** «*Umweltbeeinträchtigungen auf Reisen*», *NJW*, (1992), págs. 1794-1798.

En este artículo los autores vuelven sobre un tema que ya había sido abordado por Von Führich (*NJW*, 1991, págs. 2192 ss.) cual es el de los perjuicios producidos por las catástrofes naturales en los contratos de viaje. A diferencia de este último autor, no consideran que la agencia de viajes quede liberada de toda responsabilidad por el cumplimiento de ciertos deberes de información y abogan por criterios más completos y flexibles. (M.P.G.R.).

**137. PIEPER, H.:** «*Verbraucherschutz furch Pflicht zum Rückruf fehlerhafter Produkte?*», *BB*, (1992), págs. 985-992.

En el ámbito de la responsabilidad por los productos (Directiva de 25 de julio de 1985 y Ley alemana de 15 de diciembre de 1989), el autor se plantea la existencia y características de un eventual deber jurídico por parte del productor de tomar determinadas medidas para prevenir daños y si, correlativamente a ese deber, correspondería un derecho al consumidor para exigirlo. En tal contexto, el autor a través de un detallado análisis deduce la existencia del deber por parte del productor de recuperar y retirar del mercado los productos que, con posterioridad a su puesta en circulación, resulten ser defectuosos (*Rückrufpflichten*). (M.P.G.R.).

**138. PIOMBO, D.: «Durata legale della locazione non abitativa ex art. 27 l. 392/78, e opponibilità del contratto all'acquirente in caso di vendita dell'inmobiliare», FI, 1992, núms. 7-8, parte I, cols. 2152-2153.**

Transmisión de contrato de arrendamiento. Su oponibilidad al tercero adquirente. Notas a la sentencia de casación de 30 de diciembre de 1991, núm. 14012. (Aranda/Sierra).

**139. PIOMBO, D.: «L'art. 11 de l. 333/92, modificato dalla legge di conversione 359/92, sugli accordi in deroga alla legge c.d. dell'equo canone: una norma da riscrivere», FI, 1992, núm. 11, parte I, cols. 3161-3173.**

Comentario a la ordenanza de 19 de octubre de 1992, del Tribunal de Monza sobre la aplicación de la prórroga legal del contrato de arrendamiento de vivienda al vencimiento del contrato, posterior a la entrada en vigor de la ley 359/92. (Aranda/Sierra).

**140. PISAPIA, V.: «Questioni in tema di danno ambientale», LGCC, 1991, núm. 5, parte prima, págs. 537-545.**

Comentario a la sentencia de casación penal, sala 3.<sup>a</sup>, de 31 de julio de 1990 sobre medio ambiente y daño ambiental. (Aranda/Sierra).

**141. PISCIOTTA, G.: «La responsabilità del produttore agricolo», CI, 1992, núm. 1, págs. 339-358.**

Introducción en Italia de la responsabilidad objetiva de productos por daños causados por productos defectuosos con la aprobación del d.p.r. de 24 de mayo de 1988, núm. 224 y directiva de la CEE 85/374. La responsabilidad de la empresa en la doctrina italiana. Criterios legales de responsabilidad objetiva. Previsión de exclusión de responsabilidad por los productos agrícolas naturales. La transformación del producto y el carácter industrial de la transformación y otros tratamientos que conducen a la responsabilidad objetiva del productor agrícola. (Aranda/Sierra).

**142. PONCEBLAC, Gérard: «La Préservation des Droits du Bailleur dans le Cadre du Dépôt de Bilan de son Locataire», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, Doctrine, págs. 101-102.**

El autor recuerda la constante jurisprudencia que viene afirmando la posibilidad de resolver el arrendamiento de local de negocio por falta de pago de las rentas posteriores a la apertura de un procedimiento de rehabilitación judicial, una vez transcurrido el plazo de tres meses contemplado por la Ley de 25 de enero de 1985. (L.M.L.F.).

**143. PONZANELLI, G.:** «*Pallino anonimo*», ovvero attività pericolosa con responsabile ignoto e problemi di “welfare state”», *FI*, 1992, núm. 5, parte I, cols. 1348-1351.

Notas a la sentencia de la corte constitucional de 4 de marzo de 1992, núm. 79 sobre la inconstitucionalidad del art. 2050 del C.c. en materia de responsabilidad. (Aranda/Sierra).

**144. PRELLE, Maurice:** «*La Face Cachée des Ci-Devant Infractions “de change”*», *GP*, tomo bimestral enero-febrero de 1992, *Doctrine*, págs. 34-37.

El autor aborda algunos aspectos del derecho relativo al control de cambio, tales como la retroactividad «in mitius», la incidencia del derecho comunitario o el código de aduanas, cuya actualidad, pese a la liberalización de las operaciones de cambio, le parece evidente. (L.M.L.F.).

**145. PRINCIGALLI, A.:** «*Omissioni e responsabilità civile della pubblica amministrazione*», *FI*, 1992, núm. 5, parte I, cols. 1421-1424.

Notas a la sentencia, sección única, de la corte de casación de 14 de enero de 1992, núm. 367 en materia de responsabilidad civil de la administración por lesiones de intereses legítimos. (Aranda/Sierra).

**146. RAYMOND, Guy:** «*Analyse juridique du “buy-back”*», *SJ*, núm. 10, 4 de marzo de 1992, *Doctrine* 3564, págs. 119-121.

En el presente artículo se intenta calificar jurídicamente la mencionada técnica de marketing, en virtud de la cual se ofrece al consumidor la devolución, al cabo de un período de tiempo, del precio que pagó por el bien adquirido, sin que este consumidor venga obligado por su parte a la devolución del mencionado bien. (L.M.L.F.).

**147. RÉMERY, Jean-Pierre:** «*Les Relations de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la Loi Applicable aux Obligations Contractuelles avec les Autres Conventions*», *GP*, tomo bimestral mayo-junio de 1992, *Chronique*, págs. 426-430.

Estudio de los conflictos planteados entre el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y los Convenios de la Haya de 15 de junio de 1955, sobre la ley aplicable a la compra-venta internacional de bienes muebles corporales y de las Naciones Unidas, sobre con-



tratos de compra-venta internacional de mercancías, concluido en Viena el 11 de abril de 1980. (L.M.L.F.).

**148. ROELLECKE, G.: «Das Mietrecht des BVerfG», NJW, (1992), págs. 1649-1654.**

La jurisprudencia del BVerfG acostumbra a utilizar en relación con el arrendamiento de fincas urbanas la figura de la «Eigentumseingriff» (intervención en la propiedad) que a juicio del autor del presente artículo resulta inadecuada, puesto que el legislador que disciplina los arrendamientos no interviene en el derecho de propiedad, sino únicamente en las posibilidades de utilización del bien por parte del arrendador; el uso inadecuado del citado concepto puede conducir, a juicio del autor, a consecuencias indeseables. (M.P.G.R.).

**149. ROLLAND, W.: «Schuldrechtsreform- Allgemeiner Teil», NJW, (1992), págs. 2377-2384.**

Con el Dictamen de la Comisión para la reelaboración del Derecho de Obligaciones en Alemania, la discusión sobre la reforma entra en su segunda década. El presente artículo resume, de modo crítico, el desarrollo de la mencionada discusión hasta el presente. También muestra las novedades esenciales que propone la Comisión en el campo de la compraventa, el contrato de obra y la prescripción, completándose el artículo con una panorámica final sobre los trabajos para la unificación internacional y supranacional del Derecho de Obligaciones y sus posibles implicaciones en la futura reforma alemana. (M.P.G.R.).

**150. SABATO, R.: «La sopravvenienza nell'appalto privato», LGCC, 1992, núm. 1, parte seconda, págs. 9-38.**

Ambito de aplicación del art. 1664 del C.c. La onerosidad en la ejecución por variación del costo de los materiales y de la mano de obra. La dificultad de ejecución por «sorpresa geológica». La exclusión de la aplicabilidad del art. 1664 del C.c.: derogación convencional. Reflexiones sobre la cualificación del contrato. (Aranda/Sierra).

**151. SAILLY, Michèle: «La Police D.O. et les Travaux exécutés dans la Copropriété», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, Doctrine, págs. 197-198.**

En relación con las obras a realizar en un edificio constituido en régimen de Propiedad Horizontal, el autor se pregunta quién está obligado a suscribir la póliza de seguro para trabajos privados de edificación, impuesta por la ley de 4 de enero de 1978, concluyendo que, en cualquier caso, el presidente de la comunidad

de propietarios no puede ser objeto de la sanción penal prevista para el incumplimiento del deber legal. (L.M.L.F.).

**152. SAVORANI, G.:** «Questioni in tema di responsabilità del notaio ex art. 2761, 1.º c.c.», *LGCC*, 1991, núm. 6, parte prima, págs. 777-780.

Notas a la sentencia de casación civil, sala 3.<sup>a</sup>, de 12 de mayo de 1990, núm. 4111 sobre obligación de transcribir del notario y los términos. (Aranda/Sierra).

**153. SCHLEMMINGER, H.:** «Das Schriftformerfordernis bei Abschluß langfristiger Mietverträge», *NJW*, (1992), págs. 2249-2256.

En el artículo se analizan las consecuencias injustas para el arrendatario a las que lleva el incumplimiento de la exigencia de forma escrita reclamada por el 566 S 1 BGB para los contratos de arrendamiento de viviendas y locales de duración superior a un año. (M.P.G.R.).

**154. SCHÜTZE, R.A.:** «Zur notariellen Beurkundung von Schiedsvereinbarungen», *BB*, (1992), págs. 1877-1881.

La protocolización notarial de un convenio arbitral. (M.P.G.R.).

**155. SIMONE, R.:** «Danno biologico del dipendente e responsabilità del datore di lavoro», *FI*, 1992, núm. 11, parte I, cols. 2966-2969.

Notas a la sentencia de la corte de casación, sección laboral, de 8 de julio de 1992, núm. 8325, sobre responsabilidad del empresario por daños físicos al trabajador, producidos por hechos ilícitos de aquel o de sus encargados. El seguro obligatorio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. (Aranda/Sierra).

**156. SOULEAU, Isabelle:** «De la résidence avec services aux services avec résidence», *RDI*, núm. 2, abril-junio de 1992, *Articles*, págs. 155-171.

El autor realiza un análisis de los rasgos jurídicos característicos de las denominadas residencias con servicios para personas ancianas, centrándose en las diferencias existentes entre esta figura y las clásicas residencias de ancianos u otras intermedias, derivadas básicamente de que en la residencia con servicios el anciano puede llevar una vida totalmente autónoma, en virtud de la utilización privativa de un alojamiento no amueblado y completo. (L.M.L.F.).

**157. SPICKHOFF, A.:** «Die Auskunftspflicht des Lieferanten», NJW, (1992), págs. 2055-2058.

En Derecho alemán, cuando existe un producto defectuoso el dañado sólo puede hacer valer su derecho frente al fabricante si conoce a éste; para lograr este fin no es infrecuente que necesite la correspondiente información por parte de su proveedor, problema que ha sido recogido por el § 4 III ProdHaftG. El autor se pregunta cuándo existe un derecho a la información frente al proveedor y qué posibilidades ofrece el BGB y la ProdHaftG en el caso de que dicho proveedor no suministre la información. (M.P.G.R.).

**158. STRAUCH, D.:** «Rechtsgrundlagen der Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten», JUS, (1992), págs. 897-902.

En el artículo se estudia la responsabilidad del profesional del consejo, información o dictamen, analizando separadamente la responsabilidad de naturaleza contractual (nacida de un contrato de obra o de un contrato de prestación de servicios), cuasicontractual (responsabilidad del abogado o responsabilidad por las indicaciones contenidas en un prospecto) o delictual (cuando se den los presupuestos de aplicación de los 823 y ss. del BGB. (M.P.G.R.).

**159. TALLON, Denis:** «Le surprenant réveil de l'obligation de donner», RDS, núm. 8, 20 de febrero de 1992, Chroniques, págs. 67-70.

Crítica de la fundamentación contenida en tres sentencias de la Sala de lo Mercantil del Tribunal de Casación que, con la finalidad de evitar declarar la nulidad de sendos contratos por indeterminación del precio, afirman que la exigencia de determinación, impuesta en relación con el objeto del contrato por el artículo 1129 del Code, no resulta aplicable a las obligaciones de dar. Al diferenciarse además en la citada jurisprudencia entre contrato marco y contratos de compra-venta perfeccionados en ejecución de aquél, parece cobrar vigencia un concepto abandonado en los sistemas que, como el francés, establecen la transmisión de la propiedad por el mero contrato. (L.M.L.F.).

**160. TAUPITZ, J.:** «Vertragerfüllung durch Leistung an den "Vertreter" des Gläubigers», JUS, (1992), págs. 449-456.

Cumplimiento del contrato mediante el pago al representante del acreedor. (M.P.G.R.).

**161. DÉTILLA, M.:** «Sulla determinabilità et individuazione dell'oggetto del contratto di vendita immobiliare», GC, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 1030-1035.

Notas a las sentencias de casación de 10 de junio, 16 de mayo y 29 de abril de 1991, núm. 6570, 5480 y 4738 en materia de los límites del fundo vendido como forma de

prueba de delimitación del objeto. No sirven por sí solas cuando se contrastan con otras que lo contradicen. La transferencia de la propiedad inmobiliaria, por su importancia, requiere rigor de forma e inequívocas manifestaciones de consenso. (Aranda/Sierra).

**162. TRIOLA, R.: «La denuncia dei vizi nella vendita», LGCC, 1992, núm. 1, parte seconda, págs. 1-8.**

La razón de la denuncia. El vencimiento del término: vicios aparentes y vicios ocultos. La venta en cadena. Forma y legitimación pasiva. El uso de la cosa vendida y denuncia de los vicios. Adecuación de la denuncia, carga de la prueba y su valoración. (Aranda/Sierra).

**163. VIET, Jacques: «La Maitrise d'Oeuvre en Informatique», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, Doctrine, págs. 140-142.**

Estudio de la obligación contraída por el experto informático o por la sociedad de servicios interviniente en la realización de un sistema informático. Se aborda en especial el problema representado por el alcance de la responsabilidad de estas personas, en caso de que el interés del acreedor quede insatisfecho. (L.M.L.F.).

**164. VIVIEN, Georges: «De l'erreur déterminante et substantielle», RTDC, núm. 2, abril-junio de 1992, Articles, págs. 305-336.**

A partir de la finalidad del error como vicio del consentimiento, centrada por la Doctrina y la Jurisprudencia en la consecución de un delicado equilibrio entre el objetivo de no dar eficacia a un vínculo contractual que no se corresponda con la voluntad auténtica de quien lo ha contraído y el de proteger al otro contratante de una nulidad que no puedo prever, el autor se lamenta de que todo el debate se estructure en torno al carácter sustancial del error. Entiende así que la sustancialidad resume una condición suplementaria y restrictiva, contemplada por el artículo 1110 del code para proteger al contratante que no sufre el error, salvaguardando así la seguridad jurídica, mientras que el propio error, en tanto vicio del consentimiento, tiene su sede en el artículo 1109 del propio texto legal. (L.M.L.F.).

**165. VV.AA.: «Recht und Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit», BB, (1992), Suplemento 15 al núm. 28/92.**

Monográfico dedicado a la institución arbitral en la Alemania reunificada, con contribuciones de varios autores. (M.P.G.R.).

**166. WASSERMANN, P.: «Zur Anwendbarkeit des Haustürwiderrufgesetzes auf Bürgschaftsverträge». BGHZ 113, 287 und BGB, NJW (1991) 2905.**

Comentario a dos decisiones del BGH en las que se plantea, con idéntica respuesta negativa, la aplicabilidad de la HaustürWG al contrato de fianza. (M.P.G.R.).

**167. WEBER, Martin: Haftung für in Aussicht gestellten Vertragsabschluss. ACP 192 (1992) pág. 390.**

El estudio parte de una constatación admitida por doctrina y jurisprudencia: bajo determinados presupuestos habrá de responder quien defraude las legítimas expectativas generadas a la vista de un futuro contrato que al final no se concluya. El autor analiza varios supuestos como por ejemplo el conocer o deber conocer el obstáculo que impide la válida celebración de un contrato. Lo discutido es el fundamento, los presupuestos y el alcance de dicha responsabilidad. Se examinan las vías ensayadas por doctrina y jurisprudencia (contractual, extracontractual, invocando la buena fe o la protección de la confianza) y se proponen soluciones desde la consideración institucional del contrato como un proceso. (I.G.P.).

**168. WEBER, R.: «Entwicklung und Ausdehnung des § 242 BGB zum «königlichen Paragraphen», JUS, (1992), págs. 631-636.**

A juicio del autor, la aplicación extensiva del 242 BGB ha erigido lo que era una norma de interpretación en materia obligacional en un principio jurídico de aplicación general en el ordenamiento jurídico alemán al modo que en el suizo es el 2 del Código civil. (M.P.G.R.).

**169. WITTMANN, F.J.: «Gewährleistungsfrist und Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche», BB, (1992), págs. 854-856.**

Plazo de garantía y plazo de prescripción para el derecho de saneamiento en el contrato de obra.

Breve disertación sobre los problemas interpretativos y de coherencia que presentan los párrafos 4 y 5 del § 13 del Reglamento sobre las prestaciones de la construcción (VOB/B). (M.P.G.R.).

**170. WÜST, G.: «Das Problem des Wirtschaftens mit beschränkter Haftung», JZ, (1992), págs. 710-715.**

Consideraciones teóricas sobre la génesis, fundamento y manifestaciones de la limitación de la responsabilidad en la economía moderna. (M.P.G.R.).

5. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL.

**171. ANNUNCIATA, M.: «Responsabilità per costruzione abusiva non prealizzata dal proprietario del suolo», GC, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 872-873.**

Cuestiones de legitimidad constitucional del art. 7, 3.º de la ley de 28 de febrero de 1985, núm. 47. Observaciones a la sentencia de la corte constitucional de 15 de julio de 1991, núm. 345. (Aranda/Sierra).

**172. AUBY, Jean-Bernard: «La loi d'orientation pour la ville du 13 juillet 1991», SJ, núms. 1-2, 8 de enero de 1992, Doctrine 3546, págs. 3-11.**

Comentario del referido texto legal, que el autor califica como producto del actual urbanismo de desarrollo social, en tanto intenta prevenir o corregir los males propiamente sociales de la civilización urbana, y surge como respuesta a los graves incidentes ocurridos en nuestro país vecino a consecuencia del estado de degradación urbana, social y psicológica, de los asentamientos urbanos suburbanos. (L.M.L.F.).

**173. BIFFI, L.: «Il nuovo potere di “sospensione“ della vendita forzata immobiliare», NLCC, 1992, núm. 5, págs. 1099-1106.**

Análisis del art. 19 bis de la ley de 12 de julio de 1991, núm. 203 modificativo del art. 586 del C. procesal civil, en el que se otorga un poder discrecional al juez para suspender el procedimiento de ejecución forzosa. (Aranda/Sierra).

**174. BIFFI, L.: «Il nuovo potere di di “sospensione“ della vendita forzata immobiliare», NLCC, 1992, núm. 5, págs. 1099-1106.**

Comentario al artículo 19 bis de la ley de 12 de julio de 1991, núm. 203 modificativo del artículo 586 del código de procedimiento civil sobre el poder discrecional del juez para suspender el procedimiento de venta forzosa. (Aranda/Sierra).

**175. BOCCHETTI, M.T.: «La nuova disciplina dell'indennità di espropriazioni degli immobili urbane», NLCC, 1992, núm. 5, págs. 954-962.**

Comentario al art. 5 bis de la ley de 11 de julio de 1992, núm. 333 en relación con la ley de 8 de agosto de 1992, núm. 359. (Aranda/Sierra).

**176. BONSIGNORE, A.F.M.:** «*Alcune note sull'attuazione della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità ingannevole*», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 2, págs. 209-216.

La utilización de la normativa del derecho de autor para tutelar los derechos de los creadores de mensajes publicitarios. (Aranda/Sierra).

**177. BONSIGNORE, A.:** «*Nota alla controversia telemilano s.p.a. c. SIAE*», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 1, págs. 96-111.

Notas a la sentencia del Tribunal de Roma de 21 de marzo de 1991 sobre determinación de las compensaciones de los derechos de autor por radiodifusión. Obligación legal contraída con igualdad de tratamiento. (Aranda/Sierra).

**178. CATALDO, V. DI:** «*Questioni in tema di brevetto per formula generale*», *LGCC*, 1991, núm. 5, parte prima, págs. 554-562.

Comentario a la sentencia de casación civil, sala 1.<sup>a</sup>, de 16 de noviembre de 1990, núm. 11094 sobre inventos químicos. (Aranda/Sierra).

**179. COLLOVA, T.:** «*Sulla televisione a pagamento in Europa e in particolare sulla francese canal plus*», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 1, págs. 46-75.

Problemática especial que plantean las televisiones codificadas por su programación exhaustiva en obras cinematográficas y por el cobro de un canon. (Aranda/Sierra).

**180. CORRADI, E.:** «*Sulle tecniche di tutela del diritto di proprietà privata nel quadro dell'espropriazione per pubblica utilità con precipuo riferimento al fenomeno dell'occupazione acquisitiva*», *LGCC*, 1991, núm. 5, parte prima, págs. 590-600.

Notas a la sentencia de casación civil, sala 1.<sup>a</sup>, de 23 de junio de 1990, núm. 6399 sobre expropiación por interés público y su procedimiento. (Aranda/Sierra).

**181. CHERCHEVE, Frédéric:** «*Purge et Radiation des Hypothèques Grevant les Immeubles Cédés en Application d'un Plan de Cession de l'Entreprise*», *GP*, tomo bimestral enero-febrero de 1992, *Doctrine*, págs. 109-111.

Estudio de la manera en que el adquirente de un inmueble integrante del activo cedido de una empresa sometida a rehabilitación judicial, puede conseguir la cancelación de las hipotecas constituidas sobre el mismo. (L.M.L.F.).

**182. DITTA, E.: «Il supercondominio» 1, LGCC, 1991, núm. 6, parte seconda, págs. 481-490.**

La propiedad horizontal invertida y la propiedad vertical: chalets. Problemas de la disciplina jurídica aplicable. Cuestiones relativas a la administración del supercondominio y otras cuestiones. (Aranda/Sierra).

**183. DITTA, E.: «Disciplina delle pertinenti e alienabilità delle unità immobiliari con esclusione del posto auto», LGCC, 1991, núm. 6, parte prima, págs. 744-749.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Génova de 23 de enero de 1991 sobre acción edilicia y urbanismo. (Aranda/Sierra).

**184. EDELMAN, Bernard: «La rue et le droit d'auteur», RDS, núm. 11, 12 de marzo de 1992, Chroniques, págs. 91-97.**

El autor pasa revista a la protección dispensada por el derecho francés al arquitecto frente a la reproducción de su obra. (L.M.L.F.).

**185. «Eigentumserwerb an beweglichen Sachen nach § 932 ff. BGB», JUS, (1992), págs. 713-723.**

El autor estudia la solución dada por los § 932 y ss. del BGB al conflicto de intereses planteado entre el adquirente de buena fe de una cosa mueble que no pertenecía al enajenante y el verdadero dueño de la cosa. (M.P.G.R.).

**186. FABIANI, M.: «Sulla ilicità dei bootlegs», Dir. Aut., 1992, núm. 2, págs. 273-274.**

Comentario a la sentencia de la Corte de apelación de Milán de 5 de febrero de 1992 sobre registro de conciertos en vivo. Consentimiento de los autores de la obra. (Aranda/Sierra).

**187. FABIANI, M.: «Opera d'arte applicata e modello o disegno ornamentale», Dir. Aut., 1992, núm. 2, págs. 295-296.**

Comentario a la decisión de la Pretura de Alba de 9 de enero de 1992 sobre distinción entre obra de arte y diseño industrial. (Aranda/Sierra).



**188. FABIANI, M.: «Il falso letterario, artistico o musicale», Dir. Aut., 1992, núm. 3, págs. 319-325.**

Comienza con una introducción histórica en la que describe la inauguración de un museo de falsificaciones. Se introduce posteriormente en aspectos técnicos de distinción entre falsificación y plagio, la tutela del adquirente y la defensa del autor falsificado, diferenciando los distintos aspectos que presenta según que se trate de una obra literaria, musical o plástica. (Aranda/Sierra).

**189. FABIANI, M.: «Diffusione di trasmissioni televisive in camere d'albergo e diritti di autore sulle opere telediffuse», Dir. Aut., 1992, núm. 1, págs. 126-129.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Gran instancia de París, sala 1.<sup>a</sup>, de 14 de mayo de 1990, sobre difusión de obra televisiva. No necesidad de la autorización del organismo de emisión. (Aranda/Sierra).

**190. FERAL-SCHUHL, Christiane: «Droits d'Auteur: Nouveautés et Incertitudes de la Directive Européenne sur la Protection des Programmes d'Ordinateur», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, Doctrine, págs. 209-221.**

Comentario de la Directiva comunitaria 91/250 sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, adoptada por el Consejo de la CEE el 14 de mayo de 1991. (L.M.L.F.).

**191. FERRARA SANTAMARIA, M.: «La comunità accetta le radio-diffusioni via satellite codificate della RAI— La nuova proposta di direttiva CE per satellite e cabo», Dir. Aut., 1992, núm. 1, págs. 76-79.**

El autor da cuenta de la interpelación hecha a la CEE sobre este tema y la respuesta dada por el comisario europeo. (Aranda/Sierra).

**192. FOYER, Jean: «Le mirage de la priorité interne», SJ, núms. 23-24, 10 de junio de 1992, Doctrine 3590, págs. 263-266.**

El artículo 13 bis de la ley francesa de patentes establece que si dos solicitudes de patente son depositadas sucesivamente, por el mismo inventor o quien de él traiga causa, y en un plazo de doce meses como máximo, el solicitante puede pedir que la segunda se beneficie de la fecha de depósito de la primera para los elementos comunes a ambas solicitudes. Esta redacción plantea una duda interpretativa en relación con el alcance del precepto: ¿estamos ante un derecho de prioridad, en el sentido de la Convención de París, o bien ante una simple fusión

administrativa de dos solicitudes de patente, en cuanto a cómputo de plazos, pagos de tasas, etc.? El autor se muestra partidario de esta segunda interpretación. (L.M.L.F.).

**193. FRIGERIO, M.: «Presunzione di coproprietà delle cose comuni e frazionamento catastale», LGCC, 1991, núm. 6, parte prima, págs. 715-718.**

Comentario a la sentencia de casación civil, sala II, de 23 de febrero de 1991, núm. 1915, sobre condominio, partes comunes del edificio y su fraccionamiento. (Aranda/Sierra).

**194. GHISIGLIRI, F.: «Questioni in tema di licenza di abitabilità», LGCC, 1991, núm. 6, parte prima, págs. 736-739.**

Notas a la sentencia de casación civil, sala primera, de 19 de octubre de 1990, núm. 10177 sobre acción edilicia y urbanismo. Célula de habitabilidad. (Aranda/Sierra).

**195. GIVERDON, Claude: «Les “lots transitoires” sont de véritables lots de copropriété», SJ, núm. 8, 19 de febrero de 1992, Doctrine 3560, pág. 100.**

Exposición de la jurisprudencia francesa que considera que la parte privativa en un conjunto inmobiliario, constituida por el derecho de utilizar una superficie determinada de la total ocupada por el conjunto para elevar en ella construcciones y una cuota parte de esa superficie total y de los elementos comunes, son auténticas partes en copropiedad, a los efectos de la ley de 10 de julio de 1965, debiendo participar, en consecuencia, en los gastos de mantenimiento de las partes comunes. (L.M.L.F.).

**196. GRANDINETTI, O.: «Sulla cumulabilità dell'azione a tutela della paternità dell'opera con l'azione a tutela dell'integrità dell'opera e su qualche altra cosa», Dir. Aut, 1992, núm. 3, págs. 362-371.**

Comentario a la sentencia de la corte de casación, sala 1.<sup>a</sup> de lo civil, de 30 de enero de 1991, núm. 918 sobre la fotografía. Carácter creativo de la fotografía, el daño moral y derecho resarcible. (Aranda/Sierra).

**197. HULLIER, Jacques: «L'Art. 31 Alinéa 3 de la Loi du 17 Mars 1957 et La Cession des Droits Entre Agences et Annonceurs», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, Doctrine, págs. 123-125.**

El contrato-tipo elaborado por un comité de expertos, establecido mediante orden ministerial de 15 de diciembre de 1959 con la finalidad de regular la rela-

ción jurídica en virtud de la cual una agencia publicitaria se obliga frente a un anunciante a la realización de una campaña publicitaria, contempla la cesión automática al anunciante de todos los derechos de reproducción derivados de la propiedad literaria y artística. En el presente artículo se pasa revista a la jurisprudencia recaída en torno a la mencionada cláusula. (L.M.L.F.).

**198. KEREVER, A.: «La determinazione dell'autore dell'opera», Dir. Aut., 1992, núm. 1, págs. 1-22.**

Estudio de la cualidad de autor desde la normativa del Derecho Comparado. El autor como persona física y sus excepciones, como el caso de pluralidad de autores. Relación entre creador, empresario o productor en cuanto a la incidencia de un contrato de trabajo y el régimen legal de las obras audiovisuales. Problema de conflicto de leyes. (Aranda/Sierra).

**199. LECLERE, Jean-Philippe: «La Protection de l'image générée par ordinateur», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, Doctrine, págs. 77-82.**

En el presente estudio se aboga por la posibilidad de proteger la imagen producida mediante ordenador, con independencia del sistema informático que la haya generado. A tal fin se consideran aplicables las disposiciones contenidas en la Ley francesa de 1957 para la tutela del derecho de autor, al menos cuando no exista un mecanismo específico de protección establecido por el legislador, como ocurre por ejemplo para las imágenes de carácter más señaladamente industrial tales como las topografías de semi-conductores. (L.M.L.F.).

**200. MICCICHE, A.: «In tema di plagio di opera cinematografica», Dir. Aut., 1992, núm. 2, págs. 284-288.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 20 de julio de 1989 sobre plagio de una obra cinematográfica. (Aranda/Sierra).

**201. MICCICHE, A.: «Brevi considerazioni su alcuni aspetti del diritto morale di autore nella contrattualistica cinematografica, con riferimento alla utilizzazione televisiva», Dir. Aut., 1992, núm. 1, págs. 37-45.**

Retransmisión televisiva de obras cinematográficas: aspectos de derecho patrimonial y de derecho moral. Las películas en T.V. y publicidad comercial. El «film-dossier». (Aranda/Sierra).

**202. PARISOT, Bernard:** «*La présomption de cession des droits d'auteur dans le contrat de production audiovisuelle: réalité ou mythe?*», RDS, núm. 9, 27 de febrero de 1992, *Chronique*, págs. 75-80.

El detenido estudio de la presunción de cesión exclusiva de los derechos de explotación de una obra audiovisual en favor del productor, a través del análisis de su ámbito de aplicación y de sus relaciones con el resto de la ley de 11 de marzo de 1957, parece relativizar en gran medida la importancia práctica de la previsión legal. (L.M.L.F.).

**203. PASTORE, S.; MÜLLER, F.:** «*Noleggio abusivo di compact disc: violazioni di diritto di autore e illecito penale*», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 3, págs. 413-418.

Comentario a la decisión de la pretura de Turín de 10 de julio de 1991 sobre violación del derecho de autor. Autorización de la venta. Tutela penal y sus límites. (Aranda/Sierra).

**204. PIETROLUCCI, A.:** «*Brevi considerazioni sul contratto di edizione musicale e sulla prova del compenso spettante all'autore*», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 1, págs. 90-96.

Nota a la Sentencia de la Corte Suprema de Casación, 1.<sup>a</sup> sección, de 10 de mayo de 1991, sobre contrato de edición musical. Aplicabilidad de la disciplina del contrato de edición impresa. Subsistencia. Contrato de edición musical: transmisión de los derechos de utilización económica de una obra del ingenio, forma escrita «ad probationem». (Aranda/Sierra).

**205. PROTOPISANI, A.:** «*Delegabilità ai notai delle operazioni di incanto nella spropiazione forzata immobiliare*», *FI*, 1992, núm. 11, parte V, cols. 444-451.

Estudio a raíz de las leyes núm. 353, de 26 de noviembre de 1990 y núm. 374 de 21 de noviembre de 1991 sobre procedimientos urgentes para el proceso civil. Argumentos en favor de la delegación al notario de las operaciones de tasación inmobiliaria en la expropiación forzosa. Soluciones estrictas y amplias. (Aranda/Sierra).

**206. RÈMOND-GOUILLOUD, Martine:** «*Terrains à vendre: poison compris*», RDS, núm. 16, 16 de abril de 1992, *Chroniques*, págs. 137-140.

Ante el creciente problema representado por la existencia de terrenos contaminados por diversos residuos tóxicos, surge la necesidad de localizar a alguien que corra con los gastos que su tratamiento habrá de conllevar. La autora señala cómo la influencia americana se comienza a apreciar en algunos ordenamientos

europesos, estableciéndose a cargo de los adquirentes el deber de informarse previamente acerca de la existencia o no de contaminación, antes de proceder a la adquisición de determinados terrenos. (L.M.L.F.).

**207. TIMOTEO, M.:** «La nuova legge cinese sul diritto d'autore», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 1, págs. 133-149.

E: Derecho de autor en China, según la ley de 1 de julio de 1991. Los derechos de autor y la tradición china. Desarrollo legislativo, antecedentes; fin y objeto de la ley; contenido del derecho de autor; adquisición de este derecho; utilización de obras y limitación de exclusivas; licencias de uso a terceros; y, violaciones del derecho de autor. (Aranda/Sierra).

**208. VARANO, V.:** «Questioni in tema di opponibilità del pignoramento immobiliare ai creditori dell'erede del debitore esecutato», *FI*, 1992, núm. 11, parte I, cols. 3141-3143.

Comentario a la ordenanza del Tribunal de Nápoles de 11 de noviembre de 1991 sobre ejecución forzosa de un inmueble y muerte del deudor. Oponibilidad de los acreedores a sus herederos. (Aranda/Sierra).

**209. ZINCONE, A.:** «Le interruzioni pubblicitarie nella legge sulla radiotelevisione n.º 223/90: spunti per una riflessione critica», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 1, págs. 23-36.

Análisis de los 18 párrafos del art. 8.º de la ley de 6 de agosto de 1990, núm. 223 que disciplina el sistema televisivo público y privado. Disposiciones publicitarias o «ley mammi». (Aranda/Sierra).

## 6. DERECHO DE FAMILIA

**210. BALDASSARRI, A.R.:** «Contrat de substitution de mere» e «adoption plenièra»: recenti orientamenti della giurisprudenza francese», *FI*, 1992, núm. 5, parte IV, cols. 304-308.

Comentario a la sentencia de 31 de mayo de 1991 de la asamblea plenaria de la Corte de casación francesa sobre ilicitud de la renuncia a la progenitura por la madre inseminada artificialmente, en favor de la comitente estéril. (Aranda/Sierra).

**211. BARDI, M.: «Brevi note canonistiche sull' art. 122 c.c.», DFP, 1992, núm. 2, parte segunda, págs. 293-300.**

Estudio del artículo 122 del código civil italiano reformado en cuanto a la utilización de la categoría y el concepto que habitualmente emplean los canonistas en el estudio del matrimonio canónico. (Aranda/Sierra).

**212. CASTAIGNÈDE, Jocelyne: «L'avis de l' enfant mineur dans le divorce de ses parents», RDS, núm. 14, 2 de abril de 1992, Chroniques, págs. 121-124.**

La evolución del derecho hacia una prioritaria consideración al interés del niño y la nueva dimensión dada a la audiencia del menor por la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, llevan a la autora a preguntarse si en los procesos de divorcio no sería conveniente dar mayor relevancia al mencionado acto procesal. (L.M.L.F.).

**213. COESTER M.: «Reform des Kindschaftsrechts», JZ, (1992), págs. 809-816.**

El autor realiza un análisis de la situación actual del Derecho alemán de la filiación, basado en la diferenciación de los hijos en matrimoniales y no matrimoniales. Asimismo, aventura propuestas de futuro y considera que la reforma se impone como un imperativo derivado del impulso que el BVerfG ha dado a esta materia en los últimos años, de la situación creada con la reunificación y de los diversos convenios internacionales que vinculan a Alemania. (M.P.G.R.).

**214. COLUZZI, R.: «Per un'effettiva tutela del minore in seno ai provvedimenti presidenziali ex art. 708 cpc», DFP, 1992, núm. 2, parte prima, págs. 211-214.**

Notas a la ordenanza del Tribunal Vigevano de 18 de diciembre de 1990 en materia de acogimiento de menores. (Aranda/Sierra).

**215. CHIARA, G.DI.: «Osservazione a Pret. Reggio Emilia 2 marzo 1991», DFP, 1992, núm. 2, parte prima, págs. 262-265.**

Notas a la decisión de la Pretura de Regio Emilia de 2 de marzo de 1991 sobre separación personal entre cónyuges. Custodia de la hija menor por la madre. (Aranda/Sierra).

**216. CHIARA, G. DI.: «Osservazioni all'ordinanza 11 marzo 1991», DFP, 1992, núm. 2, parte prima, págs. 216-217.**

Notas a la ordenanza citada del Tribunal de Catania sobre violaciones de las obligaciones de asistencia familiar y apropiación indebida. (Aranda/Sierra).

**217. DETHLOFF N.: «Das internationale Ehenamensrecht vor neuen Aufgaben», JZ, (1992), págs. 895-904.**

El principio fundamental del nombre común de la pareja que desde hace mucho tiempo reinaba en el Derecho material alemán no es válido desde la sentencia del BVerfG de 5-3-91. Este cambio va seguido de un cambio de formulación de las normas de DIPr. del nombre. Una modificación que tenga en cuenta este cambio facilitará a la vez la clarificación del complejo normativo actual y el establecimiento de una norma de conflicto que permita elegir la conservación del nombre a los esposos de conformidad con la ley de la residencia habitual de cualquiera de ellos. (M.P.G.R.).

**218. DOGLIOTTI, M.: «L' affidamento familiare ed il giudice tutelare», DFP, 1992, núm. 1, págs. 83-100.**

Importancia en la ley de 4 de marzo de 1983, núm. 184 del acogimiento del menor. (Aranda/Sierra).

**219. DOGLIOTTI/BOCCACCIO: «Il divorzio negli orientamenti della giurisprudenza», LGCC, 1991, núm. 5, parte seconda, págs. 361-376.**

La ley del divorcio y sus modificaciones. Cuestiones de legitimidad constitucional. Separación y cesación de los efectos civiles del matrimonio. Los presupuestos del divorcio y la custodia de los hijos. Otros efectos personales y patrimoniales. El procedimiento de divorcio. Las relaciones posteriores del divorcio. El divorcio en el sistema de Derecho internacional privado. (Aranda/Sierra).

**220. DORIA, G.: «Convenzioni traslative in occasione della separazione personale e l' interesse del coniuge», DFP, 1992, núm. 2, parte prima, págs. 219-232.**

Comentario a la ordenanza del Tribunal de Potenza de 14 de marzo de 1991 sobre separación conyugal consensual: situación personal de los cónyuges y de los hijos. (Aranda/Sierra).

**221. FERRARI:** «La convivenza more usorio nei paesi di lingua tedesca: una comparazione», DFP, 1992, núm. 2, parte segunda, págs. 425-441.

Estudio de Derecho comparado con países alemanes sobre este tema. (Aranda/Sierra).

**222. FRENZ W.:** «Die Unterhaltsgarantie aus Art. 6 GG nach der Sorgerechtsentscheidung des BVerfG vom 7-5-1991», NJW, (1992), págs. 1597-1602.

La sentencia del BVerfG de 7-5-1991 ha establecido nuevas normas en relación con el derecho de guarda. El autor se pregunta si tales normas son también válidas para el derecho de alimentos y si después de esta decisión se puede fundamentar sobre nuevas bases la garantía constitucional del derecho de alimentos, incluso en el caso de relaciones familiares de hecho. (M.P.G.R.).

**223. GALIZIA DANOVI, A.:** «L'avvocato europeo e il diritto di famiglia», DFP, 1992, núm. 2, parte segunda, págs. 417-424.

Estudio del derecho de familia de la Europa occidental en relación con el Derecho italiano. Líneas de tendencia en el Derecho de familia y en concreto sobre aspectos procesales de la separación y el divorcio. (Aranda/Sierra).

**224. GIORGIANNI, L.:** «Morte del coniuge divorziato e diritto del coniuge superstite a una percentuale di indennità di fine rapporto», LGCC, 1991, núm. 6, parte prima, págs. 771-773.

Notas a la sentencia del Tribunal de Génova de 4 de febrero de 1991 en materia de percepción de indemnización por causa de muerte del cónyuge divorciado. (Aranda/Sierra).

**225. GIUSSANI, A.:** «Sulla competenza per la modifica delle condizioni patrimoniali della separazione fra coniugi», LGCC, núm. 5, 1991, parte prima, págs. 566-572.

Notas a la sentencia de casación civil, sala 1.<sup>a</sup>, de 16 de enero de 1991, núm. 381 sobre competencia civil en la separación consensual y modificación de los pactos patrimoniales. (Aranda/Sierra).



**226. GRIMALDI, M.R.:** «Il divorzio psichico: considerazioni sulli aspetti psicologici della separazione dei coniugi», *DFP*, 1992, núm. 2, parte segunda, págs. 403-416.

Los diversos aspectos del divorcio: emotivo, legal, económico, paternal, social y físico. Períodos que caracterizan la separación: precedente, decisorio, ruptura, y reequilibrio. El divorcio constructivo y los obstáculos a este tipo de divorcio. (Aranda/Sierra).

**227. GUIDA, M.A.:** «La vigilanza del giudice tutelare nella disgregazione familiare», *DFP*, 1992, núm. 1, págs. 30-34.

Competencia del juez tutelar en supuestos de separación y divorcio para salvaguardar los derechos e intereses de los hijos. art. 337 C.c. (Aranda/Sierra).

**228. HÜBLER, C.:** «Trasferimento all' stereo ed identità etnica. La difficile individuazione dell' esclusivo interesse del minore», *LGCC*, 1992, núm. 1, parte prima, págs. 95-101.

Comentario a la sentencia de casación civil, sala I, de 4 de mayo de 1991, núm. 4936 en materia de separación conyugal. Incompatibilidad de convivencia. Custodia del hijo menor. (Aranda/Sierra).

**229. KURZ G.:** «Die Problematik des 1822 BGB», *NJW*, (1992), págs. 1798-1804.

La administración por el tutor y por los padres del patrimonio del pupilo o del hijo está limitada, por lo que respecta a los negocios extraordinarios, por el interés de éstos, interés que se instrumentaliza a través de la autorización judicial. El presente artículo pretende aclarar, desde la perspectiva de la práctica notarial, qué negocios afectantes a los intereses patrimoniales de pupilos e hijos precisan de la autorización del Tribunal tutelar. (M.P.G.R.).

**230. DE MARZO, G.:** «Costituzione di un fondo di un coniuge e regime di comunione legale». *FI*, 1992, núm. 6, parte I, cols. 1854-1857.

Construcción sobre el terreno propio de uno de los cónyuges y exclusión del régimen de comunidad de la construcción. Observaciones a la sentencia de casación de 11 de junio de 1991, núm. 6622. (Aranda/Sierra).

**231. DI NARDO, M.: «Il riconoscimento del figlio naturale», LGCC, 1991, núm. 6, parte seconda, págs. 431-480.**

La filiación natural y la relevancia del reconocimiento. Reconocimiento voluntario y judicial de la filiación natural. El reconocimiento como derecho-deber del padre natural. Calificación jurídica del reconocimiento: acto voluntario; acto formal. Requisitos para efectuar el reconocimiento: la edad, el consentimiento del hijo. (Aranda/Sierra).

**232. OREFICE, C.: «L'interesse morale e materiale della prole in caso di separazione personale dei coniugi», GC, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 1062-1067.**

Notas a la sentencia de casación de 16 de marzo de 1991, núm. 2817 en materia de separación. El juez ha de atenerse, en cuanto a la cuestión de los hijos, como único criterio al interés exclusivo de éstos. (Aranda/Sierra).

**233. ORGANO, F.: «Brevi note sulla convenzione dell'AJA 1 giugno 1970 e sul riconoscimento internazionale del divorzio e della separazione», DFP, 1992, núm. 2, parte primera, págs. 160-163.**

Comentario a la sentencia de la corte de casación de 19 de abril de 1991, núm. 4233 sobre la Convención del AJA de 1 de junio de 1970, su pertinencia y aplicabilidad. Derogación de la Convención del AJA de junio de 1902. (Aranda/Sierra).

**234. PALADINI, M.: «E ancora attuale il limite di età nell'adozione internazionale. (Note a Corte cost. 1.º aprile 1992, núm. 148)», FI, 1992, núm. 6, parte I, cols. 1628-1633.**

Notas a la sentencia de la Corte constitucional de 1 de abril de 1992 sobre la inconstitucionalidad del art. 6 de la ley 184/1983 que señala la edad de los adoptantes. (Aranda/Sierra).

**235. PINTO BOREA, M.C.: «I doveri dei genitori versi i figli minori e la responsabilità ex art. 2048 c.c.», DFP, 1992, núm. 2, parte segunda, págs. 364-402.**

La relación personal entre padres e hijos en la ley de 19 de mayo de 1975, núm. 151. Innovaciones en Derecho de familia, en particular, el gobierno de la familia y la nueva posición del menor. Deberes frente a los hijos y potestad del padre. Función educativa del padre. Configuración jurídica del deber frente a los

hijos. La relación padres-hijos en la Constitución. Función educativa y libertad religiosa. (Aranda/Sierra).

**236. PORRARI, A.: «Costituzione di fondo patrimoniale e revocatoria fallimentare», LGCC, 1991, núm. 5, parte prima, págs. 649-652.**

Comentario a la sentencia de casación civil, sala 1.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre de 1990, núm. 11449 sobre constitución de fondo patrimonial familiar y quiebra de ambos cónyuges. (Aranda/Sierra).

**237. QUADRI, E.: «Il diritto del divorziato alla pensione di reversibilità a la sua controversa realizzazione», FI, 1992, núm. 5, parte I, cols. 1389-1393.**

Notas a la sentencia del tribunal de casación, sección I, de 27 de enero de 1992, núm. 865 sobre atribución de pensión al divorciado según la ley 898/70 y su conflicto con la ley 74/87. (Aranda/Sierra.).

**238. STANZIONE, A.; STANZIONE, P.: «Sulla concezione generale della famiglia nell'Italia del XVIII secolo», DFP, 1992, núm. 2, parte segunda, págs. 313-322.**

Estudio histórico sobre la concepción de la familia durante el s. XVIII en Italia. (Aranda/Sierra).

## 7. DERECHO DE SUCESIONES

**239. DI MAURO, N.: «Appunti in tema di beneficio d'inventario», GC, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 984-988.**

Aceptación de herencia a beneficio de inventario. Liquidación concursal. Derecho de acciones ejecutivas individuales. Nota a la sentencia de casación de 6 de noviembre de 1991, núm. 11848. (Aranda/Sierra).

**240. RICCI, M.A.: «Testamento internazionale», CI, 1992, núm. 2, págs. 899-926.**

Adhesión de Italia a la Convención de Washington de 26 de octubre de 1973 que unifica la forma del testamento internacional. Origen, ámbito de aplicación y

contenido de la convención. El testamento internacional en el Derecho italiano. (Aranda/Sierra).

8. VARIAS

**241. AGOSTARO, D.: «La collaborazione tra consultorio familiare e giudice tutelare per l'interruzione volontaria della gravidanza della minore», DFP, 1992, núm. 1, págs. 35-37.**

Intervención del juez tutelar en la interrupción del embarazo de una menor. (Aranda/Sierra).

**242. ATTI, A.: «Sei obiter dicta in cerca di ratio decidendi», CI, 1992, núm. 2, págs. 881-888.**

Estudio a propósito de la sentencia del Tribunal de Módena de 18 de abril de 1991, núm. 587 sobre forma de motivación de las sentencias: posibles divagaciones del juez. (Aranda/Sierra).

**243. BARBERI, U.: «Rapporti tra regione Sicilia e giudici tutelari», DFP, 1992, núm. 1, págs. 101-105.**

Estudio de la legislación en los distintos puntos. Beneficencia, adopción y acogimiento. (Aranda/Sierra).

**244. BRICOLA, F.: «Il diritto penale del mercato finanziario», CI, 1992, núm. 2, págs. 682-706.**

Problemas penales que puede plantear la intermediación financiera y el «insider trading». (Aranda/Sierra).

**245. CAVALLO, M.: «I problemi della istituzionalizzazione dei minori nel SUD d'Italia. Ruolo del giudice tutelare e del tribunale per i minorenni», DFP, 1992, núm. 1, págs. 68-75.**

Institucionalización masiva de la idea de que los menores son propiedad y están a disposición de los padres, por la presunción de que el interés del adulto coincide con el del niño. (Aranda/Sierra).

**246. COLLOVA, T.: «Sulla evoluzione della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nella Repubblica Federale di Germania», Dir. Aut., 1992, núm. 2, págs. 217-268.**

Evolución de la normativa en Alemania, que es estudiada en otros países al igual que en la CEE. (Aranda/Sierra).

**247. CORASANITI, A.: «La giustizia costituzionale nel 1991», FI, 1992, núm. 5, parte V, cols. 121-160.**

Informe del presidente de la Corte constitucional sobre la jurisprudencia de esta corte elaborada en 1991. (Aranda/Sierra).

**248. CORDINI, G.: «L' apporto determinante del diritto comparato per una gnoscologia giuridica della nozione "ingerenza ambientale"», Arch. Giur., 1992, fasc. 3, págs. 361-379.**

A la luz del Derecho comparado trata de determinar el perfil jurídico de la problemática del medio ambiente y el concepto de injerencia ambiental. Las limitaciones de la soberanía estatal impuesta por la adhesión a la CEE y la transferencia del poder necesario para las actuaciones de la política común del medio ambiente. (Aranda/Sierra).

**249. FISCHER L.: «Die Natur der Rechtsbeziehungen zwischen Psychiatrischen Landeskrankhäusern und ihren Patienten», NJW, (1992), págs. 1539-1543.**

La naturaleza de las relaciones jurídicas entre los sanatorios psiquiátricos y sus pacientes. (M.P.G.R.).

**250. F. FLANDERKA «Grundfragen zur Verpackungverordnung: Anwendungsbereich und Gestaltungsmöglichkeiten», BB, (1992), págs. 1574-1579.**

A raíz de la entrada en vigor del Decreto sobre embalajes (VerpackV) el autor analiza dos aspectos fundamentales del mismo, cuales son el ámbito de aplicación y las instituciones civiles que contiene. (M.P.G.R.).

**251. FRAGOLA, A.: «Aspetti giuridici dell'audiovisivo», Dir. Aut., 1992, núm. 2, págs. 179-190.**

El cuarto de una serie de artículos de igual título en el que se ocupa de los siguientes puntos: definición de obra fílmica; 2.º la televisión electoral (utilización

de las televisiones privadas en las campañas electorales); 3.º el trabajo del intérprete. (Aranda/Sierra).

**252. GALGANO, F.: «Quattro note di varia giurisprudenza», CI, 1992, núm. 2, págs. 535-545.**

Examen de la jurisprudencia italiana en las siguientes materias: la relevancia de la «ratio decidendi»; la equidad; el daño aquiliano por lesiones de interés legítimo; y, el interés de grupos. (Aranda/Sierra).

**253. GESSA, C.: «Il diritto di spot pubblicitario e i suoi limiti», Dir. Aut., 1992, núm. 2, págs. 193-200.**

Tras definir el spot y su origen lingüístico, se plantea el autor la existencia del spot-interruptivo y spot-no interruptivo y su posibilidad de control. (Aranda/Sierra).

**254. HAZARD J.R., C.: «L'avvocato e l'etica professionale: gli aspetti giuridici», FI, 1992, núm. 6, parte V, cols. 215-224.**

Reglas éticas: derechos, deberes y responsabilidad del abogado. El abogado como representante legal. (Aranda/Sierra).

**255. IUDICA, G.: «Esercizio della funzione notariale fuori sede in giorni vietati», LGCC, 1991, núm. 6, parte prima, págs. 781-785.**

Notas a la sentencia de casación civil, sala 1.<sup>a</sup>, de 21 de diciembre de 1990, núm. 12130 en materia de ejercicio ocasional de la función notarial fuera de su sede. (Aranda/Sierra).

**256. JUNKER A.: «Die Entwicklung des Computerrechts im Jahre 1990», NJW, (1992), págs. 1733-1739.**

Breve análisis del desarrollo del «Computerrechts» en la jurisprudencia alemana de 1990, con especial referencia a los problemas que plantean los contratos de informática. (M.P.G.R.).

**257. KLOEPFER M.: «Empfiehlht es sich, ein Umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen Regelungsbereichen?», JZ, (1992), págs. 817-828.**

Estudio sobre la conveniencia de codificar las normas jurídicas alemanas sobre el medio ambiente y análisis de los proyectos existentes a tal fin. (M.P.G.R.).

**258. LAPPE TH. M.: «Lauterkeitsrechtliche Aspekte der Kennzeichnung von Produkten mit Hilfe des «Grünen Punktes», BB, (1992), págs. 1661-1665.**

El autor analiza algunas de las implicaciones de la caracterización de un producto con el llamado «Grünen Punkt» impuesto por el Decreto sobre embalajes (VerpackV). (M.P.G.R.).

**259. LAUFS A.: «Die Entwicklung des Arztrechts 1991/92», NJW, (1992), págs. 1529-1539.**

El artículo presenta el desarrollo del Derecho médico en los años 1991 y 1992, aludiendo a temas como las relaciones médico-paciente, el contrato de servicios médicos, el secreto médico, etc. (M.P.G.R.).

**260. MENDOZZI Y OTROS: «Rassegna dei Trattati internazionali di interesse privatistico», NLCC, 1992, núm. 5, págs. 1135-1145.**

Reseña de Tratados internacionales vigentes en Italia según las leyes de adaptación y los comunicados de entrada en vigor según la G.U. del 1 de enero al 31 de diciembre de 1991. (Aranda/Sierra).

**261. MÖSCHEL W.: «Politische Union für Europa: Wunschtraum oder Alpraum?», JZ, (1992), págs. 877-884.**

Estudio jurídico de la unidad europea tras el Tratado de Maastrich en el que el autor realiza concretas propuestas sobre los más importantes puntos de ordenación de una Constitución europea. (M.P.G.R.).

**262. NOVELLI, V.: «Gli archivi elettronici di passi interpretative», DFP, 1992, núm. 1, págs. 10-14.**

Importancia actual de la informática, con la creación de archivos que permiten una rápida búsqueda de procedimientos jurisprudenciales y normas aplicables al caso. El Centro electrónico de documentación de la Corte de casación contribuye a la certeza del derecho en materia de familia y jurisdicción voluntaria. (Aranda/Sierra).

**263. PALAZZO, A. Y OTROS: «Rassegna di giurisprudenza sulla legittimità costituzionale di norme privatistiche», NLCC, 1992, núm. 5, págs. 1107-1134.**

Reseñas jurisprudenciales sobre diversas materias. (Aranda/Sierra).

**264. PAZÉ, P.:** «Le competenze frantumate. I rapporti fra giudice tutelare e tribunale per i minorenni», *DFP*, 1992, núm. 1, págs. 19-29.

Ante la multiplicidad y heterogeneidad de órganos competentes en relación con los menores, el autor analiza como problema principal los puntos críticos de interferencia entre la competencia del tribunal de menores y el juez tutelar. (Aranda/Sierra).

**265. PURPURA DI TRAPANI, L.:** «Coordinamento tra i servizio sociale e il giudice tutelare: analisis di una esperienza presso la Pretura di Palermo», *DFP*, 1992, núm. 1, págs. 76-78. (Aranda/Sierra).

**266. RAMM Th.:** «Fritz von Hippel als Rechtsteoretiker und Rechtsphilosoph», *JZ*, (1992), págs. 1141-1151.

Exposición de la vida y obra del filósofo y jurista alemán F. von Hippel, fallecido en 1991. (M.P.G.R.).

**267. RUVOLO, A.:** «Centro accoglienza e assistenza infanzia e giudice tutelare: ruolo ed interpretazione del ruolo», *DFP*, 1992, núm. 1, págs. 79-82. (Aranda/Sierra).

**268. SANTORO, G.:** «“Insider trading” profili civilistici», *CI*, 1992, núm. 2, págs. 663-681.

El Derecho civil en la represión del insider trading: aspectos privatísticos de la ilicitud del disfrute de información reservada. La validez del contrato estipulado con el «insider trading»: contrariedad a la norma penal y nulidad virtual. La anulabilidad del contrato concluido con el «insider»: la reticencia y el dolo en la formación del contrato. El resarcimiento de los daños por acto ilícito civil en el contrato. (Aranda/Sierra).

**269. TAGLIARINI, V.:** «Il giudice tutelare, a Napoli, tra giurisdiczione e realtà», *DFP*, 1992, núm. 1, págs. 47-51.

Situación de los jueces tutelares en la ciudad de Nápoles frente a la existente en otras ciudades italianas. (Aranda/Sierra).



## II. DERECHO MERCANTIL

### 1. PARTE GENERAL. EMPRESA

**270. BIN Marino:** «Antitrust: la normativa italiana sulle concentrazioni ha un qualche reale ambito di applicazione», *CI*, 1992, núm. 1, págs. 1-5.

Estudia el marco de aplicación de la legislación antitrust de octubre de 1990 del Estado italiano, teniendo en cuenta el predominio de la normativa europea de la CEE en esta materia. (Aranda/Sierra).

**271. BO, E.:** «Amministrazione comunitaria dell diritto della concorrenza: criteri di valutazione dei finanziamenti pubblici alle imprese», *LGCC*, 1992, núm. 1, parte prima, págs. 4-10.

Comentario a la Sentencia de la Corte de Justicia de la CEE de 21 de marzo de 1991, causa 305/89, sobre competencia comunitaria en Derecho de la competencia. (Aranda/Sierra).

**272. BOURDON, Michel et GATTI, Dominique:** «Nouveau: Pourquoi surveiller vos Marques?», *GP*, tomo bimestral enero-febrero de 1992, *Doctrine*, págs. 121-122.

En relación con la Ley francesa 91-7 de 4 de enero, relativa a las marcas de fábrica y de servicios, el autor analiza el procedimiento de oposición al registro de una marca y el mecanismo establecido para rehabilitar al titular de la marca en los derechos perdidos a consecuencia de la inobservancia de los plazos previstos para su registro o renovación. (L.M.L.F.).

**273. BOUTARD LABARDE, Marie-Chantal:** «Le Secret des Affaires Devant le Conseil de la Concurrence: une Surprenante Négligence», *GP*, tomo bimestral, enero-febrero de 1992, *Doctrine*, págs. 1-5.

Estudio del problema planteado por la necesidad de proteger los secretos de los negocios en los procesos seguidos ante el Consejo de la Competencia, como medio para tutelar la propia competencia. (L.M.L.F.).

**274. DAUDRET, Frédérique:** «Des Applications Particulières des Droits de la Défense dans le Domaine des Pratiques Anticoncurrentielles», *GP*, tomo bimestral marzo-abril de 1992, *Doctrine*, págs. 305-313. (L.M.L.F.).

**275. DESMAZIERES DE SEHELLES, Alain:** «L'arret HAG II de la Cour de Justice des Communautés Européennes», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, *Doctrine*, págs. 222-226.

Comentario del giro jurisprudencial verificado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 17 de octubre de 1990. En la decisión mencionada se reconoce el derecho del titular de una marca en un Estado miembro a oponerse a la importación, desde otro Estado miembro, de productos similares, legalmente identificados, en este último Estado, a través de una marca idéntica o que puede inducir a confusión con la protegida, incluso si la marca bajo la cual esos productos son importados perteneció inicialmente a una filial de la empresa que se opone a la importación. (L.M.L.F.).

**276. DITTMANN, K.:** «Umstellung langfristiger Verträge zum Stichtag der Umsatzsteueränderung», BB, (1992), págs. 1571-1574.

La ley de modificación fiscal de 25 de febrero de 1992 otorga a los vendedores y suministradores que celebran contratos a largo plazo un término de seis meses para adaptarse a la nueva situación impuesta por la citada ley. (M.P.G.R.).

**277. DOUSSET, Yves:** «Le Délit d'Initié en Droit Communautaire et en Droit Français», GP, tomo bimestral mayo-junio de 1992, *Doctrine*, págs. 422-425.

Mediante el análisis comparativo entre el Derecho Francés y la Directiva Comunitaria 89/592 relativa a la Información Privilegiada, el autor se interroga acerca de la eficacia de la armonización, en tanto vía compleja y que deja campo abierto a una cierta disparidad legislativa, para la consecución de un mercado europeo de capitales transparentes y que goce de credibilidad. (L.M.L.F.).

**278. EBENROTH, C. Th./LANGE K. W.:** «Die Auswirkungen der Europäischen Fusionskontrollverordnung auf das bundesdeutsche Recht der Unternehmenszusammenschlüsse», BB, (1992), págs. 845-853.

Los autores analizan los efectos del Reglamento de la CEE 4064/89 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (conocido en Alemania por las siglas FKVO) sobre el Derecho estatal alemán relativo a la fusión empresarial. (M.P.G.R.).

**279. EDELMAN, Bernard:** «A bas le droit du travail, vive la concurrence!», RDS, núm. 1, 2 de enero de 1992, *Chroniques*, págs. 1-9.

El autor se lamenta de las posibles consecuencias del ultraliberalismo patentizado en una reciente resolución del Consejo francés de la Competencia, confir-

mada en lo esencial por el Tribunal de Paris y en virtud de la cual se ha mostrado competente para conocer de las estipulaciones contenidas en un convenio colectivo, celebrado entre los sindicatos de artistas intérpretes y diversas cadenas de televisión francesas, declarando tales acuerdos como constitutivos de boicot. (L.M.L.F.).

**280. FABIANI, M.: «La società artigiana, il piccolo imprenditore e un “residuo” di norma non piu attuale», F.L., 1992, núms. 7-8, parte I, cols. 2064-2069.**

La posible inconstitucionalidad del artículo 1,2.º de la ley de quiebra, la cual no prevé la exclusión de quiebra en este tipo de sociedades. Notas a las sentencias de la Corte constitucional ordinaria de 31 de octubre de 1992, núm. 395; de 23 de julio de 1991, núm. 368; 6 de febrero de 1991, núm. 54; y, sentencia del Tribunal de Nápoles de 5 de diciembre de 1991. (Aranda/Sierra).

**281. FOURGOUX, Jean-Claude: «L'article 10 de la Loi du 18 Janvier 1992. Feu sur la publicité comparative», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, Doctrine, págs. 278-280.**

El autor critica la redacción dada al mencionado precepto que, según su opinión, constituye un ataque frontal a la publicidad comparativa, consagrando así el triunfo del arte de hacer lo contrario de lo que se dice. (L.M.L.F.).

**282. GUARDIA, Charles de: «L'Administration des Douanes et les Contrefaçons», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, Doctrine, págs. 50-54.**

El autor comenta en su artículo la incidencia de la administración aduanera en la lucha contra la competencia desleal y, muy en especial, en la protección del derecho de propiedad industrial frente a las prácticas de imitación. (L.M.L.F.).

**283. HAUSMAN, Christian: «Le Dirigeant D'entreprise dans la Structure de Groupe», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, Doctrine, págs. 150-159.**

Estudio crítico del estatuto jurídico otorgado a los dirigentes de empresas en el derecho francés, que el autor estima inadecuado para la multiplicación de dirigentes cualificados. (L.M.L.F.).

**284. JÉOL, Michel: «La protection des réseaux de distribution sélective: faut-il désespérer de la Justice?», SJ, núm. 22, 27 de mayo de 1992, Doctrine 3588, págs. 255-257.**

Comentario crítico de la severidad manifestada por la jurisprudencia francesa frente a la posición de los fabricantes que comercializan sus productos a través de

redes de distribución selectiva, materializada en establecer a su cargo la demostración de la licitud de la red y de la culpa del presunto infractor, dado que en sí misma, la venta fuera de la red no es constitutiva de competencia desleal ni de uso ilícito de marca. (L.M.L.F.).

**285. KNOPP, L./STRIEGL, S.: «Ümweltschutzorientierte Betriebsorganisation zur Risikominimierung», BB, (1992), págs. 2009-2018.**

Organizaciones empresariales orientadas a la protección del medio ambiente para minimizar el riesgo. (M.P.G.R.).

**286. MAZZAMUTO, S.: «Pubblico e privato nel sistema degli auxili finanziari alle imprese», CI, 1992, núm. 2, págs. 707-724.**

Opciones en materia de financiación de empresa. Fines perseguidos con la financiación pública y privada. (Aranda/Sierra).

**287. MÜLLER LAUBE, Hans-Martin: «Wettbewerbrechtlicher Schutz gegen Nachahmung und Nachbildung gewerbliche Erzeugnisse», ZHR Band 156, 1992, pág. 480.**

Copia y reproducción de productos industriales: su protección a través del Derecho de la competencia. (IGP).

**288. OSTI, C.: «Un volo a breve raggio: impresa comune concentrativa e posizione dominante nel caso de Havilland», F.I., 1992, núm. 5, parte IV, cols. 277-290.**

Regulación de la competencia. Concentración de empresas: compatibilidad y condiciones. Estudio de la decisión de 2 de octubre de 1991 de la Comisión de la CEE. (Aranda/Sierra).

**289. PANNIER, Jean: «Les Pouvoirs d'Investigation des Agents des Douanes», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, Doctrine, págs. 7-11.**

El autor se plantea si resulta o no excesiva la supervivencia de los poderes de investigación atribuidos a los servicios de aduanas francesas desde el punto de vista de los compromisos comunitarios contraídos por la República. (L.M.L.F.).

**290. RONCO, S.: «L'ambito di applicabilità della normativa comunitaria in tema di concorrenza e gli accordi di distribuzione selettiva», LGCC, 1991, núm. 6, parte prima, págs. 702-710.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 14 de enero de 1991 sobre acuerdos de distribución selectiva de empresas según la normativa comunitaria. (Aranda/Sierra).

**291. SÉLINSKY, Véronique: «La spécificité des accords verticaux au regard du droit de la concurrence», RDS, núm. 5, 30 de enero de 1992, Chroniques, págs. 41-48. (L.M.L.F.).**

**292. VOGEL, Louis: «L'influence du droit communautaire sur le droit français de la concurrence», SJ, núm. 4, 22 de enero de 1992, Doctrine 3550, págs. 33-40. (L.M.L.F.).**

**293. ZORDI, N.: «La circolazione vincolata del marchio: il segno como indicatore di provenienza», CI, 1992, núm. 1, págs. 373-409.**

El problema de la relación entre tutela de los consumidores y el principio de conexión mercado/empresa en la circulación de marcas. Indicios normativos sobre los que se funda la concepción clásica del mercado: art. 2573 C.c. y art. 15 r.d. núm. 929/42. (Aranda/Sierra).

## 2. DERECHO DE SOCIEDADES

**294. ALESSI, R.: «La legge applicabile alle concentrazioni (risposta a Marino Bin)», CI, 1992, núm. 2, págs. 571-573.**

Problema de la relación entre Derecho interno y comunitario a raíz de la ley 287/90, art. 1, 1.º sobre su aplicación siempre que no choque con el TCEE, arts. 85-86. (Aranda/Sierra).

**295. AUTERI, P.: «L'ambito di applicazione della normativa italiana sulle concentrazioni (risposta a Marino Bin)», CI, 1992, núm. 2, págs. 574-586.**

El problema de las relaciones entre derecho interno y comunitario en materia de concentración de empresas, a raíz del art. 1, 1.º de la ley 287/90. (Aranda/Sierra).

**296. BAUDER, W.: «Neue Entwicklungen beim qualifizierten faktischen GmbH-Konzern?», BB, (1992), págs. 1797-1801.**

Reflexiones del autor al hilo de la decisión del BGH de 23 de septiembre de 1991, conocida como «*Video-Urteil*», en la que se trató de la responsabilidad del socio único o mayoritario de una sociedad de responsabilidad limitada en una situación de *qualifizierter faktischer GmbH-Konzern*, que se da cuando un empresario, sin mediar contrato alguno, domina una sociedad de responsabilidad limitada y dirige los negocios de la sociedad dependiente. (M.P.G.R.).

**297. BENEDETTELLI, M. V.: «Ulteriori recessioni sull'ambito di applicazione della legge núm. 287/1990 (risposta a Marino Bin)», CI, 1992, núm. 2, págs. 587-601.**

Soluciones posibles a la relación de Derecho interno y derecho comunitario en materia de competencias a raíz de la ley 287/90. (Aranda/Sierra).

**298. BEUTHIEN, Volker/GÄTSCH, Andreas. Vereinsautonomie und Stazungsrechte Dritter, ZHR Band 156, 1992, pág. 459.**

Estudio de las influencias de terceros sobre el contenido de los estatutos de corporaciones. La doctrina admite que en principio no habría obstáculo para que los estatutos de una corporación reconocieran a terceros un derecho de veto que les permitiría intervenir en las modificaciones de los estatutos. Tal posibilidad, sin embargo, se ha considerado inadmisibles en el caso de la SRL, SA y Cooperativas. Pero los autores defienden la eventual validez de tales reservas a favor de terceros, a la vez que establecen sus límites. (IGP).

**299. BINZ, M. K./FREUDENBERG, G.: «Informationsrechte in der GmbH & Co.», BB, (1992), págs. 785-791.**

Se analiza el derecho a la información de los socios de una sociedad de responsabilidad limitada y Co. cuando no son al mismo tiempo socios colectivos. La problemática se enmarca en la más general de las relaciones entre las dos personas jurídicas que forman este tipo societario, cuando tal derecho no consta o no está específicamente regulado en el acuerdo societario. (M.P.G.R.).

**300. BONTEMPI, P.: «S.R.L. di due soci e maggoranze assambleari», LGCC, 1992, núm. 1, parte prima, págs. 116-121.**

Comentario a la sentencia del tribunal de Padua de 28 de febrero de 1991 sobre sociedad de responsabilidad limitada: asamblea ordinaria. (Aranda/Sierra).

**301. CARBONE, G.:** «Alcuni limiti presunti e non delle convenzioni di voto», *LGCC*, 1991, núm. 6, parte prima, págs. 843-849.

Notas al laudo del Colegio arbitral de 20 de junio de 1990 y a la sentencia de apelación de Roma de 24 de enero de 1991 sobre sociedad por acciones y sindicato de voto. (Aranda/Sierra).

**302. CLEMM, H.:** «Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Personengesellschaft», *BB*, (1992), págs. 1959-1964.

Separación de un socio de una sociedad personalista. Nueva colaboración teórica a un tema que viene preocupando insistentemente a la moderna doctrina alemana. (M.P.G.R.).

**303. COSTI, R.:** «I sindacati di blocco e di voto nella legge sull'OPA», *BBTC*, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 472-484.

Régimen jurídico de los acuerdos de los sindicatos de bloque y de voto, según la ley 149/1992 sobre OPA. (Aranda/Sierra).

**304. COTTINO, G.:** «Applicazione del regolamento núm. 85/2137/CEE relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico-GIE, ai sensi dell'art. 17 1. 29 de decembre 1990, núm. 428», *NLCC*, 1992, núm. 5, págs. 1015-1098.

Relación entre las diversas fuentes de la disciplina normativa. Problemas de integración. La búsqueda del tipo analógico en el tipo italiano: punto de vista estructural y funcional. (Aranda/Sierra).

**305. DUTOUR, Benoît:** «Societas Europae: Analyse de la dernière proposition modifiée de la Commission européenne concernant le projet de société européenne (S.E.)», *GP*, tomo bimestral marzo-abril de 1992, *Doctrine*, págs. 233-235. (L.M.L.F.).

**306. EBENROTH, Th./NEIß E.:** «Zur Vereinbarkeit der Lehre von der verdeckten Sacheinlage mit EG-Recht», *BB*, (1992), págs. 2085-2090.

Los autores se cuestionan la compatibilidad de la teoría de las aportaciones encubiertas con la sentencia del Tribunal de Justicia de la C.E. de 16 de julio de 1992. (M.P.G.R.).

**307. EBENROTH C. Th./REINER, G.: «Der Schutz der abhängigen Kapitalgesellschaft vor nachteiligen Vermögensverlagerungen in Frankreich», BB, (1992), Suplemento 13 al núm. 22/1992.**

La protección de la sociedad dependiente ante los desplazamientos patrimoniales desventajosos en Francia.

Los autores presentan una contribución de carácter jurídico-comparado a una discusión sobre los grupos de sociedades de gran actualidad. Igualmente, examinan hasta qué punto puede tener sentido que un empresario alemán se interponga entre sociedades filiales francesas para evitar la estricta responsabilidad alemana en los grupos fácticos de sociedades. (M.P.G.R.).

**308. ESCH, G.: «Die GmbH&Co. als Einheitsgesellschaft», BB, (1992), págs. 1129-1133.**

El artículo trata de los problemas que suscita la unión de dos sociedades en un GmbH&Co., abogando por una constitución como sociedad unitaria o centralizada. (M.P.G.R.).

**309. FRANZONI, M.: «La recente riforma delle cooperative», CI, 1992, núm. 2, págs. 765-780.**

La nueva ley de 31 de enero de 1992, núm. 59 establece una nueva normativa para las cooperativas. Problemas de su financiación, socios y acciones de participación. Los fondos comunes. La gestión cooperativa: transparencia y democracia. (Aranda/Sierra).

**310. GALANTI, E.: «Il passaggio dall'amministrazione straordinaria alla l.a.c. e la cessione di attività e passività di un ente creditizio in una sentenza del Consiglio di Stato», BBTC, 1992, núm. 4, parte seconda, págs. 389-892.**

Comentario a la ST del Consejo de Estado de 16 de mayo de 1991, núm. 383 sobre valoración de los actos de una sociedad para su administración y liquidación. La impugnación del procedimiento de liquidación coactiva. (Aranda/Sierra).

**311. GALGANO, F.: «Gruppi di società, "insider trading", opa obbligatoria», CI, 1992, núm. 2, págs. 637-652.**

El concepto de *insider trading*. La persona jurídica «insider» y el problema de la holding «insider». La OPA y la circulación interna del grupo de las participaciones de control. (Aranda/Sierra).



**312. GUERRERA, F.: «Osservazioni a App. Catania 24 giugno 1991 in tema di assoggettabilità a fallimento della società di fatto “esteriorizzata”», BBTC, 1992, núm. 4, parte seconda, págs. 438-442.**

Notas a la ST de la Apelación de Catania citada en materia de exteriorización de la sociedad de hecho: su objeto social y su individualización. (Aranda/Sierra).

**313. HENSSLER, M.: «Die Rechtsanwalts-GmbH», JZ, (1992), págs. 697-710.**

La abogacía se encuentra ante la tarea de renovar su estatuto profesional y sentar las bases de su futuro. El presente artículo versa sobre uno de los temas centrales de discusión en Alemania cual es las nuevas formas asociativas de ejercicio de la abogacía, en especial la sociedad de responsabilidad limitada. (M.P.G.R.).

**314. HOFFMANN, W. D.: «Die Sanierung einer Kapitalgesellschaft durch Forderungsverzicht des Gesellschafters», BB, (1992), págs. 773-778.**

El saneamiento de una sociedad de capital a través de la renuncia a la reclamación del socio. Desarrollo teórico sobre el llamado «Steuersparmodell». (M.P.G.R.).

**315. HOMMELHOFF, Peter: «Praktische Erfahrungen mit dem Abhängigkeitsbericht», ZHR Band 156, 1992, pág. 295.**

Estudio del informe que conforme a la LSA (AktG, parágrafo 312) ha de presentar la sociedad dominante con el fin de salvaguardar los intereses de sociedades dependientes integradas en el mismo grupo. (IGP).

**316. HOPT, K. J.: «Aktiengesellschaft im Berufsfußball», BB, (1992); págs. 778-785.**

Desarrollo teórico sobre las ventajas y los problemas que plantea la organización de los clubs de fútbol como sociedades por acciones. (M.P.G.R.).

**317. HÜTTEMANN, Rainer: «Der Entherrschungsvertrag im Aktienrecht», ZHR Band 156, 1992, pág. 314.**

El autor examina el contrato en virtud del cual la sociedad dominante renuncia parcialmente al ejercicio del derecho de voto que le corresponde en la asamblea general de la sociedad dominada, a efectos de destruir la presunción de situación de control que se deriva del parágrafo 17 de la AktG. (IGP).

**318. IMMENGA, U.:** «*Mehrheitserfordernisse bei einer Abstimmung der Hauptversammlung über die Übertragung vinkulierter Namensaktien*», *BB*, (1992), págs. 2446-2449.

Artículo en el que el autor da su opinión sobre cómo alcanzar la mayoría necesaria para autorizar la transferencia de acciones nominativas vinculadas a través de un acuerdo de la Junta General de Accionistas permitida por el 68 de la AktG. (M.P.G.R.).

**319. JUNKER, Abbo:** «*Das eigenkapitalereretzende Aktionärsdarlehen*», *ZHR Band 156*, 1992, pág. 394.

Se estudia la financiación de las sociedades anónimas a través de préstamos procedentes de los accionistas; en particular la consideración de tales fondos como capital social a efectos de responsabilidad. (IGP).

**320. KRÜGER, K.:** «*Der Anspruch der Aufsichtsratsmitglieder einer mitbestimmten GmbH auf Übersendung der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung*», *BB*, (1992), págs. 1361-1365.

El autor mantiene la opinión de que los miembros del Consejo de Administración de una sociedad de responsabilidad limitada tienen el derecho de enviar los acuerdos a la Junta General de Accionistas. (M.P.G.R.).

**321. LENER, R.:** «*Prime note sulle società di investimento a capitale variabile*», *BBTC*, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 579-583.

Notas al Decreto legislativo de 25 de enero de 1992, núm. 84, sobre la actuación de la directiva núm. 85/161 CEE y núm. 88/220 CEE relativa a los organismos de inversión colectiva de valores mobiliarios operantes en la forma de sociedad de inversión a capital variable (SICAV). (Aranda/Sierra).

**322. MAYER, K.:** «*Zur Mitwirkungspflicht beim Ausschluß von Personengeschaftern*», *BB*, (1992), págs. 1497-1500.

El deber de colaboración en la expulsión de los socios en las sociedades personalistas. (M.P.G.R.).

**323. MAYR, C. E.:** «*L'ambito di applicazione dell'art. 103 della legge fallimentare*», *BBTC*, 1992, núm. 4, parte seconda, págs. 491-497.

Comentario a la ST del Tribunal de Turín de 28 de febrero de 1991, sobre sociedad fiduciaria. Liquidación y procedimiento de reivindicación, restitución y separación de los bienes fiduciarios. (Aranda/Sierra).

**324. MAZZARESE, S.: «Le nuove norme in materia di società cooperative della legge núm. 59/1992», CI, 1992, núm. 2, págs. 781-832.**

Ambito de aplicación y consideraciones generales de la ley 59/1992. Aspectos diversos previstos. Aspectos de la reforma de las propuestas parlamentarias que no han sido plasmadas en la ley. (Aranda/Sierra).

**325. MUNARI, F.: «La legge 10 ottobre 1990, núm. 287 e il diritto comunitario della concorrenza», CI, 1992, núm. 2, págs. 602-634.**

El criterio de la exclusión recíproca; problemas interpretativos derivados de la operatividad del criterio de la exclusión recíproca del art. 1, 1.º de la ley 287/90. La exigencia de individualizar soluciones interpretativas y aplicativas de la disciplina sobre la competencia interna y comunitaria referentes a preservar el efecto útil. (Aranda/Sierra).

**326. PAILLUSSEAU: «La Cession de contrôle et la situation financière de la société cédée», SJ, núm. 16, 15 de abril de 1992, Doctrine 3578, págs. 185-199.**

Análisis de los problemas planteados por la indefinición de la naturaleza jurídica de la cesión de control de una sociedad. El autor plantea la imposibilidad de considerar esta figura como una cesión de empresa o como una mera cesión de créditos, entendiendo que hay que considerarla más bien como una transferencia del poder en la sociedad, no siendo por ello sorprendente la tendencia jurisprudencial consistente en aplicar a las cesiones de control disposiciones relativas a los contratos de compra-venta. (L.M.L.F.).

**327. PATRIARCA, S.: «I buoni di godimento», BBTC, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 485-519.**

Creación en la práctica de nuevos instrumentos que satisfagan la inversión de las sociedades. Práctica italiana, francesa y alemana. Situación práctica actual italiana y su relación con el Derecho italiano. (Aranda/Sierra).

**328. RACUGNO, G.: «Novità in tema di banche popolari», BBTC, 1992, núm. 3, parte prima, págs. 369-374.**

Anotaciones a la ley de 17 de febrero de 1992, núm. 207 que modifica la disciplina de las acciones de sociedad cooperativa autorizadas para el ejercicio del crédito y del ahorro (Banco popular) así como para las autorizadas al ejercicio de las garantías. (Aranda/Sierra).

**329. RADICI, M.:** «Questioni in tema di cancellazione dal registro delle imprese di società cooperative», *LGCC*, 1991, núm. 5, parte prima, pág. 695-700.

Notas al decreto del Tribunal Casino de 13 de noviembre de 1989 en materia de sociedades cooperativas. (Aranda/Sierra).

**330. RAGAZZINI, G.:** «Mutualità interna ed esterna nella riforma cooperativa», *CI*, 1992, núm. 2, págs. 833-880.

Las consecuencias de la nueva ley. La nueva mutualidad y el problema de las causas mutualistas: interna y externa. (Aranda/Sierra).

**331. REINELT, E.:** «Zur Formbedürftigkeit des Gesellschafterbeitritts bei geschlossenen Immobilien-Fonds», *NJW*, (1992), págs. 2052-2055.

Las exigencias formales en las aportaciones de los socios en los fondos inmobiliarios. (M.P.G.R.).

**332. SBISA, G.:** «Patto di sindacato e OPA», *CI*, 1992, núm. 2, págs. 653-662.

Calificación del pacto de sindicato. Las participaciones sindicales y los presupuestos de la OPA obligatoria referente a la adquisición del control de una sociedad. Participaciones del sindicato de voto y control. (Aranda/Sierra).

**333. SEPE, M.:** «Tutela concorsuale dell fiduciante e separezza patrimoniale nel regime della legge sulle SIM», *BBTC*, 1992, núm. 4, parte seconda, págs. 484-491.

Comentario a la ST del Tribunal de Turín de 28 de febrero de 1991, sobre sociedad fiduciaria. Liquidación y procedimiento de reivindicación, restitución y separación de los bienes fiduciarios. (Aranda/Sierra).

**334. TAUPITZ, J.:** «Die GmbH als Organisationsform ambulanter heilkundlicher Tätigkeit», *NJW*, (1992), págs. 2317-2325.

La sociedad de responsabilidad limitada como forma de organización de las actividades médicas ambulantes. (M.P.G.R.).

**335. TIMM, W.:** «Das Recht der faktischen Unternehmensverbindungen im Umbruch», *NJW*, (1992), págs. 2185-2195.

El Derecho de los grupos empresariales fácticos en transformación. (M.P.G.R.).

**336. TOFFOLI, S.:** «*Amministratori di società e “fondi neri”*», F.I., 1992, núm. 6, parte I, cols. 1892-1900.

Sociedad por acciones. El problema de los fondos ocultos: administración y gestión. Las obligaciones y responsabilidad de los administradores. Los contratos de la sociedad. Nota a la sentencia de casación de 22 de junio de 1990, núm. 6278. (Aranda/Sierra).

**337. ULMER, Peter:** *Zur Treuhand and GmbH-Anteilen: Haftung des Treugebers für Einlageansprüche der GmbH?*, en ZHR Band 156, 1992, pág. 377.

Responsabilidad del fiduciario o del fundador oculto ante la reclamación de la aportación por parte de la sociedad de responsabilidad limitada. (IGP).

**338. VIDIRI, G.:** «*Diritto di opzione ed emissione di azioni con sovrapprezzo*», F.I., 1992, núms. 7-8, parte I, cols. 2258-2262.

Sociedad por acciones. Emisión de acciones con sobreprecio y violación del derecho de opción de los accionistas. Notas al Tribunal de Milán de 6 de diciembre de 1990. (Aranda/Sierra).

**339. WEIGMANN, R.:** «*La nuova legge italiana sulle offerte pubbliche*», BBTC, 1992, núm. 3, parte prima, págs. 428-442.

Notas a la Ley de 12 de febrero de 1992 sobre la disciplina de la oferta pública de suscripción, adquisición y cambio de títulos. (Aranda/Sierra).

**340. ZÖLLNER, W.:** «*100 Jahre GmbH*», JZ, (1992), págs. 381-385.

El presente artículo trata del desarrollo y el significado de las sociedades de responsabilidad limitada a lo largo del último siglo y profundiza en las principales cuestiones de su futura proyección jurídica. (M.P.G.R.).

### 3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

**341. CARBONE, P. L.:** «*Norme relative all'uso di informazioni riservata nelle operazioni in valori mobiliari e alla Commissione nazionale per la società e la borsa*», NLCC, 1992, núm. 5, págs. 963-1014.

Estudio de la ley de 17 de mayo de 1991, núm. 157, artículo por artículo, con una breve introducción sobre las razones en que se inspiró el legislador italiano y el «iter» parlamentario. (Aranda/Sierra).

**342. CATABRICA, C.: «La convenzione istitutiva della banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo», NLCC, 1992, núm. 5, págs. 1160-1168.**

Estudio de la Convención de París de 29 de mayo de 1990. Naturaleza política de la finalidad de la banca; reparto de poderes de voto en los organismos colegiados; poderes de la BERS en operaciones activas. (Aranda/Sierra).

**343. DOLMETTA, A. A.: «Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: critica alla legge núm. 154/1992», BBTC, 1992, núm. 3, parte prima, págs. 375-397.**

Notas a la ley de 17 de febrero de 1992, núm. 154 sobre la transparencia de las operaciones y servicios bancarios y financieros. (Aranda/Sierra).

**344. GANDINI, C.: «La nozione di intermediazione mobiliare», CI, 1992, núm. 1, págs. 131-197.**

La noción de actividad de intervención mobiliaria y principio de reserva. La regla organizativa y estructural. Las obligaciones inherentes a la autonomía gestora y operativa del SIM. La regla de comportamiento: principio general, regla de transparencia, el contrato de inversión, las obligaciones de carácter organizativo. Persecución del interés de los clientes y la disciplina de la situación contractual. Conflicto de intereses y fenómeno de los grupos sociales en la disciplina de la intermediación mobiliaria. La actividad de negociación de valores mobiliarios y la actividad de gestión del patrimonio mobiliario. (Aranda/Sierra).

**345. GRAF LAMBSDORFF, H. G./JÄGER S.: «Die individuelle Verantwortlichkeit in der umweltbezogenen Werbung», BB, (1992), págs. 2297-2306.**

Los autores realizan un juicio jurídico-crítico de la publicidad con mensajes destinados a la protección del medio ambiente, publicidad de notoria importancia en Alemania como consecuencia del creciente interés del consumidor por la problemática del medio ambiente. (M.P.G.R.).

**346. KÖHLER, H.: «Der Schadensersatz—, Bereicherungs—, und Auskunftsanspruch im Wettbewerbsrecht», NJW, (1992), págs. 1477-1482.**

Los derechos a la indemnización, al enriquecimiento y a la información en el Derecho de la competencia. (M.P.G.R.).

**347. KÖNDGEN, J.: «Die Entwicklung des privaten Bankrechts in den Jahren 1990/91», NJW, (1992), págs. 2263-2273.**

El desarrollo del Derecho privado bancario en los años 1990/91. (M.P.G.R.).

**348. LOBUONO, M.: «Intermediazione mobiliare e mercati a termine: l'esperienza italiana e tedesca», CI, 1992, núm. 1, págs. 249-297.**

Aproximación de la legislación italiana a las sugerencias de la experiencia jurídica alemana. La autorregulación en la disciplina de los contratos a plazos de bolsa. Los deberes de información elaborados por la jurisprudencia alemana. Análisis del método de interpretación de la disciplina italiana del mercado a plazos. (Aranda/Sierra).

**349. MIVERVINI, G.: «I poteri della caporuppo nei gruppi bancari plurifunzionali», BBTC, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 461-471. (Aranda/Sierra).**

**350. PALISI, F.: «La responsabilità della Banca nel servizio di cassette di sicurezza», LGCC, 1991, núm. 5, parte seconda, págs. 404-413.**

Limitación en el objeto y en la responsabilidad. La tesis de la atipicidad del contrato según el art. 2 de la n.b.u. El caso fortuito y la responsabilidad de la banca. Prueba del daño. (Aranda/Sierra).

**351. DE POLI, M.: «Il libretto di deposito a risparmio», LGCC, 1992, núm. 1, parte seconda, págs. 39-48.**

Tipología y fuente normativa. Anotaciones y eficacia probatoria. Naturaleza jurídica de la cartilla de ahorros. Cartilla nominativa y al portador. (Aranda/Sierra).

**352. ROPPO, E.: «SIM di distribuzione e promotori finanziari nel regime dell'attività di soggeitazione del pubblico risparmio», CI, 1992, núm. 1, págs. 47-73.**

Disciplina de los promotores financieros en la ley 1/1991 y en los reglamentos de actuación. Los elementos constitutivos de la figura. La obligación de inscripción. Reglas de conducta de los promotores financieros: el vínculo del monomandato. Control sobre los promotores financieros. La formación del contrato de inversión (Aranda/Sierra).

**353. SCHMIDT, Jörg: Vertragsfreiheit und EG-Handelsvertreterrichtlinie, ZHR Band 156, 1992, pág. 512.**

Libertad contractual y la Directiva de la CEE de 18 diciembre 1986 sobre agentes comerciales. (IGP).

**354. STORCK, Michel:** «La responsabilité encourue pour le défaut d'exigence de couverture d'opérations à terme», RDS, núm. 8, 20 de febrero de 1992, *Chroniques*, págs. 71-74.

Estudio de la jurisprudencia relativa a la responsabilidad en que puede incurrir la sociedad de bolsa o la entidad bancaria que no exigieran de su mandante la constitución de una cobertura financiera para las operaciones a plazo. Se analiza la doble fundamentación de esta responsabilidad, argumentada por la mencionada jurisprudencia: existencia de un contrato tácito de crédito, derivado del mero hecho de admitir la orden en descubierto sin exigir cobertura, o bien violación de la obligación de información y consejo a su cliente. (L.M.L.F.).

**355. VARIOS.** «Il gruppo SIM», CI, 1992, núm. 1, págs. 15-44.

Concepto de control y grupo utilizados en la ley de 2 de enero de 1991, núm. 1 en temas de sociedades de intermediación inmobiliaria, art. 4, 3.º de esta ley. (Aranda/Sierra).

#### 4. CONTRATOS MERCANTILES

**356. BASEDOW, Jürgen:** *Zulässigkeit und Vertragsstatut der Kabotage-transporte*, ZHR Band 156, 1992, pág. 413.

Se examinan las repercusiones que la integración europea habrá de tener sobre el transporte interno: las reservas nacionales en la materia, normas de conflicto aplicables y la incidencia del principio de no discriminación en el marco de la CEE. (IGP).

**357. BAUER, G.:** «Die Rechtsprechung zu den Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB) im Jahre 1991», NJW, (1992), págs. 1482-1487.

Breve análisis de la jurisprudencia alemana relativa las condiciones generales de los contratos de seguro de protección jurídica en 1991. (M.P.G.R.).

**358. BIANCA, M.:** «Questioni in tema di contratto di sponsorizzazione», LGCC, 1991, núm. 5, parte prima, págs. 576-579.

Comentario a la decisión arbitral de 17 de julio de 1990 sobre contrato de esponsorización deportiva. Incumplimiento contractual. (Aranda/Sierra).



**359. BOCHICCHIO, F.: «Il pegno di valori mobiliari. Servizi finanziari e garanzie reali», CI, 1992, núm. 1, págs. 199-248.**

Los modos de circulación y administración de valores mobiliarios y la prenda. La gestión patrimonial. Los mandatos para administrar la oferta domiciliaria. La prenda en los servicios financieros. (Aranda/Sierra).

**360. BÜLOW, P.: «Sittenwidriger Konsumentenkredit im Verzug», NJW, (1992), págs. 1049-2052.**

El autor se pregunta si la mora de un prestatario de un crédito al consumo contrario a las buenas costumbres se rige por el BGB o por el § 11 de la VerbrKrG, apostando por la aplicación directa de este último y la aplicación complementaria de aquél. (M.P.G.R.).

**361. CANDIAN, A. D.: «Capitalizzazione (contratti di)», CI, 1992, núm. 1, págs. 445-474.**

Análisis del contrato de capitalización. Contrato no desarrollado en la práctica italiana pero recogido en la legislación especial. (Aranda/Sierra).

**362. CAPPRONI, B.: «Qualcosa di nuovo, anzi d'antico: il versamento di somme al creditore procedente "per ottenere il differimento della vendita dei beni pignorati"», F.I., 1992, núm. 5, parte I, cols. 1546-1551.**

Comentario a la sentencia de la corte de apelación de Roma de 10 de febrero de 1992 sobre revocación de un pago efectuado por la sociedad deudora ejecutado a su acreedor. Inaplicación del art. 67, 2.º de la ley de quiebra. (Aranda/Sierra).

**363. CATALANO, G.: «"Swaps": pregiudici inglesi e (prospettive di) disciplina italiana», F.I., 1992, núm. 5, parte IV, cols. 310-320.**

El «interest rate swaps» en el Derecho inglés. Poderes reconocidos en los estatutos a los entes locales. Nota a la Haus of Lords de 24 de enero de 1991 y a la Cort. of Appeal de 22 de febrero de 1990. (Aranda/Sierra).

**364. CAVALLI, M.: «La convenzione europea sulla televisione transfrontaliera», NLCC, 1992, núm. 5, págs. 1168-1177.**

Estudio de la Convención de Estrasburgo de 5 de mayo de 1989. Análisis de la cláusula de desconexión y obligación de cooperación. Programación pública y esponsorización. (Aranda/Sierra).

**365. CIACCIA, A.: «Osservazioni a Trib. Avezzano 21 marzo 1990 in tema di novazione dell'obbligazione originaria in presenza di emissione di cambiali», BBTC, 1992, núm. 4, parte seconda, págs. 503-504.**

Análisis de los modos de extinción de la obligación distintos del cumplimiento. Contrato de fianza «omnibus» y revocación. (Aranda/Sierra).

**366. CLEMENT, Jean-Paul: «La Mort Programmée de la Franchise de Service», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, Doctrine, págs. 269-270.**

El autor se muestra preocupado por la responsabilidad solidaria establecida entre franquiciado y franquiciante por una propuesta de directiva, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y relativa a la responsabilidad de los prestadores de servicios. (L.M.L.F.).

**367. CLEMENT, Jean-Paul: «A Propos de la Date d'Applicabilité de l'Art. 1.º de la Loi du 31 Décembre 1989 au Contrats de Franchise», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, Doctrine, págs. 126-127.**

El decreto de aplicación de la ley de 31 de diciembre de 1989, en virtud de la cual se imponían a los franquiciantes una serie de deberes de información, no fue publicado sino quince meses después de la ley. El autor se pregunta por la fecha a partir de la cual será aplicable la exigencia de facilitar un documento, cuyo contenido había de fijarse por el referido decreto y que había de contener la información exigida por el legislador. (L.M.L.F.).

**368. CONTINO, E.: «Polizza fideussoria, clausola di pagamento senza eccezioni e contratto autonomo di garanzia», GC, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 1055 y ss.**

Notas a la sentencia de casación de 10 de abril de 1991, núm 3739 sobre la cláusula de garantía como expresión de la autonomía de la voluntad en materia contractual. (Aranda/Sierra).

**369. DIMUNDO, F. M.: «Questioni in tema di fallimento del cedente nel contratto di factoring», LGCC, 1991, núm. 5, parte prima, págs. 624-625.**

Notas a la sentencia de casación civil, sala 1.ª, de 21 de diciembre de 1990, núm. 12157 sobre quiebra del cedente y créditos nacidos de un contrato de suministro. (Aranda/Sierra).

**370. EHLSCHEID, D.:** «Die Ausgleichsansprüche unter Sicherungsgebern», BB, (1992), págs. 1290-1296.

La sentencia del BGH de 29 de junio de 1989 renueva la discusión sobre la compensación entre dos o más aseguradores de un mismo riesgo. (M.P.G.R.).

**371. FESTI, F.:** «La clausole aggiunte ai moduli o formulari ed interpretazione secondo buona fede», BBTC, 1992, núm. 3, parte seconda, págs. 300-309.

Comentario a la ST de la Corte de casación de 5 de abril de 1990, núm. 2863 sobre prevalencia en un contrato de adhesión de una cláusula añadida sobre la contenida en el formulario del contrato. (Aranda/Sierra).

**372. GAMBINO, A.:** «La tutela del consumatore nel diritto della concorrenza: evoluzioni ed involuzioni legislative, anche alla luce del d. lgs. 25 gennaio 1992 in materia di pubblicità ingannevole», CI, 1992, núm. 1, págs. 411-437.

Los principios correctores y crítica a la concepción subjetivista. Concepción normativa a la luz de la constitución: el criterio de la utilidad social. Incongruencias sistemáticas. Contradicciones entre la Constitución y el art. 2598 del C.c. Relaciones entre la tutela del consumidor y la disciplina antitrust. (Aranda/Sierra).

**373. GHISGLIERI, F.:** «Questioni in tema di responsabilità del vettore nel trasporto marittimo e di annullamento di laudo arbitral», LGCC, 1992, núm. 1, parte prima, págs. 136-142.

Notas a la sentencia de apelación de Génova de 17 de noviembre de 1990 sobre transporte marítimo. Responsabilidad civil. Anulación del laudo arbitral. (Aranda/Sierra).

**374. DI GREGORIO, V.:** «Leasing e prassi contrattuale», LGCC, 1991, núm. 5, parte seconda, págs. 414-430.

Calificación del contrato. Cláusulas vejatorias, penales, resolutoria expresa. Subarrendamiento. Pacto de adquisición. (Aranda/Sierra).

**375. DI GREGORIO, V.:** «La clausole di esonero de responsabilità contrattuale a favore del concedente nel contratto di leasing», LGCC, 1992, núm. 1, parte prima, págs. 36-39.

Comentario a la sentencia de la sala III de la Corte de casación civil de 17 de mayo de 1991, núm. 5571 sobre arrendamiento financiero. Cláusula negocial. (Aranda/Sierra).

**376. LELOUP, Jean-Marie:** «La loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants ou le triomphe de l'intérêt commun», *SJ*, núm. 7, 12 de febrero de 1992, *Doctrine* 3557, págs. 77-86.

Comentario de la citada disposición, reguladora del contrato de agencia mercantil y promulgada para trasponer al derecho interno la Directiva Comunitaria 86/653 de 18 de diciembre, cuyos objetivos eran a su vez aproximar las legislaciones de los Estados miembros sobre la materia y mejorar la protección jurídica de los agentes mercantiles. El autor considera que tales objetivos han sido razonablemente cumplidos, sin ruptura alguna con la tradición jurídica francesa. (L.M.L.F.).

**377. LEPRI, A.:** «Concorso di cause umane e naturali nella responsabilità civile extracontrattuale», *LGCC*, 1991, núm. 6, parte prima, págs. 800-802.

Notas a la sentencia de casación civil, sala 3.<sup>a</sup>, de 1 de febrero de 1991, núm. 981 sobre responsabilidad civil, responsabilidad extracontractual y nexo de causalidad. (Aranda/Sierra).

**378. LUMINOSO, A.:** «Ancora sull "venerdì neo" della lira: regole vicchie e nuove in tema di mandato», *BBTC*, 1992, núm. 3, parte seconda, págs. 330-340.

Notas a la ST de la Corte de Apelación de Roma de 27 de mayo de 1991 sobre derechos y obligaciones del mandante (cliente) y mandatario (banco) en operaciones bancarias de adquisición de valores. (Aranda/Sierra).

**379. MARZONA, N.:** «Le posizioni suggestive del risparmiatore secondo il giudice della giurisdizione: una difficile tutela», *BBTC*, 1992, núm. 4, parte seconda, págs. 396-340.

Notas a la ST de la Corte de Casación de 14 de enero de 1992, núm. 367 en materia de daños a los ahorradores en operaciones de oferta de capital social. (Aranda/Sierra).

**380. OECHSLER, Jürgen:** *Der Missbrauch abgeleiteter Nachfragemacht im Kreditkartengeschäft*, *ZHR* Band 156, 1992, pág. 330.

Las entidades que emiten tarjetas de crédito como medio de pago influyen decisivamente en la demanda del consumidor final. El autor examina los abusos que se puedan cometer al canalizar esa demanda, teniendo en cuenta que las entidades

a las que se ha hecho referencia gozan de una posición dominante al negociar con los vendedores la utilización de sus tarjetas de crédito como medio de pago. (IGP).

**381. ROPPO, E.: «Contratti pluristici e clausole vessatorie», F.I., 1992, núm. 5, parte I, cols. 1571-1579.**

Contratos de viaje internacionales: contenido. Responsabilidad del organizador y de las agencias intermediarias. Excepción frente a los turistas. Cláusulas de derogación de competencias y de jurisdicción. Comentario a la sentencia del Tribunal de Orvieto de 11 de febrero de 1992. (Aranda/Sierra).

**382. SALOMONI, A.: «Ancora sulla opponibilità al factor cessionario della convenzione que deroga alla competenza territoriale del giudice», LGCC, 1991, núm. 5, parte prima, págs. 602-604.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 15 de noviembre de 1990 sobre contrato de «factoring». Acuerdo derogatorio de la competencia territorial. (Aranda/Sierra).

**383. SKAUPY, W.: «Zu den Begriffen "Franchise", "Franchisevereinbarungen" und "Franchising", NJW, (1992), págs. 1785-1790.**

El autor pretende contribuir con el presente artículo al esclarecimiento de los más importantes conceptos jurídicos y económicos que presenta la franquicia y el contrato de *Franchising*. (M.L.P.G.R.).

**384. THREARD, Jean: «Les Concessionnaires et les Agent Dans l'Automobile», GP, tomo bimestral enero-febrero de 1992, Doctrine, págs. 74-75.**

El autor pone de manifiesto el problema que se derivará de la aplicación de la ley de 25 de junio de 1991, relativa a las relaciones entre los agentes comerciales y sus mandantes, a los agentes de marcas de automóviles, dada la tradicional diferenciación existente en este campo entre el agente y el concesionario. (L.M.L.F.).

**385. TIDU, A.: «Il recepimento della normativa comunitaria sulli credito all consumo», BITC, 1992, núm. 3, parte prima, págs. 403-411.**

Comentario a la ley de 19 de febrero de 1992, núm. 142, en materia de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la pertenencia de Italia a la CEE. (Aranda/Sierra).

**386. VILMARTI, Christine:** «La Décision d'Exemption du Contrat Type Yves Saint Laurent Parfums: Son Incidence à l'Égard des Tiers», GP, tomo bimestral mayo-junio de 1992, *Doctrine*, págs. 403-419.

Análisis y texto íntegro de la mencionada Decisión de la Comisión de la CEE que, sin poder considerarse una decisión por categoría, al limitarse tal virtualidad a las relativas a convenios sobre licencia de marca y limitación territorial, va a incidir en el conjunto de contratos del sector profesional afectado. (L.M.L.F.).

## 5. DERECHO CAMBIARIO

**387. CALABI, G./DI RATTALMA, M. F.:** «Sulla libertà di prestazione di servizi di intermediazione mobiliare: legge SIM e diritto comunitario a confronto», CI, 1992, núm. 2, págs. 725-761.

Estudio de la legislación italiana en la materia. La intermediación mobiliaria según la ley 1/91 de 2 de enero o ley SIM. La incompatibilidad de la ley 1/91 con la normativa comunitaria. Equivalencia de la disciplina italiana con la inglesa. (Aranda/Sierra).

**388. CIRILLO, F.:** «Poteri normativi della banca d'Italia e regolamentazione degli assegni fuori piazza», BBTC, 1992, núm. 3, parte seconda, págs. 343-350.

Comentario a la ST del Tribunal administrativo regional del Lacio de 4 de junio de 1991 núm. 1012 sobre asignación bancaria. Competencia del banco italiano para gestionar la compensación. (Aranda/Sierra).

**389. COSTA, C.:** «Bancogiro "internazionale" e diritto italiano», BBTC, 1992, núm. 3, parte prima, págs. 346-368.

El autor analiza la práctica italiana de transmisión de fondos al exterior: legislación aplicable. Estudia la relación ordenante-Banco, obligaciones y supuestos de quiebra, muerte o incapacidad del ordenante. Sigue analizando la relación entre los distintos sujetos implicados: interbancos, ordenante-banco del beneficiario, y bancos intermediarios. En cuanto a la relación entre el banco encargado del pago y el beneficiario, estudia los derechos del beneficiario y la responsabilidad de la banca, la revocación de la orden, excepciones y quiebra del beneficiario. Finalmente analiza la relación ordenante-beneficiario. (Aranda/Sierra).

**390. CHAPUT, Yves:** «La loi núm. 91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement», RDS, núm. 12, 19 de marzo de 1992, *Chroniques*, págs. 101-108.

Comentario de las medidas contenidas en el mencionado texto legal, que básicamente se estructuran en torno a la despenalización de la conducta consistente en emitir un cheque en descubierto y la ampliación a diez años de la prohibición al infractor de emitir nuevos cheques, a no ser que regularice su situación mediante el pago del cheque y de la penalidad instituida por la norma. (L.M.L.F.).

**391. DAMIANI, P.:** «Osservazioni a Cass. 16 gennaio 1991, núm. 334 in tema di tratta non accettata girata per lo sconto ad un istituto di credito ed allo stesso pagata prima della scadenza e dopo la sentenza di fallimento del traente», BBTC, 1992, núm. 4, parte seconda, págs. 417-420.

Comentario a la ST de la Corte de Casación de 16 de enero de 1991, núm. 334 sobre letras de cambio no aceptadas y giradas. Quiebra del librador y pago de buena fe por el librado. (Aranda/Sierra).

**392. FERRARI, G.:** «L'ammissione alla quotazione in Borsa», BBTC, 1992, núm. 3, parte prima, págs. 297-345.

Analiza el desarrollo legal de la materia, partiendo de la Ley de 20 de marzo de 1913, núm. 272 y reglamento de 4 de agosto de 1913, núm. 1069. La situación creada en 1913 continúa con ciertos requisitos administrativos hasta la reforma de 1974. Esta situación vuelve a cambiar para adaptarse a la normativa comunitaria. La actual normativa se adapta a la Deliberación comunitaria de 20 de febrero de 1991. En el primero y segundo punto estudia detalladamente el procedimiento de admisión de los títulos y órgano competente para decidir; medio de control, suspensión y revocación de la admisión. Finalmente, señala como esta legislación atiende tanto a la tutela del mercado como a la de los inversores. Los fines de esta legislación son la seguridad del inversor y eficacia del mercado. (Aranda/Sierra).

**393. FERRERO, E.:** «Contratto differenziale», CI, 1992, núm. 1, págs. 475-489.

Orígenes teóricos de estos contratos en los s. XVI y XVII. La ley de 14 de enero de 1874, núm. 1971 y de 13 de septiembre de 1876, núm. 3326 relativas a la imposición fiscal de los contratos de bolsa y la ley de 20 de marzo de 1913 núm. 272 relativa a la reglamentación de la bolsa. La sentencia de la Corte de Casación de 7 de octubre de 1924 y el r.d.l. de 10 de junio de 1926, núm. 942. Las posteriores orientaciones doctrinales. (Aranda/Sierra).

**394. INZITARI, B.: «La formazione del contrato nella vendita porta a porta dei valori mobiliari», CI, 1992, núm. 1, págs. 75-85.**

Nueva normativa con la ley de 2 de enero de 1991 sobre intermediación de valores y organización del mercado mobiliario. (Aranda/Sierra).

**395. MONTEDORO, G.: «La nozione di vendita a domicilio di valore mobiliario», CI, 1992, núm. 1, págs. 87-106.**

Fuentes normativas. Problemas que plantea la venta a domicilio. Solicitud de la venta puerta a puerta: obligación de publicidad. Nulidad radical del contrato y principio de conservación. (Aranda/Sierra).

**396. MONTEDORO, G.: «L'incidenza dei controlli CONSOB sulle negoziazioni di Borsa tra legge ed equità», BBTC, 1992, núm. 3, parte seconda, págs. 288-292.**

Comentario a la ST de la Corte de casación de 27 de noviembre de 1990, núm. 11412 sobre la nulidad de los contratos por falta de entrega de los títulos. (Vincolo di negoziazione al contante). (Aranda/Sierra).

**397. OLIVERI, G.: «Sulla responsabilità delle banche nella “negoziazione” e nel pagamento di assegni bancari a mezzo stanza di compensazione», BBTC, 1992, núm. 3, parte seconda, págs. 354-368.**

Notas a la ST del Tribunal de Catania de 30 de abril de 1991 sobre los riesgos inherentes a la negociación de títulos y la responsabilidad del banco ordenante en el cobro. (Aranda/Sierra).

**398. RABITTI, G. L.: «Valore mobiliare e investment contract», CI, 1992, núm. 1, págs. 107-130.**

La relevancia de la figura «valor mobiliario» por la actuación del principio de transparencia para la tutela de los inversores. La definición normativa de valor mobiliario y la clasificación tipológica en el ámbito de los títulos de crédito y su afinidad con la noción de «security nort-americana». La incidencia de los problemas prácticos en la génesis legislativa del art. 18 bis de la ley 226/1974 y la influencia de los modelos extranjeros. Pluralidad de significados del término valor mobiliario: a) título de masa y b) unidad de medida de la norma para tutela de los inversores. (Aranda/Sierra).

**399. VASSEUR, Michel: «Le chèque sans provision en France», SJ, núm. 9, 26 de febrero de 1992, Doctrine 3562, págs. 107-117.**

Pese a que se ha experimentado en los últimos años una progresiva disminución del recurso al cheque como medio de pago, este instrumento continúa gozando



do de gran vitalidad. El autor analiza el tratamiento jurídico dispensado por el Derecho Francés al libramiento de un cheque en descubierto, desde su primera regulación, a través de la ley de 14 de junio de 1865, hasta la última modificación de su régimen jurídico, operada por la ley 91-1382, de 30 de diciembre. (L.M.L.F.).

**400. MADRANGES, Etienne:** «*La Loi du 30 Décembre 1991 Relative à la Sécurité des Chèques et des Cartes de Paiement*», GP, tomo bimestral marzo-abril de 1992, *Doctrine*, págs. 252-254.

Comentario del novedoso tratamiento dispensado por el Derecho Francés a la emisión de un cheque sin fondos, destacando en cuanto al mismo el establecimiento de una sanción liberatoria y la posibilidad de que el banco prohíba al infractor la emisión de nuevos cheques durante un plazo de 10 años, a menos que este proceda a regularizar su situación en la forma legalmente prevista. (L.M.L.F.).

## 6. DERECHO CONCURSAL

**401. CIMINO, G.:** «*Le responsabilità, per atti di rilevanza previdenziale, del curatore fallimentare*», GC, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 1003-1005.

Notas a la sentencia de casación de 14 de septiembre de 1991, núm. 9605 sobre quiebra, responsabilidad y síndico. Ilícito administrativo anterior a la declaración de quiebra. Exclusión. (Aranda/Sierra).

**402. CIMINO, C.:** «*Inefficacia dell'ordinanza-ingiunzione emanata dall'ente previdenziale impositore in costanza di fallimento: interesse del curatore alla rituale opposizione*», GC, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 997-998.

Notas a la sentencia de casación de 26 de octubre de 1991, núm. 11421 sobre sanción administrativa por infracción anterior a la quiebra. Oposición por parte del síndico. (Aranda/Sierra).

**403. DIDONE, A.:** «*Osservazioni sulla decorrenza degli effetti nell'amministrazione controllata*», GC, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 944-946.

Quiebra. Administración controlada. Hipoteca sobre los bienes del deudor. Inscripción después de la demanda de administración controlada e ineficacia. No-

ta a la sentencia de casación de 28 de noviembre de 1991, núm. 12804. (Aranda/Sierra).

**404. MODICA, E.: «Revocatoria fallimentare e momento dell'estinzione dello scoperto di conto», LGCC, 1991, núm. 5, parte prima, págs. 635-640.**

Notas a la sentencia de casación civil, sala 1.<sup>a</sup>, de 7 de febrero de 1991, núm. 1285 sobre perjuicios a los acreedores, actos a título onerosos y pagos en garantía. (Aranda/Sierra).

**405. PETTRARIN/PONTI: «Soggetti agenti in regime di monopolio legale e revocatoria fallimentare», LGCC, 1991, núm. 5, parte prima, págs. 629-631.**

Comentario a la sentencia de casación civil, sala 1.<sup>a</sup>, de 10 de enero de 1991, núm. 186 sobre quiebra del fabricante en régimen de monopolio legal. (Aranda/Sierra).

**406. SANTARSIERE, V.: «Società in prefallimento. Rilevanza della sede legale», GC, 1992, núm. 4, parte prima, págs. 1088-1091.**

Notas a la sentencia del Tribunal de Monza de 13 de enero de 1992. El traslado de la sede legal de la sociedad en presunto estado de insolvencia. (Aranda/Sierra).

**407. SMID, S.: «Aktuelle Probleme des Gesamtvollstreckungsrechts», BB, (1992), págs. 2090-2095.**

Aportación al análisis de los problemas actuales del Derecho concursal alemán que toma como base los pronunciamientos de los tribunales de los cinco nuevos Bundesländer. (M.P.G.R.).

**408. UHLENBRUCK, W./BRANDENBURG, J. C./GRUB, V./SCHAAF, W. A./WELLENSIEK, J.: «Die Insolvenzrechtsreform», BB (1992), págs. 1734-1738.**

Los autores mantienen que la futura reforma del Derecho de quiebras en Alemania constituye un típico caso de sobrejudicialización y dudan de que éste sea un sistema que pueda funcionar en la práctica. (M.P.G.R.).

**ABREVIATURAS**

AcP:	Archiv für die civilistische Praxis.
Archiv. Giur.:	Archivio Giuridico.
B.B.:	Betriebs Berater.
B.B.T.C.:	Banca, Borsa e Titoli di credito.
C.I.:	Contratto e Impresa.
D.F.P.:	Il Diritto di famiglia e delle persone.
Dir. Aut.:	Il Diritto di Autore.
F.I.:	Il Foro Italiano.
G.C.:	Giustizia Civile.
G.P.:	Gazette du Palais.
J.Z.:	Juristen Zeitung.
L.C.:	Loyers et Copropriété.
L.G.C.C.:	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
N.L.C.C.:	Le nuove leggi civili commentate.
N.J.W.:	Neue Juristische Wochenschrift.
R.D.I.:	Revue de Droit Immobilier.
R.D.S.:	Recueil Dalloz-Sirey.
Rev. Soc.:	Revue des Sociétés.
R.I.D.C.:	Revue Internationale de Droit Comparé.
R.T.D.C.:	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
S.J.:	La Semaine Juridique.
Z.H.R.:	Zeitschrift für das gesante Handels und Wirtschaftsrecht

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

### II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ  
Colaboran: Esther ALGARRA PRATS  
Gabriel GARCÍA CANTERO  
Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA  
Carmen JEREZ DELGADO  
Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ  
Jaime MORO AGUILAR  
Encarna SERNA MEROÑO

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. PARTE GENERAL

**1. Persona Jurídica. «Levantamiento del velo jurídico».**—La circunstancia fiscal de ser operaciones sujetas a la desgravación por tráfico de perfeccionamiento activo e importación temporal ha obligado a la sala de instancia a la técnica del «levantamiento del velo», en uso de sus facultades soberanas al servicio de la justicia, porque, como bien dicen las SS de 24 de septiembre y 4 de marzo de 1988, en el conflicto entre Seguridad Jurídica y Justicia, valores consagrados hoy en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias por aplicar la vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7.1. CC), penetrando en el substrato personal de las entidades y sociedades a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que el socaire de la ficción de forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6.4. CC), 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. 7.2. CC), en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10. CE), es decir del mal uso de la personalidad, o lo que es lo mismo de un ejercicio antisocial de su derecho, como aquí acontece, en que se ha patentizado por la vía de hecho esa ubicuidad, ambi-

güedad 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. (**Sentencia de 12 de noviembre de 1991**; no ha lugar).

**HECHOS.**—La parte actora formula a la demandada una reclamación de cantidad en relación a los envases que le fueron vendidos y remitidos por aquélla para rellenado con berberechos elaborados en Holanda —país de origen de la compradora—, y su reenvío a España a las casas importadoras en nuestro país de este molusco ya preparado, a lo que se opuso la entidad foránea demandada bajo la única base de que la compradora es «S.A. LENGER» y no ella, por lo que carece de legitimación pasiva. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó la sentencia. No prospera el recurso de casación. (*J.A.M.M.*).

2. **Asociación: Expulsión de socio.**—Siendo el derecho de asociación uno de los que el texto constitucional reconoce con el carácter de derecho fundamental, es posible acudir para su defensa en juicio a la vía especial prevista por la Ley 62/78 de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (art. 13, Trámite de los incidentes). No es preciso, por tanto, seguir en este punto las pautas marcadas por la Ley de Asociaciones 191/1964, cuya vigencia es compatible con la Constitución y leyes que la desarrollan siempre y cuando no obstruya su normal aplicación. (*Sentencia de 16 de diciembre de 1991*; ha lugar).

**HECHOS.**—Tras ser expulsados de una asociación, los actores solicitan por el trámite de los incidentes se declare la nulidad del acuerdo de expulsión y el reconocimiento de los socios como tales, pues no se aprobó por la mayoría prevista para ello en los estatutos. En Primera Instancia se falló en favor de la reposición a los demandantes como socios de la asociación. En apelación, la Audiencia declaró nula la sentencia anterior por considerar inadecuada la vía procesal especial a la que se accedió para dar lugar a la misma. En casación hubo lugar. (*C.J.D.*).

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

3. **Protección del Derecho al Honor. Libertad de Expresión:** No opera en su ejercicio el límite interno de veracidad. **Personas públicas (Concejales):** deben soportar un cierto riesgo en sus derechos de la personalidad por opiniones de interés general. **Publicación de la información sin alusión a los afectados:** no existe litisconsorcio pasivo necesario respecto a los responsables del periódico.—La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, en sus arts. 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. Las ideas o juicios de valor no se prestan por su naturaleza abstracta a una demostración de su exactitud (STC. 8-6-88), 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 de que es aplicable a ésta, lo cual conduce a que aparezcan justificadas frases formalmente injuriosas o que tengan un interés público. Cuando la libertad de expresión se ejercita en conexión con asuntos de interés general, alcanza entonces (STS 13-12-89) 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.

Como ya observó la STS 18-7-89, sin divulgación, no hay imputabilidad, ya que la esencia de la infracción es precisamente esa divulgación. Además, según la STC 21-1-88, la actuación incriminada ha de alcanzar, para ser anti-constitucional, a supuestos que inquieten o perturben. Dada la forma en que se publica una información, sin alusión alguna a los afectados directamente, no puede considerarse que por lo escueto y anónimo de la publicación haya sido divulgado nada difamatorio, 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 (...). No cabe hablar en estos supuestos de litisconsorcio pasivo necesario respecto de los periodistas y responsables del periódico ni hay motivo para exigir que sean demandados en su caso (STS 30 de diciembre de 1991, ha lugar).

**HECHOS.**—Debido a las manifestaciones de un concejal en el Pleno del Ayuntamiento, publicadas posteriormente en un periódico, pero sin alusión a los afectados, el actor, también concejal de la misma Corporación, formuló demanda sobre resarcimiento de daños morales y defensa del honor, solicitando la condena del demandado a publicar a su costa la sentencia y el abono de una cantidad en concepto de indemnización de los daños.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación. Prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**4. Protección del Derecho al Honor. Responsabilidad extracontractual: necesidad de probar el nexo de causalidad. Libertad de Información: concepto y límites. Medidas para cesar la intromisión ilegítima: retirada de fondos públicos de Bibliotecas y Hemerotecas: no procede. Error en la apreciación de la prueba: documentos: no lo son las diligencias policiales.**—El recurso interpuesto por el actor es desestimado, partiendo del hecho probado de que no está demostrado que el daño cuya indemnización reclamaba (la angina de pecho sufrida) tuviera su causa en la noticia. Sobre esta base fáctica, declara el Tribunal Supremo que la doctrina de la responsabilidad extracontractual «obliga a reparar todo daño que exista y guarde relación de causalidad con la acción u omisión culposa o negligente, pero (en el caso concreto) para entender que debió satisfacerse el daño inherente a la enfermedad habría de probarse que tuvo su causa en el ataque al honor». Tampoco admite el Tribunal la alegada inaplicación del art. 1253 Cc «porque sobre el hecho base (reportaje periodístico) y la consecuencia (enfermedad) se han practicado pruebas periciales que han sido valoradas por el Tribunal según regla de la sana crítica, sin obtener de su apreciación las conclusiones del recurrente (...)».

Como ha dicho reiteradamente esta Sala (STS 22-2-91; 2-3-91), la libertad de expresión consiste en formular opiniones, juicios o creencias personales que no aspiren a sentar hechos o a afirmar objetivos y tiene como límite la ausencia de expresiones vejatorias o injuriosas que resulten innecesarias, y el derecho a la información tiene la protección constitucional en cuanto versa sobre informaciones veraces, pero no cuando faltando a la verdad provocan el deshonor de las personas y no tiene carácter de derecho absoluto frente al derecho al honor.

El art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo dice que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como a prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Añadiendo que entre dichas medidas podrán incluirse las cautelas encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados, pero en el reproducido texto legal nada se dice de los fondos periodísticos que se guardan en Bibliotecas públicas y Hemerotecas. Estos fondos periodísticos son formados en virtud de disposiciones legales que ya desde antiguo imponen a los editores la presentación de ejemplares, constituyen un servicio público estatal y no pueden verse afectados por esta sentencia sin que la Administración del Estado haya sido oída. La reiterada de los ejemplares comportaría la privación al fondo de noticias e informaciones que ninguna relación guarda con el artículo periodístico y, además, el propio fondo recibirá ejemplares del periódico donde se divulgue la presente sentencia.

Es reiteradísima la jurisprudencia que niega el carácter de documento a las diligencias policiales que forman parte de actuaciones judiciales, porque de dicho informe no se desprende el error del juzgador por carecer de literosuficiencia (STS 26 de diciembre de 1991, ha lugar parcialmente).

**HECHOS.**—A consecuencia de un artículo periodístico atentatorio contra el derecho al honor del demandante, éste interpuso demanda de protección de los derechos fundamentales de la persona contra la Editorial y contra J.R.C.V. y E.A.V., solicitando, entre otros pedimentos, la condena solidaria de los demandados al pago de 50 millones de ptas., la inmediata retirada de los fondos públicos existentes en Bibliotecas Nacionales y Hemerotecas de los ejemplares en que apareció el artículo y la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados al demandante (alegaba éste que a causa del reportaje periodístico padeció una angina de pecho, que exigió intervención quirúrgica).

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando solidariamente al J.R.C.V. y E.A.V. al pago de 2 millones de ptas., y a la retirada del ejemplar del diario de las Bibliotecas y Hemerotecas, pero absolviendo a la Editorial, por considerar que no estaba legitimada pasivamente; la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso del actor, condenado a los demandados y a la Editorial solidariamente y manteniendo el resto de los pronunciamientos. Prospera en parte el recurso de casación interpuesto por los demandados (*E.A.P.*).

**5. Protección del derecho al honor. Ambito de actuación de los parlamentarios (diputados autonómicos). Organo jurisdiccional competente en los procesos civiles contra parlamentarios. Inviolabilidad e inmunidad: finalidad y diferencias. Actuaciones que exceden del ámbito parlamentario: competencia del Juez natural.**—Cuando los hechos imputados se producen externamente fuera del ámbito de actuaciones correspondientes a la Asamblea Legislativa (...), no cabe atribuirles naturaleza de propios actos parlamentarios ni asimilados a aquéllos, en cuanto que el concepto de los mismos, configurándolos más bien como funciones que como actos, viene determinado por la realización de todas aquellas actuaciones inherentes a las actividades parlamentarias y en el seno de cualquiera de las articulaciones orgánicas de las Cámaras o, como excepción, aquellos actos exteriores que sean reproducción de un acto parlamentario o en estrecha relación con el mismo, pues entonces no pierden su naturaleza específica (SSTC 10-4-85; 19-12-88 y 18-1-90). En consecuencia, las actuaciones externas a los Parlamentos, salvo la conexión prolongada por literalidad o acreditada conexión, no caben ser reputadas como tales. Se trata de conductas o situaciones que si bien tienen como protagonistas, creadores o sujetos activos a Parlamentarios, se gestaron al margen de la funcionalidad de las Asambleas, no estando protegidas por las prerrogativas establecidas, ya que entonces se actúa en calidad de ciudadano, incluso de ciudadano-político, pero fuera de las funciones, competencias y atribuciones que les pueden asistir en razón a la condición de Parlamentarios de libre designación popular. Incluso el art. 67.3 CE dispone que sus reuniones celebradas sin convocatoria parlamentaria no vincularán a las Cámaras, no pudiendo en estos casos ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios. El art. 71.3 CE, en relación al 57.2 LOPJ, se refiere a las causas, entendiéndose por tales las penales, pero no expresamente a los procesos civiles. El art. 73.2 a) LOPJ, sal-



vo situaciones de inviolabilidad, atribuye a la Sala de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento en única instancia de las demandas de responsabilidad civil que se promueven contra los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, siempre que se trate de hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, lo que supone una prerrogativa de fuero con carácter objetivo, ya que no basta ostentar la condición de Parlamentario, sino que es del todo preciso que los actos imputados integradores del contenido fáctico de las demandas que se interpongan contra aquéllos, tengan su origen, producción y manifestación en actividades propias del ejercicio de la función pública electiva que les corresponde, es decir, que sean propios de actos parlamentarios o susceptibles de ser incluidos en las propias funciones parlamentarias, conforme a las directrices que ha indicado el TC (en el caso concreto, el Estatuto de Andalucía no preve expresamente la cuestión del fuero especial en materia civil).

Tanto las instituciones de inviolabilidad como de inmunidad vienen a ser prerrogativas cuya finalidad primordial es amparar lo mejor posible las funciones parlamentarias, por eso cabe darles naturaleza de exigencias impuestas para el desenvolvimiento normal de las instituciones democráticas tan importantes como son las Asambleas Legislativas de elección popular. La STS 18-1-90 contiene una doctrina muy precisa sobre las instituciones mencionadas, al destacar en la inviolabilidad su naturaleza sustantiva que garantiza la irresponsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones. La inmunidad en cambio, dado su aspecto formal e incidencia en los procesos penales, protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que pueden afectar a su libertad. Al no darse situaciones precisas en la controversia de inviolabilidad o inmunidad (...) ha de mantenerse la competencia del Juez natural y así lo establece el art. 11 de la Ley de 26 de diciembre de 1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, a la que se remite expresamente la Dt 2.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 1/82 sobre Protección Civil al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen (STS 20 de enero de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**—Debido a las reiteradas acusaciones de tráfico de influencias, uso de información privilegiada, corrupción y realización de negocios altamente lucrativos como consecuencia de operaciones urbanísticas de recalificación de terrenos, manifestaciones que tuvieron una enorme difusión a nivel nacional, el actor formuló demanda contra tres demandados, Diputados de la Asamblea de Andalucía, por intromisión ilegítima y difamatoria contra su derecho al honor, solicitando su condena a la difusión de la sentencia que se dicte y al pago solidario de la cuantía reclamada.

El Ministerio Fiscal formuló recurso de reposición contra la providencia de admisión a trámite de la demanda, alegando falta de jurisdicción por concurrir en los demandados la condición de Diputados Autonómicos y tener la naturaleza de actos parlamentarios las acciones

que se les atribuyen, encuadradas, por tanto, bajo la garantía de la inviolabilidad parlamentaria; solicitó la nulidad de la providencia y el archivo de las actuaciones y, subsidiariamente, la atribución de competencia al Tribunal competente. Los demandados plantearon una cuestión de competencia y solicitaron se suspendiera el procedimiento principal y se declinase la competencia en favor del correspondiente Tribunal. Por su parte, el demandante se opuso al recurso presentado por el Ministerio Fiscal, solicitando la continuación del procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia declaró la falta de competencia del mismo para continuar conociendo de los hechos, declinando dicha competencia al correspondiente Tribunal. Interpuesto recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y el demandante, la Audiencia Provincial, desestimando el primero y estimando el segundo, ordenó la continuación del procedimiento. No prospera el recurso de casación (*E.A.P.*).

**6. Derecho al Honor y Libertad de Información: información de hechos y valoración de conductas. Límites. Graduación de jerarquía de los derechos según su importancia.**—En la interpretación de los arts. 18.1 y 20.1 a) y d) CE y del art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, tiene declarado el TC que «la libertad de información, al menos la que incide en el honor de personas privadas, debe enjuiciarse sobre la base de distinguir radicalmente, a pesar de la dificultad que comporta en algunos supuestos, entre información de hechos y valoración de conductas personales y, sobre esta base, excluir del ámbito justificador de dicha libertad las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno, en todo caso innecesarias para el fin de la información pública en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio» (STC 27-10-87), y que «el honor no es sólo un límite a la libertad de expresión, sino un derecho fundamental en sí mismo» (STC 21-1-88), habiendo reiterado, por otra parte, este TS (STS 2-3-91) que la libertad de información no tiene carácter absoluto «que haya de prevalecer siempre frente al derecho al honor, sino que en cada caso concreto hay que establecer una graduación jerárquica del bien protegible según su importancia, evitando la divulgación de hechos que difamen o hagan desmerecer gravemente a otras personas» (STS 22 de enero de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**—Debido a la publicación en un periódico de una información en la que se realizaban graves acusaciones contra el actor, calificándolo de presunto autor de hechos delictivos, pero añadiéndose datos referentes a su vida privada y a su trabajo y emitiéndose por el diario juicios de valor, el afectado interpuso demanda sobre protección del derecho al honor, contra la Compañía editora y los autores de la noticia, solicitando la condena conjunta y solidaria de los demandados a indemnizar al actor.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron en parte la demanda. No prospera el recurso de casación (*E.A.P.*).

**7. Incapacitación de la persona: intervención del Juez en los procesos de incapacitación: examen personal del presunto incapaz.**—Los procesos sobre incapacitación imponen un especial tratamiento y exigen una concentrada y directa atención de los juzgadores, ya que el objeto de los mismos no son las cosas ni las controversias derivadas de las relaciones jurídicas, sino la persona misma, y mediante dichos trámites procesales se declara si se le reconoce o priva de la capacidad jurídica de obrar, que es aptitud innata para ser sujeto de derechos y obligaciones, determinada por el nacimiento e inherente a la condición de ciudadanos que desarrollan su actividad vital en una comunidad organizada, por ser consustancial a su dignidad y proyectar el ejercicio y libre desarrollo de cada personalidad conforme al art. 10 CE; la incapacitación supone la decisión judicial de carecer de aptitud para autogobernarse el afectado, si bien con los límites y extensiones que autoriza el art. 210 Cc, dándose equivalencia a muerte jurídico-civil, de ahí que la normativa que la regula prevé las máximas garantías a fin de lograr la mayor aproximación a la verdad material para cerciorar la convicción de los juzgadores; en este sentido, la función judicial les adentra en el proceso, no sólo como árbitros y directores del mismo, sino también como activos integrantes, que, sin ser propias partes procesales, si son interesados en la aportación de todo el material preciso probatorio, desde los exámenes directos del presunto incapaz (art. 208 Cc), tanto por el Juez de la instancia como por el Tribunal, si éste es el que declara la incapacidad, en una actuación que ni puede calificarse de reconocimiento judicial (art. 633 Lec) ni de inspección personal (arts. 1240 y 1241 Cc), y menos de mezcla de ambos, sino que se trata de una prueba directa, legal, autónoma y obligada, que junto con las que refiere el citado art. 208 y las que suministren las partes, componen el material probatorio suficiente para dictar la decisión judicial que, en el ámbito civil, se presenta como una de las más trascendentales, ya que afecta a la libertad propia de los seres humanos, por lo que estas cuestiones no deben permanecer lejanas a la sensibilidad y carga humana de los juzgadores.

**Causas de incapacitación del art. 200 CC.**—En términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se de un impedimento físico, mental, psíquico, permanencial y a veces progresivo, que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes.

**Valoración de la prueba.**—Son pruebas que por sí carecen de la suficiente contundencia para producir una declaración tan trascendental como la incapacitación el informe emitido por la Dirección Provincial del INSERSO que aprecia un desequilibrio emocional fuerte, carencia afectiva y labilidad relativa a la declaración social de minusválida a efectos del percibo de una pensión, lo mismo que el emitido por la Dirección General de la Salud del Consejo General de Castilla y León, que le atribuye un coeficiente intelectual de 53, correspondiente a una edad mental de ocho años, o el testimonio del informe del Médico Forense relativo a *mantener un estado de semi-imputabilidad, la cual opera desde la óptica penal en forma distinta que en el campo civil*; en cambio, se han llevado a cabo auténticas pruebas periciales, regidas por el principio de contradicción e intervención de par-

te, que por su tecnicismo y especialidad resultan las más adecuadas para determinar anomalías y su apreciación de persistentes, conforme al art. 200 Cc, y así el informe pericial del Médico Forense, coincidente con el de los tres especialistas designados por el Juzgado, sostiene que la interesada padece retraso mental discreto (debilidad mental), o leve y permanente —coeficiente intelectual 60, dígito 317.0 de DSM III— que si bien no la impide gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, si son acreditativos de que le afectan disfunciones y estados de anormalidad atenuados, acreditando trastorno mental medio con incidencia suficiente para que sus comportamientos no encajen en las pautas de la normalidad corriente, tanto en su escasa vida laboral, como en la social de relación, en la familiar y en la más sensible de cuidado y atención de sus dos hijos; el dictamen pericial de los tres especialistas en psiquiatría precisa que esta clase de pacientes, en momentos de crisis, necesitan asistencia sanitaria y social, y si bien D.<sup>a</sup> Ana María P. E. dispone de capacidad para el manejo de su persona y reúne condiciones para ejercitar sus funciones maternas, al estar presentes en la misma trastornos del comportamiento, éstos actúan en la línea de la impredecibilidad de actuaciones y conductas, que por impulsividad y escasa ponderación determinan el desajuste social que presenta y dificultan el funcionamiento como progenitora responsable.

**Medida adecuada de guardia: No procede la tutela graduada, sino la curatela.**—La tutela graduada sólo ha de operar cuando sea preciso que el tutelado sea representado por tutor, conforme al art. 267 Cc; la incapacitación que afecta a D.<sup>a</sup> Ana-María P.E. no ha de ser reputada con plenitud de efectos, sino más bien como de tipo medio o atenuada, que impone la necesidad de que la defectuosa personabilidad de dicha recurrente, en razón al retraso mental discreto que padece y consiguiente graduación de discernimiento, se complemente, integre y asista sin necesidad de recurrir a la tutela, mediante la institución intermedia de la curatela que la reforma de 1983 vino, en cierto modo, a resucitar y rescatar, solución que se reputa más adecuada y conveniente a la cuestión, teniendo en cuenta que el verdadero protagonista-objeto de esta clase de procesos es el presunto incapaz, que debe estar ayudada tuitivamente en la forma más conveniente y útil para que, como persona, bien representada (tutela), bien asistida (curatela), pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad, y así el cauce casacional no ha de entenderse petrificado y rígido, sino que debe abrirse con la flexibilidad necesaria a estas situaciones, siendo éste el sentido del art. 287 según s. de 24 mayo 1991.

**Funciones del curador: Doctrina general.**—El curador no suplente la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial, o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial, conforme dispone el art. 290, en relación al art. 271 y 272 Cc.

**No procede la privación del Derecho de Sufragio.**—Si bien el art. 3.1.b de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 19 de junio 1985, priva del de-

recho de sufragio a los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial, es preciso que así se declare expresamente, exigencia que concuerda con el art. 210 Cc que consagra el arbitrio judicial para graduar los efectos y extensión de las declaraciones judiciales de incapacidad; en el presente caso, en atención a la deficiencia y anomalía no graves ni anulantes de la personalidad de la interesada, no parece conveniente hacer extensivo el pronunciamiento de su incapacidad a la privación del derecho cívico de sufragio que la Constitución reconoce como fundamental en su art. 23. (**Sentencia de 31 de diciembre de 1991**: Ha lugar en parte).

**HECHOS.**—La demanda de incapacitación se solicita por Don Restituto respecto de su hija Ana M.<sup>a</sup>, de 28 años de edad la cual había sido declarada beneficiaria de una pensión de subnormalidad por tener un coeficiente intelectual entre 49 y 53, con una edad mental de ocho años.; además la presunta incapaz era madre soltera de una menor dada en acogimiento y cuya adopción se negaba terminantemente a autorizar. La demandada desestimada en primera instancia fue aceptada en apelación, fallo recurrido en casación por el Fiscal y la presunta incapaz.

**NOTA.**—La presente sentencia (Pte. Villagómez Rodil) se inserta en una persistente y laudable línea jurisprudencial dirigida a precisar con energía las notas diferenciadoras del proceso de incapacitación respecto al ordinario civil. Pueden así citarse la s. de 20 de marzo de 1991 (Pte. Fernández Cid de Temes) que anula sentencia de apelación estimatoria de la demanda de incapacitación por no haber procedido el Tribunal a examinar al presunto incapaz, ni a oír a los parientes, ordenando reponer los autos al momento en que debieron practicarse tales pruebas; y también la s. de 24 de mayo de 1991 (Pte. Almagro Nosete) recaída en un curioso proceso en el que el Ayuntamiento insta la incapacitación, defecto de legitimación ulteriormente corregido, pero en el que tampoco se practicó el examen del presunto incapaz. Tales exigencias rigoristas aparecen plenamente justificadas cuando acaso las últimas reformas procesales han difuminado de alguna manera la naturaleza de los procesos que afectan a la persona y a la familia.

Resulta demasiado evidente, que se trata de un proceso instrumental: incapacitación *versus* adopción, pues los datos de la demanda recogidos en la s. indican que se solicita la incapacitación para eludir el requisito de su consentimiento en la adopción, habiendo manifestado reiteradamente la interesada, antes y después de ser intervenida para colocarle un marca-pasos, que deseaba tener consigo a su hija menor. El supuesto desmiente la extendida opinión de que sólo se acude a la incapacitación por razones patrimoniales, y resulta enérgicamente rechazado por la s. que proclama en su FD 2: «El verdadero protagonista-objeto de esta clase de procesos es el presunto incapaz, que debe estar ayudado tuitivamente en la forma más conveniente y útil para que, como persona, bien representada, bien asistida, pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad». No cabe duda de que Ana María ocasionaba, a su padre viudo con

quien convivía, serios quebraderos de cabeza, agravados por su maternidad extramatrimonial y la presencia de otro hermano deficiente, por lo cual la solución de dar en adopción la nieta aparecía como muy conveniente, y hasta deseable. Pero en el proceso no se juzga sobre la conveniencia de la adopción sino sobre el futuro de la madre como persona, y a ello atiende el TS, sin perjuicio de cuidarse de precisar en la parte dispositiva que el curador intevendrá también en el procedimiento de adopción de los hijos de la incapacitada.

Aunque reiteradamente el TS ha exigido el requisito establecido por el art. 208 Cc de examinar por sí mismo al presunto incapaz, conviene destacar aquí su caracterización como medio autónomo de prueba, acaso no debidamente destacado por la doctrina (*cf.* las opiniones recogidas por Reverte Navarro, *Com. Min. Justicia*, I, p. 653).

Probablemente lo más llamativo de esta s. sea la nueva valoración de la prueba practicada que conduce al TS a estimar existente una incapacidad merecedora de curatela conforme al art. 287 Cc. Hay que reconocer que una de las cuestiones menos claras en la reforma de 1983 es la diferenciación entre la tutela menos plena de los incapacitados y la curatela de los mismos. M.<sup>a</sup> Carmen Gete Alonso, *Com. Min. Justicia*, I, p. 838 sostiene que «dados el arbitrio judicial y la existencia de un amplio campo intermedio entre el mínimo de capacidad y el más cercano a ésta, ello autoriza a pensar que no siempre la existencia de capacidad natural lleva inexorablemente a la constitución de una curatela y que, en todo caso, este tipo de curatela, en cuanto a su contenido, es distinto de la de los menores y los pródigos». En el presente caso el resultado probatorio se expresa con una terminología poco convincente: la presunta incapacitada padece debilidad mental consistente en un retraso mental discreto, leve y permanente, originando estados de anormalidad atenuados; parece que, en último la diferenciación entre aquellos estados de la persona se establece en razón de sus efectos (hay tutela cuando se sustituye la personalidad del afectado y curatela si sólo se complementa), pero lo importante era precisar las causas. También me parece improcedente aludir a la incapacitación como «muerte civil», terminología no sólo caída en desuso sino inadecuada para describir tal situación dado que, aun en el caso de incapacitación total de la persona ésta conserva el derecho a que se reconozca, en su caso, la recuperación mediante sentencia que declare aquélla sin efecto (art. 212). También cabe interrogarse sobre los destinatarios de la admonición de que «estas cuestiones no deben permanecer lejanas a la sensibilidad y carga humana de los juzgadores» (FD 1.<sup>o</sup>); en el presente caso el Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia desestimó la demanda mientras que la Audiencia estableció una tutela graduada; ¿qué juzgador fue más insensible a los aspectos humanos del problema? ¿Quién la consideró plenamente capaz o quienes la sometieron a tutela menos plena?; la postura equidistante del TS puede facilitar la respuesta aunque parece, más bien, que este tipo de recomendaciones sobran en una sentencia no basada en la equidad.

Creo, en resumen, que se trata de una sentencia importante, bien razonada y argumentada, no exenta de crítica, que contribuye a ir formando, no sin titubeos, doctrina jurisprudencial sobre la curatela de incapaces, siguiendo la línea iniciada —tampoco exenta de vacilaciones— por s. de 10 febrero 1986 (vide comentario de Martínez de Aguirre, ADC, 1987, p. 715 ss., con valoración final positiva) (*G.G.C.*)

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**8. Compraventa: Nulidad por simulación absoluta.**—Se declara por la inexistencia de precio y falta de causa onerosa, con apoyo fáctico que no ha sido desvirtuado.

**Simulación relativa.—Donación disimulada bajo forma de compraventa: Doctrina rigorista sobre la validez del negocio disimulado.**—Tampoco es válido el negocio disimulado subyacente, por deficiencias trascendentes en orden, no a la forma *stricto sensu*, que por ser escrituras públicas se acomoda al mandato del art. 633 Cc, sino a la aceptación por la donataria (arts. 630 y 633 Cc), expresada inequívocamente, ya que ha de referirse tal manifestación al negocio disimulado, es decir, a la donación misma, porque lo que puede pretenderse es que valga para el caso la aceptación de la compra que figura en la escritura (s. de 3 marzo 1932), es decir que la escritura ha de incorporar la aceptación de la donación o, por lo menos, que haya constancia de tal aceptación en otro instrumento público similar a tenor del art. 633 párr. 2.º Cc; así lo vienen determinando actualmente en forma consolidada ss. como la de 16 noviembre 1956, 7 octubre 1958 y 9 diciembre 1960, en las que se insiste en la observancia de esta doctrina rigurosa, porque, de lo contrario, habría posibilidad de burlar aquellos requisitos formales con las graves consecuencias que puede determinar el *fraudem legis* (s. de 10 octubre 1961 y tangencialmente la de 24 junio 1988).

**Negocio otorgado por apoderado: Nulidad por carencia de facultades.**—El contrato fue otorgado por una hermana del propietario, la cual gozaba de apoderamiento notarial que le facultaba «para comprar, vender y permutar», por lo que es palmario que en forma alguna podría interpretarse como negocio válido el disimulado de donación desde el punto de vista subjetivo, ante la carencia de facultades para ello de la persona que representaba al propietario, y que otorgó en su nombre las dos escrituras impugnadas.

**Presunciones.**—No habiéndose previamente atacado los hechos-base de la prueba de presunciones, contrastados y firmes, por la vía del ordinal 4.º del art. 1692 Lec, y no precisando en qué se quiebra el enlace directo establecido por el juzgador de instancia, es evidente que no se tiene perspectiva por esta Sala para la apreciación de la inverosimilitud o ilogicidad con que hipotéticamente haya actuado el Tribunal de instancia, según las elementales normas de hermenéutica.

**Incongruencia.**—El requisito de la congruencia tiene un propósito finalista consistente en evitar la indefensión de las partes cuando no se haya podido cono-

cer y discutir por cualquiera de ellas algún tema concerniente al objeto litigioso; por lo que es factible estimar esa congruencia cuando esos temas, habiendo sido debatidos, supongan un elemento previo, pero embebido en el *petitum* de los escritos iniciales, o sean consecuencia y complemento del mismo (ss. de 23 enero y 21 abril 1987, 14 febrero y 15 junio 1989).

**Previa impugnación de la inscripción: Art. 38 párrafo 2.º LH.**— No hay constancia declarada en las sentencias de instancia de la situación registral de las fincas afectadas, por lo que es inconcuso que, si por hallarse integradas en acervos patrimoniales cuyo esté protegido por la fe pública registral, la ejecución material de la sentencia en tal caso no padecería más que cuanto a la posibilidad de cumplimiento en forma específica, pero no a su cumplimiento por vía de equivalente. (Sentencia de 1.º octubre 1991: No ha lugar).

NOTA: La perjudicada por las donaciones fraudulentas es una hija natural reconocida en testamento que solicita la reintegración al caudal relicto de su difunto padre de las fincas supuestamente enajenadas por una hermana de éste con poder «para comprar, vender y permutar». La nulidad de las dos escrituras de venta se acuerda por tres títulos diversos, cualquiera de los cuales hubiera sido suficiente por sí sólo para producir el efecto impugnatorio; en primer lugar, por falta de causa al no haberse probado el pago del precio; en segundo lugar, por no reunir la donación de inmuebles disimulada los requisitos formales que exige el Cc; y en tercer lugar, por carecer el representante de facultades para la donación de inmuebles, que no está incluida en el poder de comprar, vender y permutar. La s. sigue la doctrina más rigorista en el tema de las donaciones encubiertas bajo formas de compraventa, que se califica de *consolidada* y que parece predominar últimamente. Con todo, también está consolidada la contraria, por lo cual nos encontramos en un supuesto en que la predicción de lo que ante otro caso igual pueda hacer el TS viene a ser un cálculo de probabilidades. Las circunstancias concurrentes en el caso convencen de lo acertado de la decisión adoptada. Un análisis jurisprudencial bastante reciente puede verse en: Sylvia Díaz Alabart, *La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública*, «RDP», 1980, p. 1101 ss. En la doctrina, últimamente Albaladejo García, *Com. Min. Justicia*, I, p. 1606. (G.G.C.).

**9. Simulación. Compraventa: pago del precio en «dinero negro».**— No hay simulación por falta de causa por el hecho de que el precio de la compraventa se pague con dinero negro y en cantidad superior a la consignada en el documento de compraventa. Será preciso demostrar que es otra la causa de dicho ingreso en el patrimonio del vendedor para que quede probada la pretendida simulación de compraventa por falta de causa cierta (falta de pago del precio). Según el lógico razonar humano, al no haberse demostrado la causa de tal ingreso en el patrimonio del vendedor, se deduce que en dicha cantidad se encontraba la procedente de la venta.



**Compraventa: Fijación de precio notablemente inferior al valor de la cosa.** No invalida el contrato de compraventa la consignación de un precio que no se adecúe al normal valor de la cosa. (Sentencia de 16 de septiembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— Don Patricio vendió un piso amueblado, figurando como precio el de 700.000 pesetas. Al poco tiempo falleció don Patricio, comprobándose la existencia en su patrimonio de una masa de dinero negro de once millones de pesetas que se distribuyó entre sus herederos de modo directo, sin que conste el movimiento del dinero en cuenta bancaria alguna. Algunos de los herederos solicitan se declare la nulidad de la compraventa, alegando para ello que hubo simulación por falta de precio. En Primera Instancia se dictó sentencia estimando en parte la demanda. La Audiencia, revocando la anterior, declaró la validez del contrato de compraventa. En casación no ha lugar. (C.J.D.).

**10. Cumplimiento de las obligaciones.**— La posesión de los efectos en poder de la entidad librada después de sus respectivos vencimientos está protegida por la presunción legal de pago, que señala el último inciso del párrafo primero del art. 45 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985; presunción *iuris tantum* que opera en favor del pago parcial del precio por parte del comprador mientras no se pruebe lo contrario, por lo que la carga de la obligación probatoria del artículo 1214 del CC pesaba sobre el vendedor, el cual tenía la obligación de destruir la presunción legal, demostrando que realmente no se había efectuado el pago representado por el importe de las cambiales. (Sentencia de 4 de noviembre de 1991; ha lugar).

HECHOS.— Se interpone demanda sobre resolución de contrato de arrendamiento de maquinaria y otros extremos, fundada en la falta de pago del precio estipulado. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial confirmó el fallo. Prospera parcialmente el recurso de casación. (J.A.M.M.).

**11. Obligaciones y contratos, requisitos de aplicabilidad del llamado «plazo tácito» (art. 1.128 CC). Requisito fundamental para la resolución de obligaciones recíprocas (art. 1.124 CC). Interpretación de los contratos.**— La aplicabilidad del art. 1.128 Cc, que contempla el llamado plazo «tácito» o «implícito», requiere ineludiblemente la existencia de una obligación en la que, aun sin señalar expresamente un plazo, «de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor», lo que evidentemente presupone una labor hermenéutica del contrato del que nazca la obligación, ya que dicho precepto en ningún caso es aplicable a las obligaciones puras, en las que no aparezca la intención de conceder plazo al deudor para el cumplimiento de la prestación (SSTS 2-6-53 y 15-12-82, entre otras) y, por otro lado, deviene supérflua e improcedente la apli-

cación del citado precepto cuando el plazo que hubiera querido o debido concederse ha transcurrido con exceso antes de la iniciación del litigioso (SSTS 3-2-65 y 15-12-84).

Es reiterada doctrina de esta Sala (SSTS 21-3-86; 29-2-88; 21-10-89; 13-3-90; 21-2-91 y 20-11-91, entre otras) la de que uno de los requisitos que inexcusablemente condicionan la virtualidad del mecanismo resolutorio de las obligaciones recíprocas, arbitrado por el art. 1.124 Cc es el de quien ejercite la expresada acción resolutoria no haya incumplido, por su parte, las obligaciones que le concernían.

Es doctrina reiterada y uniforme de esta Sala la de que la interpretación de los contratos es función propia del Tribunal de instancia, cuyo resultado hermenéutico ha de ser mantenido y respetado en casación, a no ser que el mismo llegue a conclusiones ilógicas, desorbitadas erróneas o conculcadoras de algún precepto legal (STS 31 de enero de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**— Para el pago de unas deudas consecuencia de relaciones comerciales entre un particular (Sr. X) y una entidad mercantil, fueron creadas diversas letras de cambio que aceptó el deudor; impagadas las cambiales a sus vencimientos respectivos, la mercantil promovió contra el deudor-aceptante tres juicios ejecutivos. El Sr. X dirigió a la mercantil una carta en la que reconocía su deuda y la asumía junto con su esposa, personal y solidariamente, comprometiéndose a cancelarla en 6 meses mediante la entrega de seis cambiales debidamente aceptadas; posteriormente, el Sr. X dirige otra carta en la que vuelve a reconocer la deuda pendiente con la entidad, le señala su imposibilidad de hacer frente a las dos últimas letras, le entrega dinero y tres nuevas cambiales, solicitándole que ponga en circulación los nuevos efectos, lo que se hizo, haciendo constar en ellas, que fueron pagadas a la orden del Sr. Z.

La entidad mercantil tenía concertada una póliza de seguro de créditos comerciales contra el riesgo de pérdida por insolvencia de los clientes con una Compañía de seguros (en adelante, aseguradora), en cumplimiento de la cual, la aseguradora abonó a la mercantil una indemnización parcial por el impago de su deuda del Sr. X, subrogándose en la posición jurídica de la asegurada por esa parte. La aseguradora, el Sr. X y su esposa suscribieron un documento privado en el que se adjudicaba en pago parcial de la deuda (reconocida en su totalidad) un local del Sr. X, registralmente a nombre de su esposa, acordándose el derecho de recompra del mismo, con un plazo máximo para su ejercicio de 18 meses y con la condición de que el Sr. X hubiera cancelado su deuda con la aseguradora. El mismo día, pero antes de la firma del documento privado, la esposa y la aseguradora otorgaron escritura de compraventa por la que aquella vende a ésta el local.

Desistida la entidad mercantil de los tres ejecutivos mencionados, el Sr. Z, tenedor legítimo de las letras, promovió juicio ejecutivo contra el Sr. X y su esposa, que se opusieron, alegando que tenían concedida espera de 18 meses; por sentencia firme se declaró la nulidad del mencionado

juicio ejecutivo y la entidad reembolsó al Sr. Z el importe de las cambiales. Al propio tiempo, la aseguradora promovió contra los esposos juicio de desahucio por precario con relación al local (la sentencia declaró haber lugar al mismo).

Transcurridos 4 años y no habiendo pagado los esposos la cantidad adeudada, la entidad mercantil y la aseguradora interpusieron demanda en reclamación de cantidad, así como inscripción del local de referencia. Los esposos formularon demanda reconvenzional, alegando incumplimiento de contrato y solicitando su resolución y la nulidad de la compraventa.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvenzión; la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación (*E.A.P.*).

**12. Novación extintiva y modificativa.**— En el contrato de aparcería, el cambio del objeto, es decir de la finca de cuya explotación se trata, conduce a la extinción del vínculo primitivo, creándose uno posterior. Esta doctrina no vulnera los artículos 1203, 1204 y 1156 del Código Civil. Entendiéndose pues que es un nuevo contrato, al ser su duración no superior a un año, no es exigible el preaviso del 109.2 de la Ley de arrendamientos Rústicos.

**Incumplimiento de las obligaciones del aparcerero como causa de resolución del contrato (117.2 LAR) en relación con el 1124 del Código Civil.**— El que el propietario deje de cumplir alguna obligación de carácter accesorio, no obsta a la extinción del contrato de aparcería por el incumplimiento grave de las obligaciones del aparcerero, y mucho menos le legitima para mantenerse en la posesión indefinida de la finca sin cultivarla. Esta última actitud del aparcerero es la que fundamenta la indemnización concedida al dueño, no siendo aplicable el 455 CC ni la prueba de la mala fe.

**Congruencia.**— Se había pedido una indemnización y eso es lo que se ha concedido, careciendo de importancia el que la base jurídica que la fundamenta en la sentencia no coincida con los argumentos jurídicos expuestos en la demanda. (**TS 10 de enero de 1992**, no ha lugar).

**HECHOS.**— Realizado un contrato de aparcería por una temporada agrícola y transcurrida ésta, el aparcerero se niega a abandonar la finca por considerar que se había pactado para varias campañas sucesivas, reteniéndola sin cultivarla.

El Juez de Primera Instancia estima la demanda del propietario. La Audiencia estima parcialmente la apelación rebajando la indemnización. El aparcerero interpone recurso de casación que no prospera. (*JMA*).

**13. Diferencia entre arras penitenciales y arras confirmatorias.**— Las arras llamadas penitenciales, cuyo efecto principal es que ambas partes pueden desistir del contrato, en este supuesto el comprador perdiendo la suma entregada, y el vendedor devolviéndolas duplicadas. Mas es de entender, dado que el docu-

mento en que consta aquella entrega no explica que se trata de tal caso de arras penitenciales, y dado que según los hechos probados el contrato se perfeccionó y reunió sus elementos esenciales a tenor del artículo 1261 del Código civil (consentimiento, objeto y causa), que en realidad 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.

**Interpretación jurisprudencial del artículo 1454 del Código civil.**— Según tiene declarado repetidamente la jurisprudencia de esta Sala, el contenido del artículo 1454 del Código civil 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 establezca 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, tal precepto legal tiene pues 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, ya que en otro caso la suma recibida sirve precisamente para confirmar el contrato celebrado.

**Perfección del contrato.**— La perfección del contrato se realiza mediante la concurrencia de los requisitos esenciales ya mencionados (consentimiento, objeto y causa), conclusión corroborada por el sistema espiritualista de nuestra contratación civil, reflejado en sus artículos 1255, 1258, 1278 y 1279, entre otros, del Código civil.

**Interpretación de la expresión «COMO SEÑAL» en el contrato.**— No puede estimarse que la entrega de cantidad «*como señal*» por sí sólo signifique que cada parte pueda desistir del contrato a su arbitrio en contra del criterio del artículo 1256 del Código civil y cumpliendo el artículo 1454; toda vez que tal frase, en sí equívoca, puede entenderse como entrega de cantidad en concepto de parte del precio, sobre todo en supuestos como el discutido en que por una mera operación aritmética puede determinarse el precio total a pagar, y estando definido el consentimiento (que se manifiesta por un concurso de voluntades) a través de palabras y hechos que con toda evidencia lo significan; a lo que no obsta que después, ya en aplicación del artículo 1279, el comprador gestionase los datos precisos para el otorgamiento de la correspondiente escritura pública; hecho significativo de que la forma no integra elemento esencial para la validez del contrato que es eficaz aunque no conste por escrito.

**No existencia del supuesto de doble venta recogido en el artículo 1473.**— La aportación del inmueble al patrimonio social se hizo sabiendo perfectamente que una parte considerable de la finca «aportada» había sido ya vendida en un contrato anterior y que la resolución del contrato mediante devolución de la señal se hizo dos meses después de haber efectuado la aportación a la sociedad, pero esto no elude de sostener que en el fuero interno del recurrente había una relación de causa a efecto evidente entre la aportación y la resolución, que impide, por un lado, hablar de «venta» a la sociedad, sino simplemente de «aportación» a «su» sociedad, siendo así difícil sostener la aplicación debida de artículo 1473 del Có-

digo civil que se refiere al contrato de «compraventa» netamente configurado (STS. de 12 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— El demandado-recurrente había vendido al demandante-recurrido una parcela, pactándose la entrega de una señal por la compra de la misma. Asimismo se acordó que el contrato definitivo se formalizaría dentro de un plazo indicado cuando el comprador tuviera decidido la superficie que deseaba adquirir. Dos días antes de que venciera el plazo estipulado el actor puso en conocimiento del vendedor la cantidad que definitivamente compraba precisando que realizaría el pago al contado. El demandado comunicó al actor que por razones fiscales había constituido una sociedad anónima y que dicha sociedad sería en realidad la que vendiera la finca. Una vez constituida se procedió a formalizar el contrato, pero introduciendo algunas estipulaciones que no habían sido tratados anteriormente, ante la negativa del actor a aceptar estas modificaciones, el demandado devolvió el doble de la suma recibida por el actor con el fin de dar por resuelto el contrato inicialmente pactado. Tanto en primera como en segunda instancia se condena a los demandados a la subsistencia del contrato de compraventa y a otorgar escritura pública. (E.S.M.)

**14. Títulos de los que se derivan la prelación de créditos.**— La preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los juicios ejecutivos, toda vez que debe concederse prioridad a los títulos que fundamentaron la acción ejecutiva, pues cuando la certeza del crédito consta en los títulos, aún cuando posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, sin que la sentencia desvirtúe aquella certeza, habrá de atenderse a la fecha de la escritura y no, a la de sentencia, para resolver el conflicto preferencial.

**Equiparación de las pólizas intervenidas a las escrituras públicas.**— Es decir respecto al apartado A) del artículo 1924.3 del Código civil, que las escrituras públicas de que habla, deben equipararse a las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio, o Agente de Cambio y Bolsa, en armonía con lo dispuesto en los artículos 1218 del Código civil, artículo 93 del de Comercio y 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ahora bien, la preferencia es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que, por razón de su propio contenido, reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, pero no ocurre igual con los casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa de una posterior actividad complementaria que es la que permite conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, viniendo, en tales casos, referida la preferencia a la fecha de esa operación de liquidación y determinación del saldo deudor.

**Obligaciones del fiador solidario.**— A tenor de lo dispuesto en el artículo 1822 del Código civil, párrafo segundo, el fiador solidario asume la deuda como propia y queda obligado de idéntica manera que el deudor principal, pudiendo

ser compelido por el acreedor en primer término y con independencia del afianzamiento, habida cuenta que la solidaridad pactada viene a eliminar el carácter de accesoriedad propio de la fianza normal, es decir, cuando media la solidaridad, la acción contra el fiador es autónoma y puede ejercitarse sin necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor, al haber desaparecido el beneficio de excusión, sin perjuicio, claro está, de que el fiador pueda reclamar contra el deudor por la totalidad de lo satisfecho por él, pasando el fiador, en definitiva, a ser considerado como si de un deudor principal se tratara, con la cualidad de «*in solidum*».

**Prelación de créditos sin privilegio especial.**— Que los grupos de créditos comprendidos en los apartados A) y B) no se excluyen entre sí de manera absoluta e incondicional, pudiendo predicarse, a lo sumo, que de esos dos órdenes preferenciales, ostenta mejor clase o jerarquía el del apartado A) frente al del B), puesto que, como se decía, «la preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las sentencias de remate recaídas en los juicios ejecutivos, toda vez que debe concederse prioridad a los títulos que fundamentaron la acción ejecutiva». (STS. de 5 de diciembre de 1991; no ha lugar).

**HECHOS.**— Los demandados habían solicitado un préstamo mercantil a una entidad de crédito, asimismo y con fecha posterior se le otorgó a las mismas personas otros créditos por otra entidad de crédito. Incumplidas las obligaciones de pago pactadas para la amortización de ambos préstamos, las entidades prestamistas interpusieron las correspondientes demandas de juicio ejecutivo. Aunque las diligencias de embargo del juicio ejecutivo del segundo préstamo se dictaron con fecha anterior a las del primero, interpuesta demanda de tercería por la entidad de crédito que concedió el primer préstamo, fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia que declaró su mejor derecho para cobrar sus deudas con el producto de los bienes embargados en ambos juicios ejecutivos. Confirmada esta sentencia por la Audiencia, la entidad que otorgó el segundo crédito entabló recurso de casación. (E.S.M.).

**15. Opción de compra: Doctrina general.**— Es doctrina de esta Sala la de que la opción de compra supone una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente sin necesidad de más actos, pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento, que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto (ss. de 9 febrero 1985 y 17 noviembre 1986), dependiendo la consumación del contrato de modo exclusivo de la decisión del optante que, realizada dentro del plazo establecido, constriñe al titular del derecho al cumplimiento, bastando que se opere esa manifestación de voluntad y que le sea notificada al optatario para que, sin necesidad de ninguna otra actividad, se tenga por consumada la opción (s.

de 6 de abril 1987), y resultando extemporáneo el ejercicio del derecho de opción fuera del plazo establecido (s. de 9 de octubre 1989).

**Arrendamiento con opción de compra: Calificación del contrato.**— No constituye verdadero contrato de opción la cláusula inserta en un arrendamiento que remite a un nuevo convenio la determinación de las condiciones de ejercicio de la opción, en especial el plazo, a pesar de que sí se fijó el precio de compra (Sentencia de 23 de diciembre 1991: No ha lugar).

NOTA.— Fallo que es de aprobar, aunque la doctrina general que le sirve de fundamento no deja de adolecer de imprecisiones. Aunque el recurso interpuesto por el arrendatario invoca el art. 1451 Cc junto a otros preceptos supuestamente infringidos por la sentencia de apelación, la sentencia extractada no aclara si se trata de promesa unilateral de venta aceptada o de promesa bilateral; también aparecen confundidos y no suficientemente deslindados los contratos de opción y de compraventa; una referencia meramente *obiter* al *pactum de contrahendo*, no parece oportuna. Se trata de una materia muy fluida que ni la doctrina, ni la jurisprudencia han conseguido aclarar del todo (*cfr.* García Cantero, *Comentarios Albaladejo*, XIX 2.<sup>a</sup> ed., Madrid 1991, p. 70 ss.) (*G.G.C.*).

**16. Acción declarativa de propiedad frente a acción reivindicatoria: Requisitos relativos al objeto: Error en la apreciación de la prueba: Omisión de un lindero.**— En la descripción de la finca reivindicada, tal como aparece en la escritura de compraventa, se omitió, bien voluntariamente, o por simple error, el lindero por la derecha, pero tal circunstancia no patentiza el error denunciado, sin que pueda aislarse del resto de las pruebas que se tuvieron en cuenta, ya que por sí no exterioriza el error denunciado dado que las escrituras notariales no reflejan ni precisan las realidades extradocumentales que aportan los otorgantes: por otra parte, la situación material de las fincas colindantes ha provocado una posesión extralimitada que pretende cobertura jurídica a través de la reivindicatoria ejercitada en vía reconventional con apoyo en aquella omisión.

**Compraventa de cuerpos ciertos: Art. 1471 CC: Doctrina general.**—El art. 1471 ha producido una interpretación contradictoria dadas las dificultades que su texto plantea, por las diversidades de declaraciones que contiene, ya que prevé por un lado las ventas denominadas de «cuerpos ciertos» y «a precio alzado», y simultáneamente las situaciones de transmisión conjunta de dos o más fincas por un solo precio (precio general y común); la compraventa de cuerpos ciertos, presenta cierto aspecto de aleatoriedad (ss. de 18 mayo 1982 y 19 junio 1984), en cuanto que el precio se determina no a razón de un tanto por unidad de medida o número; se ha vendido sosteniendo que no pierden este carácter las transmisiones en las que se han expresado los linderos del bien enajenado, lo que es indispensable para la necesaria identificación del mismo, en cuanto constituyen, como soportes materiales y geográficos, elementos individualizadores y determinativos precisos, pero no se han indicado sus dimensiones, estando ausente la enumeración del precio singular por unidad de medida, y al entrar en juego la doctrina de

la causa, ésta es entonces la cosa que se enajena, con independencia de su cabida, número y extensión.

**Venta de local en régimen de propiedad horizontal: No es venta a cuerpo cierto sino de cosa individualizada.**— La contienda versa sobre la propiedad de parte de un local integrado en un edificio que ha sido objeto de división y constitución de propiedad horizontal, respecto del cual se ejercita una acción declarativa de propiedad y otra reivindicatoria por vía de reconvencción, debiendo llegarse a la conclusión de no haberse producido una venta a «cuerpo cierto», sino individualizada y concreta, al operar sobre una finca sometida al régimen de propiedad horizontal, en el que predominan y es elemento esencial las distintas divisiones del inmueble; y aunque en la venta no se especificó el precio del metro cuadrado, ello no es suficiente para que la venta sea reputada «a precio alzado», pues fijada la cabida de todo lo vendido y su precio total, por una simple operación matemática se puede establecer el precio por unidad, y así lo han declarado las ss. de 2 de marzo 1982 y 23 septiembre 1985.

**Posesión extralimitada: Interpretación de compraventa: Determinación del objeto comprado.**— El recurrente accionante en reivindicatoria compró conscientemente el local n.º 37 que había sido objeto de división horizontal e inscripción tabular, como finca independiente y autónoma dedicada a la explotación de cafetería, pero no la zona superficial contigua por su derecha, en la extensión controvertida; en consecuencia, su adquisición no se extiende a esta parte construida ya que ninguna actividad probatoria desplegó al respecto, sino por el contrario mantiene una posesión extralimitada, a la que atribuye titularidad dominical, aprovechando una disposición material de las cosas hecha por el anterior propietario y la omisión de un lindero en la descripción notarial de la finca comprada; anomalía posesoria también denunciada por el propietario anterior de la parcela discutida que, con anterioridad a la venta, efectuó un requerimiento notarial al recurrente para que restituyera la zona en conflicto (**Sentencia de 12 de diciembre 1991**: No ha lugar).

NOTA.— Sentencia plenamente de aprobar (Pte. Villagómez Rodil). En cuanto a la doctrina general sobre venta de cuerpos ciertos o a precio alzado, véase lo que decimos en *Comentarios Albaladejo*, tomo XIX, 2.ª ed. (Madrid 1991) p. 252 ss. La aplicación al supuesto de venta de locales segregados de un conjunto sujeto al régimen de propiedad horizontal parece plenamente adecuada pues resulta muy difícil de imaginar que tal venta pueda alguna vez configurarse a precio alzado según el modo normal de proceder en la vida económica. La exigencia de que en toda venta de inmuebles se expresen los linderos (art. 1471 párr. 2.º) es consecuencia de la necesidad de que las unidades inmobiliarias actúen en el tráfico previamente individualizadas para ser susceptibles de constituir objeto de relaciones jurídico-reales. En el presente caso, la omisión de aquel requisito en la compraventa del recurrente no implicaba ausencia de individualización que la s. deduce de otros documentos (inscripción registral escrituras anteriores) y también de la realidad fáctica. Por otra par-



te, el recurrente no ha hecho valer en ninguna instancia del pleito una *possessio ad usucapionem* que pudiera suplir su carencia de título. La mera omisión de un lindero unida a una posesión incontestada parecen soportes insuficientes para una acción reivindicatoria, habilidosamente ejercitada por vía reconventional, aunque triunfó plenamente en primera instancia, siendo revocada plenamente la sentencia en apelación y rechazado el recurso de casación (*G.G.C.*).

**17. Interpretación de los contratos. Compraventa de inmuebles: Falta de pago del precio en el tiempo convenido: Art. 1.504 CC.**— Con independencia de la denominación empleada en el contrato y de su contenido más o menos normado ( en el caso litigioso se trataba de un «contrato de opción para acceso diferido a la propiedad de la vivienda mencionada en el mismo», cuya terminología administrativa responde a la utilizada en el Reglamento aprobado por Decreto de 24 de julio de 1968, sobre Viviendas de Protección Oficial), es lo cierto que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer a no ser que se demuestre carente de lógica, como así se viene declarando en reiterada doctrina de la Sala.

(En el caso concreto, el Tribunal de instancia consideró que la operación concertada en el contrato respondía a la propia de la compraventa, si bien de índole especial, caracterizada la convenida por la inclusión implícita de un pacto de dominio y un aplazamiento expreso de parte del precio estipulado). De la calificación del contrato como de compraventa deviene la aplicabilidad al mismo del art. 1.504 Cc; el cual no resulta incompatible con la concurrencia del pacto de reserva de dominio, el que, por otro lado, no admite equiparación con el supuesto de una venta condicional, ni incompatible, tampoco, con el art. 1.124, al tener proclamado la Sala en doctrina consolidada, que los mentados artículos no se eluden entre sí, sino que se complementan (*STS. 21 de enero de 1992*, no ha lugar).

**HECHOS.**— Habiéndose concertado entre los demandados y la demandante un contrato para adquirir una vivienda y habiendo incumplido los demandados sus deberes de pago, la parte actora (la Cooperativa de viviendas) interpuso demanda solicitando que se declarase resuelto el contrato concertado, que el piso quedase libre y a su disposición y que se condenase a los demandados al pago de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación (*E.A.P.*).

**18. Contratos: Interpretación y calificación: Arrendamiento de obra con suministro de materiales celebrado por dos entidades mercantiles: Aplicabilidad de las normas del CC. Contenido del contrato de obra: Derechos y obligaciones de las partes: Interpretación del art. 1.091 CC.**— Es cuestión de hecho y de la apreciación del Tribunal de instancia determinar si tienen o no el

concepto de mercantiles ciertos actos; y es reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala de que tanto la función interpretadora como la de calificación de los contratos vienen atribuidas a los juzgadores de instancia, cuyas conclusiones han de ser respetadas en casación, a no ser que resulten ilógicas o contrarias a la ley, y siendo calificado el contrato como de obra con suministro de materiales, figura no contemplada en el C.com., carente de normas singulares reguladoras de su cumplimiento defectuoso o parcial (...), todo lo cual lleva a la conclusión de que ha de estarse a las normas del Código civil, singularmente a las generales de las obligaciones y contratos, y en modo alguno a las de la compraventa mercantil (arts. 336 y 342 C.com.) (STS 1-12-88), de lo que se deduce que no pueden ser aplicables las acciones edilicias propias de la compraventa y su prescripción, por ser aplicable a los contratos de obra el plazo general de los 15 años contemplado en el art. 1964 Cc.

Aunque el Cc español (art. 1.588) no determina cuáles sean los derechos que asisten al dueño de la obra cuando la entregada no reúna las condiciones pactadas o las adecuadas a su finalidad, claramente se deduce de las normas generales sobre obligaciones y contratos, incluido el de compraventa, que tienen derecho a que se subsanen por el contratista los vicios y defectos sin abono de cantidad suplementaria alguna, o a la reducción del precio en proporción a dichos defectos, o a pedir la nueva realización o la resolución del contrato cuando hay una absoluta imposibilidad de reparar o esencial inadecuación al fin. La naturaleza del contrato obliga no sólo a suministrar el material, sino también a verificar el resultado de la obra, comprometiéndose a su satisfactoria solución, a tenor de los arts. 1.544 y 1.588 C.c., siendo responsable de las obras de reparación el contratista, ya que ha de garantizar el resultado de la obra contratada (SSTS 6-11-82; 24-12-82; 7-3-87); hay que recordar, a virtud de lo dispuesto en el art. 1.258 Cc, que los contratos obligan a su cumplimiento, al de todas las obligaciones adquiridas mediante el contrato (...) y «no sería justo ni acomodado a la buena fe excluir unas consecuencias económicas (necesarias para el cumplimiento íntegro), cuya mayor onerosidad se debe al propio incumplimiento culpable por omisión del deber exigido por el tenor de las reglas —*lex artis*— de toda buena construcción» (STS 17-1-86).

Según tiene declarado esta Sala (STS 10-6-87), el art. 1.091 Cc, por la generalidad de lo que establece, sólo es hábil para acusar su infracción y determinar, en su caso, la casación de una sentencia cuando el contrato a que se refiere no se preste, dado lo que aparezca de su contenido, a interpretación de clase alguna ante la claridad de sus cláusulas (STS. 27 de enero de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— Dos entidades mercantiles, (A) y (B), celebraron dos contratos de arrendamiento de obra con suministro de materiales, en los que se comprendía la sincronización de la maquinaria y utillajes suministrados por (A) con las ya existentes en poder de (B), hasta conseguir un perfecto funcionamiento, que no se logró. Ante la falta de pago de (B), (A) presentó demanda en reclamación de cantidad, a lo que la demandada se opuso formulando demanda reconvenzional, solicitando que la actora

cumpliera íntegramente las obligaciones adquiridas por los contratos y le indemnizase de los daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó en todas sus partes la reconvencción; la Audiencia Provincial estimó en parte la demanda y en parte la reconvencción. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**19. Contrato de obra: Doctrina jurisprudencial sobre promotor-constructor y promotor-mediador.**— Tanto la doctrina científica como la jurisprudencial han venido poniendo de relieve la inadecuación a la realidad y la insuficiencia del art. 1591 Cc, para regular el fenómeno moderno de la construcción, su evolución y desarrollo, así como el conjunto de personas y medios que en el mismo concurren, bien sea acudiendo a la aplicación analógica del art. 4.1. Cc, o haciendo uso de la libertad interpretativa que autoriza el art. 3.1.; así ocurre con la figura del promotor que surge principalmente con la aplicación de la política estatal de ayuda a la construcción de Viviendas de Protección Oficial, asumiendo la función de intermediario entre esa ayuda del Estado y la necesidad de vivienda del particular. La jurisprudencia reconoce la inexistencia, en la fecha de publicación del Cc, del actualmente denominado promotor-constructor, que reúne generalmente en una persona el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal, beneficiario económico de todo el complejo negocio jurídico constructivo, etc., lo que no impide que para la realización del proyecto utilice personal especializado al que ha de contratar, incluido el constructor o ejecutor material de los distintos elementos que integran el conjunto del edificio; a esta compleja figura se la ha contrapuesto el simple promotor-mediador, cuya intervención no viene guiada por la intención de destinar las viviendas al tráfico, transmitiéndolas a futuros compradores para obtener beneficios económicos, supuesto en el que podrían estar incluidas ciertas Cooperativas dedicadas exclusivamente a procurar viviendas a sus socios, constituyendo la aportación de cantidades por sus componentes, una derrama del costo de la construcción. Estos criterios aparecen reforzados por ss. de 11 de octubre 1974, 4 octubre 1981, 23 febrero 1983, 1.º marzo 1984, 11 febrero 1985, 20 febrero 1989 y 6 marzo 1990, entre otras muchas.

**Responsabilidad del promotor-constructor por vicios ruinógenos: Doctrina general.**— La realidad fáctica hizo necesario concretar la responsabilidad del promotor-constructor frente a supuestos de insolvencia o desaparición de las entidades contratadas por él, que colocaban a los compradores de pisos en difíciles situaciones cuando los defectos ruinógenos se manifestaban transcurrido buena parte del plazo de garantía; la doctrina de esta Sala fue desde el principio unánime y pacífica, equiparando la figura del promotor con la del contratista a efectos del art. 1591 Cc, y las razones fueron las siguientes: 1) que la obra se realiza en su beneficio, 2) que se encamina al tráfico de la venta a terceros; 3) que los terceros adquirentes han confiado en su prestigio comercial; 4) que fue el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos; y 5) que adoptar cri-

terio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción; este criterio equitativo aparece reflejado en numerosas sentencias, arrancando de las de 16 de marzo 1956 y 28 febrero 1957, y pasando por las de 20 noviembre 1970, 17 octubre 1974 y 22 diciembre 1977, terminan en las más recientes de 28 marzo 1985, 27 octubre 1987, 9 marzo 1988, 19 diciembre 1989, 9 octubre 1990 etc., sentencias que han creado un cuerpo de doctrina uniforme y constante, perfectamente incardinable en los arts. 1.6 Cc y 1692.5 Lec; absoluta equiparación entre promotor y constructor que sólo quiebra en los supuestos de promotor-mediador, en la que la ausencia de intención lucrativa en su mediación, lo aparta del concepto general de la figura sustrayéndolo del ámbito de aplicación del art. 1591.

**Responsabilidad decenal de la Caja de Ahorros promotora-constructora.**— En el presente caso la Caja de Ahorros de N, contrató a los arquitectos y demás técnicos de la obra, así como al constructor de la misma, destinando la realización de las viviendas construidas sobre solares de su propiedad, a ser vendidas a sus clientes y beneficiarios, mediante el otorgamiento de préstamos, actividades que coinciden con el concepto de promotor-constructor, por lo cual resulta clara su responsabilidad por vicios ruinógenos, y ello sin perjuicio de las consecuencias que dicha responsabilidad puede originar en el marco de las relaciones internas entre promotor, constructor, arquitecto y aparejadores (**Sentencia de 1.º octubre 1991:** Ha lugar).

NOTA.— La responsabilidad extracontractual y el contrato de obra son, probablemente, los exponentes máximos de actuación de la *jurisprudencia creadora* que ahora avalan los arts. 1.6 Cc y 1692-5.º Lec. La presente sentencia (Pte. Burgos Pérez de Andrade) recapitula pedagógicamente la doctrina relativa al promotor de viviendas, diferenciando con acierto los supuestos del promotor-constructor del promotor-mediador. Nada nuevo aunque merece subrayarse el esfuerzo por clarificar una figura que la realidad social muestra variopinta y rebelde al encasillamiento. Quizá convenga destacar lo que tal labor jurisprudencial ha supuesto de anticipadora protección al consumidor adquirente de vivienda para uso personal y familiar, tan tímidamente esbozada en la Ley de 1984. En el FJ 2 como *obiter dictum* se recoge la declaración de la s. de 13 de julio 1987 relativa a que la responsabilidad de la entidad promotora «viene derivada de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el art. 1591 Cc sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponde». Doble vía, por tanto, de protección al adquirente, aunque la primera resulta, con mucho, la más utilizada. Una sugerencia: para evitar equívocos ¿por qué no emplear otra denominación para el promotor-mediador, que no obligue a reiteradas aclaraciones semánticas? (G.G.C.).

**20. Contrato de obra: Modificaciones aceptadas «Ex post facto»: exigencias de la buena fe.**— La normativa contenida en el art. 1258 Cc es una llamada a la exigible lógica en el comportamiento humano, que obliga a estar a las consecuencias del pacto libre, aunque con extensión de la responsabilidad contractual no sólo al texto literal, sino también a sus derivaciones que en todo caso han de tener como referencias la buena fe, el uso y la ley; por ello, realizada una obra convenida en forma que pueda discrepar de lo inicialmente pactado, pero que ha sido admitido con la consiguiente conformidad *post facto* por los obligados a realizarla y a aceptarla, claro es que los que la llevaron a cabo, o en ella han tenido precisa intervención, han de responder de sus deficiencias constructivas, porque toda obra realizada, en virtud de las normas de la buena fe, ha de ser apta para el fin a que se la destina según su naturaleza.

**Responsabilidad por ruina.**— El art. 1591 Cc tiene como base fundamentadora, no el genérico incumplimiento contractual, sino, con base específica, vicios de la construcción, expresión mucho más amplia que la de simple incumplimiento contractual, y puesto en relación el aspecto de ruina que tal precepto considera, no con lo inicialmente contratado a fines constructivos, sí que con lo realmente construido *ex facto*, por aceptación del constructor y técnicos intervinientes en la obra, como del receptor de la misma, cual ha sucedido en el supuesto ahora examinado. (Sentencia de 1 de octubre 1991: Ha lugar).

NOTA.— Siendo conformes ambas sentencias de instancia en la condena solidaria a constructora y técnicos a eliminar las filtraciones y grietas en las viviendas construidas, la única cuestión a resolver en el recurso de casación era la de si tal condena había de tomar en cuenta sólo el contrato de obra inicial (tesis de los demandados y de las sentencias recurridas) o también las modificaciones ulteriormente intervenidas y aceptadas *ex post facto* (tesis de los recurrentes) que se patrocina en la s. extractada. Nada que oponer a ésta por tratarse de una verdadera novación modificativa del contrato inicial que completa o adiciona sus cláusulas. Únicamente manifestar cierta sorpresa ante la manifestación-evidentemente *obiter dictum* de que la responsabilidad por vicios de la construcción es «mucho más amplia que la de simple incumplimiento contractual»; parece más bien lo contrario: en toda responsabilidad por ruina se da un incumplimiento contractual, pero no a la inversa (G.G.C.).

**21. Contrato de obra: Responsabilidad por ruina: Plazo de garantía y plazo de prescripción de la acción.**— En esta clase de acciones existen dos plazos diferentes que pueden sumarse, el de producción de los daños ruinosos, que deben manifestarse en el plazo de diez años, ampliable a quince cuando la causa de los daños fuese la falta del contratista a las condiciones del contrato, y que debe comenzarse a contar desde la terminación de la construcción, y el plazo de ejercicio de la acción para la exacción de la responsabilidad decenal, que como tiene declarado esta Sala es el de quince años propio de las acciones personales que no tienen señalado término especial de prescripción (art. 1964), plazo este úl-

timo que comenzará a contar desde que la acción pudo ejercitarse, es decir, desde que se tuvo conocimiento de la aparición de los vicios ruinógenos.

**Falta de legitimación: Constructores que piden en casación la condena del Arquitecto y Aparejador.**— Si la postura procesal de los demandados recurrentes a lo largo de la *litis* no fue otra que la de solicitar su absolución de los pedimentos de la demanda, no pueden en trámite de casación formular un motivo que en realidad integra una petición de condena contra quienes, como sus codeemandados —Arquitecto y Aparejador— no habían sido objeto pasivo de una pretensión por su parte, aun cuando no deja de reconocerse la posibilidad de que esta extensión de responsabilidad redunde en un beneficio económico para los recurrentes, que podrían ver disminuido el montante de su condena.

**Responsabilidad del Aparejador. Mala calidad de la mezcla del hormigón.**— Demostrado pericialmente que los defectos ruinógenos se concretan en la mala calidad del hormigón en algunos elementos estructurales, que atribuye poca fiabilidad a la estructura del edificio, siendo ello consecuencia de la falta de vigilancia permanente y pormenorizada sobre las amasadas del hormigón, resulta clara la responsabilidad exclusiva del Aparejador—, a la vista del art. 2.º del D. de 16 de julio 1935, vigente a la sazón, que ha sido reproducido en el art. 1.º del D. de 19 febrero 1971, que encomienda a los Aparejadores la función de inspeccionar los materiales a emplear, dosificación y mezclas, exigiendo las comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad precisos para su aceptación (S. 15 octubre 1991: Ha lugar en parte).

NOTA.— Supuesto bastante extremo en cuanto a plazos pues la reclamación se presenta casi a los veinte años de construida. ¿No pueden haber interferido otras causas en la ruina? Pero la Sala 1.ª ha consolidado la duración quincenal de la acción *ex* 1591, abandonando otra posible exégesis, (G.G.C.).

**22. Actualización de renta.**— Es cierto el cambio operado en la doctrina del Tribunal Supremo en materia de criterios para la actualización de la renta. Se mantenía antes que la renta base para el incremento era la inicial del contrato, mientras que hoy se considera que es la ya actualizada, interpretando en este último sentido el principio de la equivalencia de las prestaciones. (Sentencia de 9 de septiembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— Se discute entre las partes en un contrato de arrendamiento la cuestión relativa de la renta contractual y liquidación de las rentas debidas. Anteriormente tuvieron ya otro pleito en el que la Audiencia apelada había fijado que la renta base para la aplicación de los incrementos era la inicial del contrato. En el nuevo proceso, el Juez de Primera Instancia estima la demanda y, en apelación, la Audiencia la revoca parcialmente, interpretando de modo distinto la cláusula contractual de

actualización de la renta. En casación no ha lugar (cuestión nueva). (C.J.D.).

**23. Arrendamiento rústico sujeto a legislación especial: Cláusula adicional de subrogación de nuevo arrendatario y elevación de renta: Novación modificativa y no extintiva.**— Si durante el plazo contractual se inserta en el contrato originario una cláusula adicional por la que un nuevo arrendatario se subroga en lugar del primitivo, con elevación de la renta, ello constituye novación modificativa porque la extintiva no se presume, exige declaración expresa y que la nueva obligación sea incompatible con la anterior; según reiterada doctrina jurisprudencial, la novación modificativa o impropia no tiene efectos extintivos sino de simple cambio o alteración de alguno de los aspectos no fundamentales, en cuanto a su carácter o naturaleza, del negocio por ella afectado, razón por la cual el contrato en cuestión se mantiene aunque modificado; es cuestión de hecho que corresponde a los Tribunales de instancia, y, en caso de duda, ha de optarse en pro del efecto de la más débil, o sea de la modificativa; en consecuencia, en cuanto a la duración y prórrogas, sigue en vigor el contrato primitivo (**Sentencia de 9 de enero 1992**: No ha lugar ). (G.G.C.).

**24. Compatibilidad entre la condición de cultivador personal y pensionista de la Seguridad Social.**— Superada ya por lo reiterada la doctrina de esta Sala —Sentencias de 23 de enero y 3 de junio de 1988, 20 febrero, 17 de marzo, 28 de abril y 6 de julio de 1989— la polémica acerca de la compatibilidad entre la condición de pensionista de la Seguridad Social y la de cultivador personal, la cuestión se centra, como dice la sentencia de 28 de abril de 1989, en determinar si tiene o no tiene el demandante, a cuyo nombre figura la titularidad del contrato, aptitud legal para hacer uso del derecho reconocido en la regla 3.<sup>a</sup> de la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> de la LAR, habida cuenta de que el actor está, desde años atrás, en situación legal de pensionista de la Seguridad Social y que la operatividad de la norma invocada, exige el acreditamiento por el interesado —sentencias de 30 diciembre 1985 y 10 de marzo de 1986— de su condición de cultivador personal, expresión ésta que aunque con significado no asimilable al de profesional de la agricultura que contempla el art. 15 de la Ley, para calificar la dedicación preferente a la actividad agraria, si ha de conectarse con el concepto que figura en el art. 16 de la propia Ley, en que, bajo la denominación de cultivador personal, se exige llevar la explotación por sí o con ayuda de familiares que con él convivan, sin utilizar asalariados más que circunstancialmente.

**Noción de cultivador personal.**— La intervención en la explotación de las fincas limitada a las labores «de menor esfuerzo», no puede llevar a calificar al actor de cultivador personal dada la escasa entidad de las tareas por él realizadas frente a las que llevan a cabo su hijo y nietos para la explotación de las fincas, de forma tal que son esas labores realizadas por el actor recurrido las que han de calificarse como de «ayuda» a la explotación por el hijo y nietos de las fincas arrendadas. (STS 23 diciembre 1991. Ha lugar).

**HECHOS.**— El arrendatario de finca rústica pretende el acceso a la propiedad de la finca al amparo de la Disp. Tr. 1.<sup>a</sup>, regla 3.<sup>a</sup> y el art. 98 de la LAR. Se considera probada la celebración de un contrato de arrendamiento en fecha anterior a la Ley de 15 de marzo de 1935, pero el Tribunal Supremo estima que el actor no reúne la condición de cultivador personal, por lo que prospera el recurso de casación interpuesto por los herederos del arrendador. (*I.G.P.*).

**25. Mejoras útiles y mejoras sociales según la LAR.**— La citada Ley especial prevé y regula las mejoras que se pueden efectuar en los predios arrendados, con la distinción de las que se reputan útiles y las que tienen consideración de sociales (art. 57) reconociendo al arrendatario el derecho a realizarlas por sí sólo, con las limitaciones que refiere el artículo 60, de no menoscabar el valor de la finca. Las referidas mejoras tienen como fin primordial incrementar la productividad de las fincas rústicas, en la dinámica de cumplir la función social que a la propiedad privada le reconoce al artículo 33 de la Constitución.

**Necesidad del consentimiento del propietario para que las mejoras sean indemnizables.**— Para que las mismas, partiendo de unas actuaciones materiales constatadas, alcancen la categoría jurídica de mejoras indemnizables, la Ley establece unos requisitos a observar y cumplir, de manera precisa y detallada, en el caso de verificarlas el arrendatario, que en todo caso proceden si medió consentimiento del propietario.

**La exigencia de la extinción del arrendamiento como requisito para la indemnización de la mejora.**— El nacimiento de dicho derecho resarcitorio por mejoras efectivas y autorizadas en el predio arrendado, se halla sometido a la inexcusable «*conditio iuris*» de la extinción del pacto locativo, y mientras el contrato esté en vigor las mejoras redundan de manera inmediata en beneficio del arrendatario que obtiene el fruto de su esfuerzo, integrando una mera expectativa indemnizatoria, ya que pasando del momento presente al futuro, cuando la finca se reintegra al arrendador, dichas obras de mejoría si no se retiran, indudablemente favorecen y revalorizan el predio que ha sido receptor de las mismas. (**STS de 12 de diciembre de 1991**; no ha lugar).

**HECHOS.**— Celebrado un arrendamiento rústico de acuerdo con la legislación especial, el recurrente-arrendatario había realizado una serie de mejoras en la finca objeto de arriendo, en atención a esta circunstancia solicitó que el arrendador le abonara los gastos que había llevado a cabo en la mencionada finca en cumplimiento de lo establecido en las normas de la Ley de Arrendamientos Rústicos. Tanto en la primera como en la segunda instancia fueron desestimadas las pretensiones del arrendatario. (*E.S.M.*).

**26. Sociedad civil irregular.**— Una sociedad sin pactos escritos, absolutamente irregular, se rige también por las normas de la comunidad de bienes, de la que se puede salir, salvo pacto temporal, a través de la división.



**Principio de congruencia.**— Las reservas «sin perjuicio» y otras análogos ni atribuyen derechos ni significan reconocimiento de la eficacia del contenido de tal declaración —máxime cuando, además, se recogen como argumento a mayor abundamiento de un fundamento jurídico y no en la parte dispositiva de la resolución—, por lo que no existe clase alguna de incongruencia (**Sentencia de 13 de noviembre de 1991**; no ha lugar).

**HECHOS.**— La parte actora interpuso demanda sobre disolución de comunidad de bienes y otros extremos fundada en el incumplimiento por el demandado de las obligaciones de rendición de cuentas y de participación en sus ganancias. El Juez de Primera Instancia estima la excepción de *litis*-consorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial revocó la sentencia de Primera Instancia, apreciando en lo principal la demanda. No prospera el recurso de casación. (*J.A.M.M.*).

**27. División de Sociedad Civil Irregular.**— Las normas aplicables a la división de la sociedad civil irregular son, en principio, las mismas por las que se rige la comunidad de bienes (art. 1669, 2.º). Sin embargo, no se aplican tales normas sino las de la partición cuando el patrimonio de la sociedad es de una composición tan heterogénea que resulta totalmente indispensable realizar su liquidación si desea conocerse el haber partible (a ello se remiten los arts. 1708 y 406 Cc). (**Sentencia de 3 de enero de 1992**, no ha lugar).

**HECHOS.**— Los padres del demandante y de los demandados cedieron a sus hijos un negocio para que éstos continuasen con el mismo, adjudicándoles el patrimonio por parte iguales y distintas tareas en la actividad comercial. No se discute que se trata de una sociedad civil irregular, lo cual no se discute. El demandante solicitó la división de la cosa común, suplicando se declare la venta del negocio en pública subasta (por ser éste indivisible) y se reparta su precio entre los socios. En Primera Instancia se dictó sentencia favorable a la demanda, posteriormente revocada por la Audiencia Provincial de Albacete. En casación no hubo lugar. (*C.J.D.*).

**28. Fianza solidaria sometida a condición.**— Las obligaciones que, como consecuencia de la suscripción de un contrato de fianza, asumen los fiadores; son, de acuerdo con las reglas generales que disciplinan la contratación, susceptibles de ser subordinadas, en cuanto a su existencia y efectividad, al cumplimiento de una condición, puesto que, habiéndose pactado en el contrato, que los codeemandados «se obligan conjunta y solidariamente al cumplimiento de este contrato garantizando dicha operación con sus bienes personales, siempre que se hayan obtenido las licencias municipales, calificaciones provisionales y definitivas y los créditos oficiales» y declarado por la resolución recurrida como hechos probados y no combatido en casación que «no aparece acreditado, la obtención de las licencias municipales, calificación provisional y definitiva y créditos sociales», obvio

es que no cabe concluir la obligatoriedad para quienes suscribieron tal convenio, de responder de una fianza que, por no cumplirse la condición pactada, no llegó a obligarles (STS de 31 de octubre de 1991; no ha lugar).

**HECHOS.**— Los demandantes-recurrentes interpusieron demanda por incumplimiento de contrato de ejecución de obra que tenía por objeto la realización de la construcción de viviendas u locales de negocios en un terreno cedido por los actores. La acción iba dirigida contra la deudora principal, la entidad urbanizadora, así como contra los fiadores solidarios de la mencionada obligación. En primera instancia se admitió la demanda y se condenó a la constructora y solidariamente a los fiadores; apelada la sentencia por parte de los fiadores, la Audiencia la revocó en parte, en concreto en lo que hacía referencia a la condena de los fiadores. (E.S.M.).

**29. Culpa extracontractual. Responsabilidad de los padres por los daños causados por los hijos «in potestate»: Art. 1903.**— La responsabilidad declarada en el art. 1903, aunque sigue a un precepto que se basa en la culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad, y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o cuasi-objetiva, sentido que siguen numerosas sentencias de esta Sala, justificándose por la transgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos *in potestate*, con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión de aquel deber de vigilancia (ss. de 14 marzo 1978, 24 marzo 1979, 1 junio 1980 y 10 marzo 1983), sin que exonere de responsabilidad el dato de no hallarse presentes el padre o la madre cuando se comete el hecho ilícito, o que aquéllos tengan que trabajar o no puedan, por razón de las circunstancias familiares o sociales, estar siempre junto a sus hijos menores de edad, ya que de seguirse otro criterio, como dice la s. de 29 de diciembre 1962, se llegaría a la total irresponsabilidad civil de los hechos realizados por los menores de edad, quebrantándose criterios de equidad al dejar sin resarcimiento alguno a quien ha sufrido en su cuerpo y salud importantes daños (ss. de 28 enero y 7 febrero 1991), de manera que cuanto queda expuesto es de aplicación después de la reforma de 13 de mayo 1981.

**Inaplicabilidad de la presunción de inocencia:** Cuanto antecede es, de por sí, suficiente para que no pueda entenderse conculcado el principio de presunción de inocencia, aparte de que el art. 24.2 CE no es aplicable a la culpa extracontractual, habiendo de referirse a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los arts. 1902 y 1903 Cc, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente (nunca puede existir igualdad en

la reparación de daños corporales o morales) a la que tenía antes de haberlo sufrido (ss. de 20 febrero 1989 y 25 marzo 1991).

**Responsabilidad del vendedor de la carabina: Venta a menor incumpliendo normas administrativas: Concurrencia de conductas omisivas.**— La responsabilidad del vendedor del arma causante del daño se basa en el art. 1902, pues la venta incumpliendo las cautelas que impone el Reglamento de Armas, es un hecho que, sin perjuicio de la sanción administrativa que pudiera merecer, es origen de responsabilidad civil por daño producido a consecuencia de actos que revelan la negligencia del demandado al vender la carabina al hijo de los demandados sin cumplir ninguno de los requisitos administrativamente exigibles, sin que le exonere el hecho de que un mes antes la madre del menor le hubiese preguntado el precio de una escopeta de la clase después vendida; así en la producción del daño —lesiones en el ojo de otro menor, con pérdida total de la visión del mismo— se da una concurrencia de conductas omisivas, la del comerciante y la de los padres, que han de considerarse relevantes desde un punto de vista social, sin que el precepto exija que la causación sea directa e inmediata, ni impide valorar los factores que inciden en el hecho por ser más próximos o más remotos.

**Nexo causal: Teoría de la causalidad adecuada o eficiente.**— La s. de 22 octubre 1948 advirtió que la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido, para que pueda ser apreciada la culpa extracontractual, ha de inspirarse en la valoración de las condiciones y circunstancias que el buen sentido señale al examinar cada caso como índice de responsabilidad dentro del innúmero y multiforme encadenamiento de causas y efectos; y como la doctrina de la equivalencia de las condiciones, llevada a sus últimos extremos, puede conducir al absurdo, por eso se matiza con la de la causalidad adecuada o eficiente, admitiéndose la concurrencia de causas, culpas y responsabilidades siempre que una de ellas no tenga virtualidad suficiente para anular las otras, que es lo que se da en el caso que nos ocupa en el que el propio legislador se encarga de advertir a los comerciantes las precauciones a adoptar para prevenir un daño posible y evitable.

**Solidaridad.**— Surge entre los culpables al no poderse individualizar la responsabilidad en la pluralidad de agentes, ni determinar la proporción en que las conductas de cada uno contribuyeron a la comisión del hecho dañoso (**Sentencia de 7 enero 1991**: No ha lugar).

NOTA.— En la, por lo demás encomiable, elaboración jurisprudencial de un cuerpo de doctrina que actualice los escuetos preceptos legales de nuestro Cc, acaso sea la responsabilidad de los padres por los hijos *in potestate*, la que mayores reservas doctrinales está suscitando. Véase últimamente la excelente Tesis Doctoral de Esther Gómez Calle, *La responsabilidad civil de los padres* (Madrid 1992) p. 435, que concluye con afirmaciones de este tenor: No se puede llevar a cabo una interpretación objetivadora como la realizada por el TS que impide, de hecho, la posibilidad de exoneración por prueba de ausencia de culpa; hay que atender a

una conciencia social reconocedora de un mayor ámbito de autonomía al menor y aceptar que, hoy en día, los padres tienen muchas menos posibilidades de controlar efectivamente a sus hijos, que en otros tiempos, sobre todo a partir de cierta edad.

En el presente caso, las afirmaciones de principio de la s. extractada se limitan a reiterar una doctrina particularmente copiosa en los últimos años (pasan de 110 las ss. que se citan desde 1980 en la precitada Tesis Doctoral, p. 463-467).

El supuesto de hecho ofrece algunas particularidades pues se trataba de las lesiones causadas por un menor de 14 años, con una carabina de aire comprimido, a otro menor, con resultado de pérdida de visión en un ojo; el arma había sido adquirida por el citado menor sólo, sin que el comerciante cumpliera ninguno de los requisitos que establece el Reglamento de Armas de 24 julio 1981; aunque este último había sido absuelto en primera instancia, la Audiencia le consideró solidariamente responsable con los padres y el TS desestima el recurso de casación.

La s. es extremadamente escueta con los datos de hecho, pues no se detallan las circunstancias en que ocurrió el daño, ni la edad de la víctima, ni la conducta de unos y otros padres en relación con los hijos; únicamente se hace constar que la madre del autor había pasado unos días antes por el establecimiento preguntando por el precio de un arma de similares características, circunstancia que se reputa irrelevante para exonerar de culpa al vendedor.

Acertada resulta la exclusión del principio constitucional de la presunción de inocencia pues, en otro caso, habría que revisar buena parte de nuestro actual Derecho de daños; si bien no es posible eliminar toda idea de sanción por conducta ilícita en los supuestos de responsabilidad extracontractual —como eco lejano de la *actio legis Aquiliae*— parece claro que hoy predomina la idea de reparación e indemnización, con lo que nos alejamos del campo de aplicación del art. 24.2 CE.

En términos generales, la teoría de la causalidad adecuada o eficiente, predominante en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, autoriza a los Tribunales un amplio margen de discrecionalidad, no exento, por ello, de críticas. En el presente caso, la omisión de prueba de la propia diligencia hace pensar que los padres eran sabedores y consentidores de la compra por su hijo de una carabina de aire comprimido; cualquiera que sea el grado de liberalidad de su educación parece evidente que recae sobre aquéllos un especial deber de diligencia para que el hijo usara correctamente el arma, que hubiera debido llegar a su retirada si el menor no ofrecía debidas garantías de buen uso. Su condena parece obligada ante la imprueba de diligencia. Tratándose del vendedor, aparece clara una negligencia administrativa que mal puede paliarse con la visita de la madre (¿cuáles eran las relaciones con los padres? ¿eran habituales o frecuentes hasta el punto de poder presumir una autorización presunta de la compra?). Cier-

tamente, de no haber vendido la carabina no se hubiera causado el daño; pero el cumplimiento de los requisitos administrativos de la venta hubieran sido insuficientes contando con la negligencia de los padres; siendo su responsabilidad del art. 1902 ¿hubiera quedado exonerado de haberlos satisfecho? parece que sí porque su responsabilidad no es cuasi-objetiva. ¿Cabía analizar otras concausas? Parece que sí: la posible *culpa in vigilando* de los padres de la víctima; si los hechos ocurrieron en lugar público, la posible culpa también *in vigilando* del responsable, y, en último término, de la autoridad municipal etc. etc. Demasiados interrogantes, algunos inevitables ante el principio *da mihi factum*, pero que obligan a repensar un sector importante del Derecho de daños, o, en su caso, a imponer un seguro obligatorio de responsabilidad civil por paternidad, como ha sugerido J. M. Miquel (*G.G.C.*).

**30. Culpa extracontractual: Responsabilidad por riesgo: Doctrina general.**— La evolución de la jurisprudencia sobre responsabilidad extracontractual muestra que, a mayor engrendo de peligro, mayor responsabilidad, llegándose en algunos casos a la conocida como responsabilidad objetiva, de la que no sólo se hace eco la doctrina científica, sino el propio legislador en el ámbito nacional unas veces, y asumiendo e injertando en el dispositivo legal ordinario la fuente que proporciona el Derecho internacional a través de los Tratados y Acuerdos de esa índole, de donde resulta que, o bien por el enorme riesgo que supone su uso o explotación, o la simple tenencia de los enseres, artefactos o industrias, unas veces por su carácter lucrativo, otras por su simple disfrute u ostentación, han de llevar inherente la responsabilidad de los eventuales daños que produzcan, salvo caso de fuerza mayor o por culpa de la víctima, y tal responsabilidad sube de punto en su objetivación cuando se trata de la prestación de servicios de carácter monopolístico o similar; por ello no puede alegarse infracción de una doctrina legal que se pronuncia con mayor o menor énfasis en sentido culpabilístico o de objetivación por riesgo, no sólo según las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, como dice el art. 1104 Cc, sino las que por su modo de empleo y en la dinámica de su proyección social, requieran, en aras de la justicia distributiva, una mayor apreciación de la objetividad responsable que tal actividad humana comporte.

**Lesiones producidas por Líneas Aéreas de Alta Tensión: Irrelevancia del cumplimiento de disposiciones reglamentarias: Responsabilidad por riesgo.**— El estricto cumplimiento del Reglamento de Líneas Aéreas de Alta Tensión de 18 noviembre 1968 no es bastante para eximir de responsabilidad a la empresa eléctrica, habida cuenta de las circunstancias físicas del lugar en que está situada la línea de alta tensión, como son núcleo urbano y extrema actividad industrial, porque el acaecimiento que realmente se ha producido dentro de una actividad industrial absolutamente normal, muestran la insuficiencia de tales medidas para evitar el riesgo o peligro que entraña un tendido eléctrico de esa naturaleza; la actividad desarrollada por el lesionado —sujetar la carga del camión que le estaba confiado mediante cuerdas con el extremo metalizado que rozaron con el cable—

ha sido la que le correspondía dentro del buen hacer profesional (*lex artis*), y por ello, la vinculación causal entre esta actividad y la consecuencia dañosa hay que desecharla; por lo que el evento producido tienen su raíz causal en la existencia indebida en la zona de esa instalación de alta tensión, de gran peligro, sin aviso público *in situ* de tal peligrosidad y sin las medidas de protección de la línea de fluido eléctrico que eviten el riesgo de accidente a los viandantes y a los que ejerzan cualquier actividad industrial en plena calle, como la carga de un camión, lo que no está prohibido. (**Sentencia de 20 enero 1992**: No ha lugar).

NOTA.—Se trataba de dilucidar la responsabilidad extracontractual de una empresa eléctrica propietaria de una línea de alta tensión que atravesara un núcleo industrial, por los daños causados al conductor de un camión que recibió una descarga cuando se disponía a acomodar debidamente la carga de su camión.

Es muy verosímil que un Reglamento de 1968 se encuentra desfasado en relación con las necesidades técnico-económicas de nuestros días, por lo cual es de aprobar la aplicación que el TS hace de la conocida doctrina según la cual el cumplimiento de las normas reglamentarias no elimina la responsabilidad por riesgo. Sería deseable arbitrar algún procedimiento legal para que este hecho llegara a conocimiento del Ministerio competente para iniciar la reforma del mencionado Reglamento.

La indemnización por las lesiones sufridas (incapacidad permanente por amputación del antebrazo izquierdo y formación de cicatrices retráctiles en las plantas de los pies) fue fijada concordantemente en ambas instancias en la suma de 15 millones de pts.

La argumentación para fundamentar la doctrina de la responsabilidad por riesgo contiene la novedad de mencionar la explotación en régimen de monopolio como circunstancia relevante (*G.G.C.*).

**31. Culpa extracontractual: Lesiones a viajero por arranque súbito de autobús de servicio público: Doctrina general sobre inversión de la carga de la prueba.**—La jurisprudencia, aun sin abandonar el sistema subjetivo a que obligan los términos del art. 1902 Cc, con el fin de favorecer una estimación objetivista de la culpa aquiliana, de forma reiterada ha venido a configurar un sistema de inversión de la carga probatoria claramente favorecedor de la situación procesal del perjudicado, de suerte que éste queda excluido de la prueba relativa a la culpa del demandado —de cuya actividad deriva el evento dañoso—orientándose todo el *onus probandi* hacia dicho causante del daño, sobre quien pesa la obligación de probar que su conducta está amparada por la prudencia, que no hubo, por su parte, negligencia alguna y que el evento dañoso se produce fuera de su ámbito culpabilístico, con toda ajenidad a cualquier reproche posible a su quehacer, por fuerza mayor o bien por culpa exclusiva de la persona que sufrió el daño; tal inversión de los deberes de prueba tiene su inmediata traducción en la producción de una presunción *iusuris tantum* en favor de la víctima, en el sentido que, mientras no se destruya por prueba concluyente en contrario, se presume que el daño trae causa de la culpa del demandado; en aplicación de esta doctrina al caso concreto,

sobrevenida la caída de la demandante al bajar del autobús en que bajaba, e imputándose por la misma que aquélla fue debida a la circunstancia de haber reanudado la marcha el conductor cuando aun no había terminado de descender, los demandados, en aras de la doctrina antes expuesta, deben dejar cumplidamente acreditado que el accidente sobrevino en plena quietud del vehículo, y es lo cierto que la prueba propuesta por ellos y a su instancia practicada no produce el resultado liberatorio de la presunción de culpa.

«*Quantum*» indemnizatorio.—La sentencia lo fija sobre la base de la naturaleza y características de la lesión sufrida y circunstancias personales de la actora, mujer de 41 años de edad, de la que no consta actividad laboral alguna fuera del hogar, ni el número y de edad de los hijos, lo que obliga a valorar su situación exclusivamente con relación a la edad conocida; las lesiones consisten en la pérdida del sentido del olfato —anosmia postraumática— de carácter irreversible, y de otra, como consecuencia directa del traumatismo sufrido, padece vértigo postural paroxístico benigno neurocervical, que determina una invalidez total, haciendo aconsejable que la paciente vaya acompañada siempre por el riesgo de la aparición de crisis vertiginosas que le hacen perder la estabilidad; a causa de dicho padecimiento tampoco puede realizar determinadas actividades, como las domésticas que conllevan actividad visual, expresando el perito la probabilidad de agravamiento con el transcurso del tiempo; en primera instancia se fijó la suma de 5.500.000 pts. cifra que en apelación se elevó a ocho millones, teniendo en cuenta que en la acción civil ejercitada en juicio de faltas solicitó nueve millones, cuantía que le vincula según s. de 16 de febrero de 1988, de lo que ha de descontarse lo reclamado en vía ejecutiva.

**Intereses del art. 921 LEC.**—Finalidad de la condena al pago de estos intereses es tanto la de mantener para el acreedor el valor de lo que ha de recibir como la de evitar recursos con exclusiva finalidad dilatoria; son consecuencia necesaria de estas condenas al pago de indemnizaciones, ni siquiera tienen que pedirse o declararse, y siempre deben computarse e incrementarse al principal al ejecutar la sentencia; la s. de 10 abril 1990 ha declarado son de aplicación preceptiva en todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que contengan condena al pago de cantidad líquida, nacen por imperativo de la ley, y no comete incongruencia el juez que silencia un *petitum* de tal naturaleza; mucho menos cabe hablar de incongruencia cuando la sentencia los declara expresamente, aunque no haya sido pedido, según la doctrina consolidada de que no incurrir en incongruencia las sentencias que incluyen aspectos complementarios de la pretensión o desenvuelven peticiones implícitas (**Sentencia de 7 octubre 1991**: No ha lugar).

NOTA.—Nada que oponer al fondo de esta sentencia, sí acaso la duración excesiva del recurso de casación (más de cinco años desde que se pronuncia sentencia en primera instancia), que puede reducir considerablemente la cuantía de la indemnización por unas lesiones que producen invalidez total y precisan de la compañía de otra persona para desplazarse; perjuicios que sólo en parte resultan compensados por los intereses ex

art. 921 Lec. Sabido es que el TS soberanamente aplica en determinados sectores de la vida social la doctrina de la inversión de la carga de la prueba y en otros la del riesgo o de la responsabilidad cuasi-objetiva. Obsérvese que en el caso aquí contemplado el resultado hubiera sido el mismo si la víctima invoca la existencia de una responsabilidad contractual derivada del contrato de transporte, que obliga al transportista a trasladar indemne al viajero hasta el lugar de destino, con desplazamiento a aquél de la carga de la prueba de la diligencia, y con la extensión a quince años del plazo de prescripción de la acción. Los prácticos prefieren la vía más conocida del art. 1902 y a ello ha contribuido la propia jurisprudencia del TS que, a diferencia de la francesa por ejemplo, permite la acumulación de acciones (*G.G.C.*).

**32. Responsabilidad extracontractual.**—Constituye doctrina de esta Sala que quien por su cuenta y riesgo y en su beneficio encarga la realización de la obra a un tercero, adquiere una legitimación pasiva a título derivativo, pero de carácter directo, frente al dueño de la obra.

**Litisconsorcio pasivo necesario.**—Este no existe en los supuestos de responsabilidad solidaria ni se puede invocar el art. 533.4 de la LEC para denunciarlo, ya que no puede encajarse esta excepción en el catálogo de las excepciones dilatorias. (**Sentencia de 26 de julio de 1991**: no ha lugar).

**HECHOS.**—La parte actora ejerció acción por culpa extracontractual a consecuencia del derrumbamiento de una casa de su propiedad fruto de las excavaciones que para la ejecución de un sótano se venían realizando en el solar limítrofe, siendo demandados el propietario, arquitecto y contratista. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, al apreciar la existencia de responsabilidad solidaria sobre el propietario y el contratista. La Audiencia Provincial aceptó parte de los fundamentos jurídicos del Juzgado de Primera Instancia, considerando como único responsable al contratista. No prospera el recurso de casación. (*J.A.M.M.*).

#### 4. DERECHOS REALES

**33. Montes. Consorcio para repoblación forestal.**—El objeto y contenido de estos contratos o consorcios voluntarios se hallan delimitados en el art. 287.1 del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962, al disponer que «mediante el consorcio el propietario de un monte constituye un derecho real de vuelo a favor del Patrimonio Forestal del Estado, que faculta a éste mientras dure el contrato para poseer el monte, repoblarlo y aprovechar su arbolado, reservando al propietario el derecho a una participación en el valor neto de los productos que se obtengan»; en consecuencia el propietario del monte conserva sus derechos dominicales sobre el mismo, si bien con la limitación que supone el derecho real de



vuelo constituido y la posesión que se reconoce a favor de la Administración Forestal con la finalidad indicada. Dado este contenido del contrato, ha de afirmarse que todas aquellas actuaciones materiales de la Administración sobre el monte consorciado que excedan del contenido propio de ese derecho real de vuelo y de la finalidad perseguida con la celebración del contrato, no pueden acogerse a éste para ser calificadas como actos administrativos cuya impugnación por la vía judicial haya de realizarse ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con el art. 1.1 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, según la cual esta jurisdicción «conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo», no conociendo la misma de «las cuestiones de índole civil... atribuidas a la jurisdicción ordinaria».

**Acción negatoria de servidumbre.**—La acción negatoria de servidumbre tendente a la declaración de libertad de cargas de su dominio y a la desaparición de los signos reveladores de esa negada servidumbre —en virtud del derecho dominical que sobre el monte gravado ostenta el actor recurrente cuyas facultades conserva el mismo no obstante las limitaciones derivadas del referido consorcio— constituye una cuestión puramente civil cuyo conocimiento corresponde a los órganos del orden jurisdiccional civil, debiendo aplicarse a este supuesto la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual la determinación de si se han cumplido o no los preceptos relativos a los modos de adquirir la propiedad y posesión incumbe, exclusivamente a la jurisdicción ordinaria y, en general, que las declaraciones sobre propiedad son ajenas a la competencia de dicha jurisdicción contencioso-administrativa dada la íntima razón de analogía que existe entre esas cuestiones y las concernientes la existencia o inexistencia de servidumbres, gravámenes, que sólo pueden ser constituidos por el propietario del inmueble gravado. (Sentencia de 24 de diciembre de 1991; ha lugar).

**HECHOS.**—El demandante solicita que se declare la inexistencia de servidumbre de paso sobre su propiedad a favor de ICONA. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial revocó parcialmente el fallo, al apreciar la excepción de incompetencia alegada por la parte recurrente —ICONA—. Prospera el recurso de casación interpuesto, confirmándose en los términos declarados por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (J.A.M.M.).

**34. Ejecución hipotecaria al amparo del art. 131 LH. Cancelación de cargas posteriores (Regla 17.<sup>a</sup>).**—La atribución dominical que del inmueble hipotecado se hace al adjudicatario, según la subasta a tenor del art. 131, regla 17 LH, afecta solamente, según dicha norma, a las «inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que se ha realizado»; pero de ahí no deriva que haya de afectar a derechos personales que no han tenido acceso al Registro de la propiedad, como el derecho arrendaticio litigioso que no reúne al respecto los requisitos que señala el art. 2, n.º 5 de la LH para su acceso al Registro.

**Subsistencia de arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca.**—En los términos que aparece planteado el debate de este recurso de casación, resulta la licitud y existencia de un arrendamiento, que no es perjudicado por la realización de la hipoteca recayente con anterioridad sobre el inmueble arrendado y en que no se acreditó fraude o confabulación, en perjuicio, antes del acreedor hipotecario, y después del adjudicatario en subasta del inmueble. Sin que tal solución de la litis sea contrapuesta a la que esta Sala adoptó en supuesto de cierta similitud con el presente, pero con diferencias sustanciales. Así, en sentencias de 23 de diciembre de 1988 y 17 de noviembre de 1989, casos en que no se acreditó la existencia del arriendo que fue, en el caso de la primera totalmente simulado y, en la segunda, celebrado con ausencia de buena fe por parte del arrendador y arrendatario.

**Causas de extinción del arrendamiento.**—De seguirse el criterio de extinción del arrendamiento por ejecución de la hipoteca se daría lugar a una causa de extinción de arrendamiento urbano no catalogada en la relación imperativa de esas causas que hace el art. 114 de la LAU. Además, en el supuesto debatido, anterior a la vigencia del RD-ley de 30 abril 1985, es aplicable la prórroga legal que establece el art. 57 de la misma Ley, el que se infringiría en virtud de una causa resolutoria no señalada en la Ley. (STS 6 mayo 1991. No ha lugar).

**HECHOS.**—En esta sentencia se mantiene la doctrina de la subsistencia de arrendamiento concertado con posterioridad a la constitución de hipoteca, que persiste tras la ejecución hipotecaria, como ya se hiciera en las sentencias de 9 de junio 1990 y 23 febrero 1991. En el presente caso, el arrendatario de local de negocio ejerce el retracto al amparo del artículo 48 LAU. La demanda se dirige contra el adjudicatario de la finca a resultas de la ejecución de hipoteca constituida en fecha anterior a la celebración del contrato de arrendamiento. En Primera Instancia y Apelación se estima el retracto. No prospera el recurso de casación.

**NOTA.**—La subsistencia del arrendamiento (en el caso con prórroga forzosa) *posterior* a la constitución de la garantía hipotecaria se ha criticado y con razón en nuestra doctrina. (V. el detallado comentario de Díez García, H. a la STS 23 febrero 1991, en CCJC, enero-marzo 1991, p. 297 y ss. y el comentario de Lasarte Alvarez, a la STC de 16 de enero de 1992, publicado en «Tapia», enero-febrero 1992, p. 7 y s.), y en efecto, no parece encajar con el sistema jurídico (sin entrar aquí en el posible conflicto de valores que late en el fondo) la idea de que el acreedor hipotecario se encuentre desamparado ante una disminución de valor de la finca hipotecada a consecuencia de contratos concluidos por el dueño de la finca hipotecada, lo que sin duda ocurre si persiste la doctrina de mantener tras la ejecución aquellos arrendamientos posteriores a la constitución de la garantía hipotecaria. Pudiera pensarse que el perjuicio se limitara a arrendamientos con prórroga forzosa (como es nuestro caso), más (como se destaca por los autores antes citados), el problema se plantea igualmente

con arrendamientos que si bien carecen de la prórroga legal, son de larga duración. No obstante, el Tribunal Constitucional, en la sentencia de 16 de enero de 1992, «sin terciar en la cuestión que corresponde dirimir a la jurisdicción ordinaria, de saber si la ejecución hipotecaria extingue el arrendamiento que se concertó con posterioridad a la constitución del derecho real de hipoteca o si, por el contrario, la relación arrendaticia es compatible y mantiene su eficacia frente al adjudicatario de la finca en razón a la protección que le otorga la legislación especial que regula tales contratos o, en otras palabras, si el arrendamiento no es perjudicado por la realización de la hipoteca recayente sobre el piso arrendado», recuerda, sin embargo, que «la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo se inclina por realzar la fuerza del vínculo arrendaticio (SSTS 9 junio 1990, 23 febrero 1991 y 6 mayo 1991)». En el caso se resuelve el recurso de amparo a favor de arrendataria que alega indefensión ante el desalojo ordenado en procedimiento de ejecución hipotecaria (*I.G.P.*).

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**35. Aval otorgado por mujer casada: Evolución del Derecho Español.**—Hasta 1958 la mujer casada tenía serias limitaciones de capacidad que le impedían obligarse de modo muy riguroso; en dicho año se modificó el *status* de la mujer casada, de manera tibia, o como decía la E de M de la Ley de 24 de abril 1958, «para liberar a la mujer de ciertas limitaciones en su capacidad»; pero desde 1975 siguió la apertura y reconocimiento de los derechos de la mujer, desapareció el contenido del primitivo art. 61 y se proclamó en el art. 62 que el matrimonio no restringe la capacidad de obrar de ninguno de los cónyuges; no podía disponer de bienes gananciales y, caso de hacerlo, el acto sólo sería anulable a instancia del marido (art. 65), 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, porque ambos cónyuges son iguales a dichos efectos según el art. 65 (hoy, a todos, como proclama el art. 66 en su redacción de 1981).

**Derechos del marido: Embargo del Derecho de la mujer a participar en una Cooperativa de Viviendas.**—Se reconoce el derecho del marido a sostener en juicio declarativo la impugnación del aval concertado por su esposa, pero partiendo de la validez de tal aval, con anterioridad a la reforma de 1981, no es posible en aquel proceso decretar la nulidad del aval y del juicio ejecutivo con base en la falta de capacidad de la mujer para contraerlo; por otra parte no ha supuesto ningún detrimento en los derechos del esposo, pues el embargo del piso se sustituyó por el embargo de los derechos que a la mujer correspondían como cooperativista, así como por el embargo del derecho a pedir el otorgamiento de escritura pública a la Cooperativa, aunque finalmente la sentencia, que calificó de consor-

cial el piso, declaró «indemnes los derechos dominicales del marido»; ha de tenerse presente, además, que la vigente normativa permite el embargo de bienes gananciales por deudas privativas, llegándose incluso a la disolución de la sociedad con base en el art. 1373 Cc.

**Naturaleza del aval cambiario: Derecho derogado.**—Según el art. 37 de la vigente Ley Cambiaria, el aval se concibe hoy como obligación autónoma, tanto que quien garantiza o avala una letra, nada de su causa puede discutir, siendo válido el aval aunque la obligación sea nula; en consecuencia, según la tesis de la autonomía no se permite al avalista discutir la provisión de fondos. Pero conforme al derecho vigente al avalarse las letras de autos, a pesar del art. 486 C com que habla de «obligación escrita e independiente», la doctrina se repartía en dos grupos; para los partidarios de la autonomía de la declaración cambiaria cuyo objeto era un aval, ni en juicio ejecutivo, ni fuera de él, podrían los avalistas oponer la inexistencia de provisión de fondos; para quienes opinaban que el aval estaba subordinado a la existencia de una obligación principal, al modo de las garantías accesorias, podrían los avalistas oponer las excepciones fundadas en la inexistencia de la obligación cambiaria; de seguirse esta doctrina, debió ser alegada la nulidad de la obligación en el juicio ejecutivo y, al no hacerlo, están bien rechazadas las peticiones que en el declarativo la pretenden.

**Cosa juzgada: Falta identidad de partes.**—Si las partes en el declarativo no son las mismas que en el ejecutivo, no se puede extender a todos la declaración de que resuelta una cuestión en el juicio ejecutivo lo está también en cuanto afecta a quien no litigó.

**Embargo del sueldo de mujer casada en juicio ejecutivo: Improcedencia de la oposición de la mujer en juicio declarativo.**—Si se embargaron sueldos y se entregaron al ejecutante, por no requerir el dinero de ninguna otra actuación procesal o apremio, nada permite hoy la devolución en juicio declarativo, pues fue la esposa embargada quien disfrutó en aquel proceso del beneficio de orden; se ignora si fue ella quien designó su sueldo para el embargo, no constando nada de su oposición a la traba, por lo cual carece de todo fundamento que hoy, de la mano de su esposo, pretenda apoyar su pretensión y pedir la nulidad del embargo; todo ello sin perjuicio de la repercusión que ello pueda tener en la contabilidad ganancial.

**Embargo de pensión de Seguridad Social.**—El embargo de un bien inembargable no es, por sí mismo, constitutivo de indefensión, debiendo ser el propio embargado quien hiciera valer en su momento los derechos que estimara que pudieran pertenecerle; además, fallecido el titular de la pensión embargada, no puede ejercitar tal pretensión su hija a título de heredera, porque para ella el dinero ya no constituye una pensión de seguridad social sino un incremento del patrimonio con el que ha de hacer frente a todas sus obligaciones, propias o heredadas (S. de 30 septiembre 1991: No ha lugar).

NOTA.—Complejo supuesto que ha obligado al Ponente (Marina Martínez Pardo) a una encomiable labor de clarificación y sistematización en el FD 1.º. Tal como ha llegado al TS el proceso es resultado de

acumular varios juicios declarativos consecuencia de un inicial ejecutivo, motivado por la aceptación de letras de cambio avaladas por mujer casada. El ejecutivo tuvo alternativas pues al principio se embargó un piso de la avalista, lo que luego se substituyó por los derechos que a la mujer correspondían en la Cooperativa, la cual no otorgó escritura pública a favor del ejecutante, por no haber sido parte en el pleito.

El tema de la fianza unilateralmente otorgada por uno de los cónyuges, y su incidencia en los bienes consorciales, ha atraído el interés de la doctrina. Como ha denunciado Guilarte Guitiérrez, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales* (Valladolid 1991) p. 505, es fenómeno frecuente «que todo el patrimonio familiar, incluido el alojamiento, se ve trabado y vendido como consecuencia de una fianza desconsideradamente prestada por el esposo». Pero en el presente caso la cuestión se contempla sólo tangencialmente y, además, se complica, por cuestiones de derecho transitorio. La óptica que parece ser la del TS no es la de una razonable defensa del patrimonio ganancial sino la también razonable tutela de un acreedor que lleva más de doce años sin hacer efectivo su crédito, que tuvo la «mala suerte» de ser avalado por una hija casada del deudor; ante la insuficiente solvencia de éste se embarga un piso de la avalista, embargo substituído luego por la traba en los derechos en una Cooperativa de Viviendas del Magisterio, que el acreedor no ha podido hacer efectivo todavía. Siendo anterior el aval a la reforma de 1981, aunque posterior a la de 1975, se plantea el tema de la capacidad para afianzar por sí sola la mujer casada y el de la responsabilidad de los bienes comunes por deudas privativas. A lo primero se responde, con razón, afirmativamente; a lo segundo, con la salvaguarda de «dejar indemnes los derechos dominicales del marido». Se interfiere el tema de la naturaleza del afianzamiento como acto dispositivo indirecto, tal como parece deducirse de la s. de 2 de julio de 1990, de idéntico Ponente. De plantearse el caso bajo la normativa vigente, el art. 1373 hubiera podido ofrecer solución más diáfana. Globalmente parece justa la solución adoptada por el TS aunque queda la duda de la probable ineffectividad para que el acreedor cobre (G.G.C.).

**36. Patria potestad: Carácter de Derecho-Deber: Irrenunciabilidad. Causas de Extinción.**—El derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores, y dentro del mismo el específico a la guarda y tutela (sic) de los mismos viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular, sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que su adecuado cumplimiento tiene unas finalidades sociales — en este caso, de interés familiar— que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico; corolario forzoso es el carácter de irrenunciable que impide al titular abandonar las finalidades que su cumplimiento persigue, así como su

imprescriptibilidad, hasta el punto de que su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo carece de virtualidad extintiva del mismo, subsistiendo la posibilidad de su ejercicio, a no ser que por alguna razón legal, y previa resolución judicial, se haya producido su extinción.

**Carácter restrictivo de las limitaciones legales a la patria potestad.**—La doctrina jurisprudencial tiene reiteradamente sentado el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las limitaciones legales a la patria potestad; así, si bien la s. de 7 julio 1975 proclama que cabe privar a los padres de la patria potestad cuando su conducta ponga o pueda poner en peligro la formación o educación moral del hijo, la s. de 19 octubre 1983 llegó a declarar que no se reputa ejemplo corruptor la convivencia de la madre de un menor, en estado de soltería, con un hombre casado y separado de su esposa; por otro lado también se ha proclamado que el ejercicio de las atribuciones potestativas, no preceptivas, que el art. 170 Cc otorga a los Tribunales, implica la facultad discrecional de apreciar en cada caso si existe una dureza excesiva de trato a los hijos, o si hay motivos para estimar que se le dan órdenes, consejos o ejemplos corruptores, y esto sentado, no cabe impugnar en casación el uso de aquellas facultades discrecionales, según s. de 25 junio 1923, y sin que contra lo resuelto en el ejercicio de esta facultad proceda el recurso de casación, a menos que se patentice error de hecho o de derecho (s. de 17 marzo 1928).

**Guarda de los abuelos. Progenitores separados de hecho. Madre conviviente con otro hombre de quien tiene descendencia: No es causa extintiva de la guarda.**—Se ha producido una interrupción temporal en el ejercicio por parte de los padres actores del derecho a la guarda de su hija, que fue ejercitada por los abuelos maternos, pero tal interrupción pasajera no alcanza virtualidad suficiente para operar la extinción del derecho a la guarda, derecho que ha de permanecer íntegro, si bien y como medida acordada a iniciativa del Ministerio Fiscal, debe la hija menor continuar, por ahora, confiada a la guarda y custodia de los abuelos maternos, estableciéndose un régimen de visitas en favor de los padres por un período, pasado el cual se otorgará la guarda al padre (**Sentencia de 11 octubre 1991**: No ha lugar).

NOTA.—A los pocos meses del nacimiento de la hija, y debido a las malas relaciones de los cónyuges, la madre se traslada desde Venezuela a Santa Cruz de Tenerife, fijando su residencia en casa de los abuelos maternos; el padre de la niña regresa de Venezuela a los tres años y pasa a vivir con los abuelos paternos en las proximidades del domicilio de sus suegros; por aquellas fechas la madre abandona el domicilio de sus padres pasando a convivir con un señor con el que ha procreado dos hijos más; la menor, hija del matrimonio, permanece desde entonces con sus abuelos maternos a quienes profesa gran afecto, mientras manifiesta cierta animadversión hacia su padre con quien ha mantenido relaciones esporádicas. La demanda se interpone por los progenitores contra los abuelos maternos, reclamando la guarda de su hija. La demanda se desestima en primera instancia, siendo estimada parcialmente en casación, declarando

de momento la guarda a favor de los abuelos, estableciendo un derecho de visita, conjunta o separadamente, en favor de los padres, otorgándose la custodia al padre al cabo de seis meses, previa audiencia de la menor, del Ministerio Fiscal e informe del Psicólogo sobre la conveniencia del cambio. Al desestimarse el recurso de casación queda en pie el matizado fallo de la Audiencia.

Como observa Castán Vázquez, *Com. Min. Justicia*, I, p. 574, la *suspensión* de la patria potestad, que estaba aludida en el Cc antes de la reforma de 1981, no es ahora mencionada, ni en el art. 170, ni en todo el cap. IV, y ello, acaso, es la explicación de lo reticentes que son los Tribunales a aplicar la drástica medida de privar al progenitor de la patria potestad. En el presente caso obsérvese que no se produce una situación legal de abandono por la intervención desde el primer momento de los abuelos maternos. Por otra parte, la sentencia de apelación aparece inspirada en el art. 158, cuya flexibilidad permite una adecuación a las circunstancias. Así, ante el dilema de recuperar o privar de la patria potestad, se opta por matizar el derecho de guarda, que se atribuye al progenitor que parece en mejores condiciones de ejercerlo, pero ello condicionado a un preceptivo informe de un Psicólogo. Solución que parece acertada. Por otra parte, ¿no parece oportuno revalorizar el papel de los abuelos en el Derecho de Familia, dado que socialmente están cumpliendo importantes funciones? (*G.G.C.*).

## II. DERECHO MERCANTIL

**37. La prueba del contrato de mediación y el art. 1214 CC.**—Al quedar demostrado que se realizó el encargo de mediación y que posteriormente se celebró el contrato de compra y venta perseguido, se presume que este último fue consecuencia del corretaje solicitado, al tener el demandado el control de la prueba, el contrato de compra y venta donde consta o no la mediación y no querer aportarlo.

**Doctrina jurisprudencial sobre el contrato de mediación.**—Es irrelevante que el contrato sea de promesa de venta o de compra y venta. Lo importante es que llegue a celebrarse el contrato perseguido y que se deba a la mediación. Entonces es cuando se devenga la retribución por tratarse de una obligación de resultado. (**TS 23 de septiembre de 1991**; No ha lugar).

**HECHOS.**—El mediador en un contrato de compra y venta no recibe el precio pactado tras la celebración del mismo. Demanda a la parte en el contrato que había solicitado su mediación, la cual niega que ésta se haya producido, sosteniendo que al demandante le corresponde probar el corretaje, y no aportando el contrato de compra y venta, que aclararía definitivamente la cuestión.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de reclamación de cantidad. La Audiencia confirma la sentencia. No prospera el recurso de casación. (J.M.A.).

**38. Renuncia de derechos.**—Ante el recurso de casación formulado por el Abogado del Estado en nombre del Consorcio de Compensación de Seguros, por infracción del art. 6.2 CC, la Jurisprudencia considera que la renuncia de derechos ha de ser personal, clara e inequívoca, sin condicionamiento alguno, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, mediante actos concluyentes. Por tanto un acuerdo que puede ser recurrido, no puede ser significativo de renuncia de derechos, ya que falta la claridad terminante e inequívoca de expresión de voluntad indiscutible. Al no considerarse producida la renuncia, no tiene ninguna trascendencia hablar de error sobre la misma.

**Intereses moratorios previstos en los arts. 20 y 38.9 de la Ley de Contrato de Seguro.**—El TS considera que el interés previsto en estos preceptos, se aplica a la cantidad debida y no satisfecha por el asegurador, cuando se encuentre previamente determinada, ya sea por causa contractual o por otra vía eficiente, y no, como en este caso, cuando la determinación de la exacta cantidad que ha de ser pagada ha de efectuarse por el órgano jurisdiccional. Se aplica aquí la doctrina «*in illiquidis non fit mora*». (TS 28 de octubre de 1991. No ha lugar).

**HECHOS.**—El demandante había resultado perjudicado por las inundaciones de Bilbao de 1983. Tras la notificación de la resolución del expediente por el Consorcio de Compensación de Seguros, había interpuesto sin éxito recurso de reposición.

Se estima parcialmente su demanda de reclamación de cantidad contra el citado Consorcio. La Audiencia estima parcialmente la apelación del demandado, rebajando la indemnización. Ambos interponen recurso de casación que no prosperan. (J.M.A.).

**39. Subrogación del asegurador en los derechos de asegurado frente a los responsables del siniestro.**—La Compañía recurrida aseguró un cargamento que transportaba con destino a Vigo, la recurrente mediante el oportuno contrato de seguro marítimo, al que se le aplica lo dispuesto en el art. 780 del Código de comercio, a cuyo tenor «pagada por el asegurador la cantidad asegurada, se subrogará en el lugar del asegurado para todos los derechos y acciones que correspondan contra los que por malicia o culpa causaron la pérdida de los objetos asegurados». También en la Ley de 8 de octubre de 1980, de Contrato de Seguro, se sigue esta técnica de la subrogación, pues su artículo 43 dispone que el asegurador, una vez pagada la indemnización «podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización».



**Prescripción de la acción en caso de subrogación.**—No se trata de que el asegurado accione de reembolso a modo de tercero que paga una deuda ajena, en cuyo caso el plazo de prescripción de su acción sería el de las acciones personales (art. 1964 Cc), ni que tenga que accionar contra su asegurado, hipótesis en que aquel plazo sería el de tres años, sino de un ejercicio por el asegurador de la misma acción que le corresponde al asegurado que ha indemnizado frente al responsable del daño. En consecuencia, la acción del asegurador con el tercero responsable no tiene que tener un plazo legal de prescripción «ad hoc», sino la acción en que se ha subrogado, en el caso el plazo establecido en el art. 952.2.º del Código de Comercio. (STS 11 noviembre 1991. Ha lugar).

**HECHOS.**—La actora, una Compañía de Seguros, se subroga en las acciones de su asegurada por el mal cumplimiento de un contrato de transporte de mercancías. La sociedad demandada alega prescripción de la acción. El Juzgado de primera Instancia acogió la excepción de prescripción, pero la Audiencia revocó y acoge la demanda. La sociedad transportista recurre por infracción del art. 952.2.º del Código de Comercio, en relación con los artículos 1089, 1091, 1203 y 1212 Cc (I.G.P.)

**40. Corresponsabilidad del librador en el pago de la letra.**—El librador queda obligado por su firma al pago de la letra, aunque fueren letras de favor. A la regla general se excepciona el caso en que de modo expreso y claro se acuerde con el tomador lo contrario. En este sentido, la interpretación que hace el Supremo de las expresiones «firma indeterminada» (del librador) y «recursos propios» (en cuanto al pago) se opone a la de la Audiencia, entendiéndose que por su carácter ambiguo dan lugar a confusión y no cabe alegarlas como excepción a la norma general.

**Cosa Juzgada.**—Según doctrina del Tribunal Supremo, la sentencia recaída en el proceso ejecutivo no hace surgir el efecto de la cosa juzgada por el cual se cierra la posibilidad de someter de nuevo el mismo asunto a un proceso ordinario posterior (Ss. TS 03-10-1983; 16-09-1988; 26-05-1988). (Sentencia 15 de octubre de 1991; ha lugar).

**HECHOS.**—Don José Luis F. L. entregó voluntariamente a una entidad bancaria 250.000 pesetas, pago parcial de una deuda vencida a cargo de una empresa de la que él era gerente y accionista mayoritario. Posteriormente se vió obligado por sentencia emanada de proceso ejecutivo al pago de una letra de la que era librador y de las costas procesales. Don José Luis demanda en juicio le sean devueltas por la entidad bancaria las cantidades pagadas y otros. En Primera Instancia se desestimó la demanda. Interpuso recurso de apelación, la Audiencia revocó parcialmente la sentencia y estimó parcialmente la demanda, considerando que el actor no estaba obligado al pago de la letra por lo

que debía devolverse la cantidad y gastos de las costas procesales. **En casación ha lugar (C.J.D.).**

**41. Quiebra.**—Cabe presumir fraudulenta la quiebra de una empresa cuando figuran en su «balance, memorias, libros u otros documentos relativos a su giro o negociación ...» (Art. 890.2 C com) operaciones ficticias. No se produce indefensión ni lesión de derechos garantizados por la CE por el hecho de aplicar las presunciones de fraude previstas por la ley, pues en esta materia se aplican determinados criterios objetivos en el orden civil y se dejan al orden penal las conexiones con conductas subjetivas. (**Sentencia de 19 de octubre de 1991**; no ha lugar).

**HECHOS.**—En primera instancia se califica de fraudulenta la quiebra de una sociedad, entre otras razones porque ésta había girado letras por elevado valor en virtud de operaciones inexistentes. La sociedad quebrada recurrió la sentencia en apelación solicitando se declare su quiebra como fortuita. La Audiencia confirmó la sentencia anterior. **En casación no hubo lugar. (C.J.D.).**

### III. DERECHO PROCESAL

**42. Tercería de dominio. Objeto de la Tercería y diferencias con la acción reivindicatoria.**—La posible y primitiva equiparación conceptual de la tercería de dominio con la acción reivindicatoria, cada día cuenta con menos partidarios, evolución que se traduce en el ámbito jurisprudencial en la existencia de un conjunto de sentencias donde nítidamente se concretan los fines y el ámbito de aplicación de esta clase de acciones. Constituye ya cuerpo de doctrina, el concepto de que el objeto del juicio de tercería de dominio es liberar del embargo bienes indebidamente trabados, excluyéndolos de la vía de apremio, teniendo escasas analogías con el ejercicio de la acción reivindicatoria, por lo que no siempre puede identificársele con la misma, señalándose entre las principales diferencias, justamente, la de *constituir su objeto propio, no tanto la obtención del bien*, cuando el levantamiento del embargo; siendo consecuencia de esa especialidad el que antes que el problema de la propiedad de los bienes, importe examinar si el demandante de tercería es propiamente tercero, es decir, no es el deudor (SSTS 29-10-84; 15-2-85; 8-5-86; etc.). La delimitación nítida de la figura del tercero que como parte de la legitimación activa «ad causam» del demandante de tercería, es el primero de los requisitos a tener en cuenta como esencial en esta clase de acciones (SSTS 12-6-56; 24-1-77; 2-2-84; 20-2-87). (**STS 30 de enero de 1992**, no ha lugar).

**HECHOS.**—Una entidad mercantil formuló demanda sobre tercería de dominio contra otra entidad y 11 personas más, solicitando que se declarara que los bienes embargados eran propiedad de la actora, y se comunicara a la Magistratura de Trabajo que levantara el embargo trabado sobre los mismos.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**43. Recurso de revisión. Plazo para la interposición del recurso: Cómputo.**—Establece el art. 1798 LEC un plazo de tres meses para la interposición del recurso, plazo que debe contarse desde que se descubrió el fraude y que una reiterada doctrina de esta Sala viene calificando como plazo de caducidad, procediendo su cómputo, dado que no se trata de un plazo procesal, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.1 Cc, sin que tal plazo sea susceptible de interrupción. Como declaró la STC 20-10-87, el plazo de la acción revisoria es legítimo y conforme a la Ley Fundamental, en cuanto preserva o tiende a preservar un valor o principio constitucional, como es el de la seguridad jurídica, plasmado en la invariabilidad de la cosa juzgada. No puede entenderse que el plazo de caducidad no comenzará a transcurrir sino hasta la entrega del testimonio de las actuaciones judiciales que dieron lugar a la sentencia que pretende revisarse (STS 21 de enero de 1992, es improcedente el recurso de revisión).

HECHOS.—En juicio de cognición seguido en un Juzgado de Distrito sobre resolución de contrato de arrendamiento de vivienda por no uso, el demandante no indicó en la demanda el domicilio del demandado, esposo de la recurrente en revisión, estando ambos separados, y solicitando del Juzgado la citación por edictos. Considerando la actora que había con ello una finalidad de ocultar la sentencia del pleito tanto al esposo demandado como a la esposa, y por tanto una maquinación fraudulenta, planteó demanda de recurso de revisión contra la sentencia dictada por el Juzgado.

El Tribunal Supremo declaró improcedente el recurso de revisión.

NOTA.—A mayor abundamiento y en cuanto al fondo del asunto, declara la sentencia que sería igualmente desestimable la demanda, ya que la vivienda no tuvo en ningún momento el carácter de vivienda familiar del matrimonio, pues al constituirse el arrendamiento, se había producido ya la separación de los cónyuges. Por ello, dispone el TS que «al no tratarse de vivienda conyugal o familiar, a la que pudiera aplicarse el art. 96 Cc, es claro que no nos encontramos ante una situación de litisconsorcio pasivo necesario». (E.A.P.).

**44. Procesos en los que es parte el Estado: No cabe el arbitraje ni el allanamiento estatal. Condena en costas.**—No le cabe al Estado transigir sus derechos y someter a arbitraje sus diferencias con particulares, sin que sea posible tampoco aceptar en Derecho, en general, un allanamiento estatal y que, por ende, los individuos componentes del Cuerpo de Abogados del Estado, asimismo, tienen vedado allanarse a las demandas y recursos de los que sea parte el Estado, salvo cumpliendo los términos previstos en el art. 10 «in fine» de su Estatuto.

El art. 710.2 LEC establece que la sentencia confirmatoria o agravatoria de la de primera instancia deberá contener condena en costas al apelante, salvo que la Sala estime motivadamente que concurren circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento. Está justificada la imposición de costas causadas en la Primera Instancia al amparo del art. 523.2 LEC, al incorporar explícitamente la temeridad en la conducta procesal de la apelante (STS 15 de enero de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**—Una entidad mercantil formuló demanda de tercería de mejor derecho contra otra entidad y contra el Ministerio de Economía y Hacienda, solicitando que se declarase el mejor derecho a la actora a que con el producto de la subasta que se celebre a consecuencia del expediente administrativo del Recaudador de Hacienda sobre bienes de la conde mandada, se le haga pago de la suma solicitada por los conceptos indicados. Celebrada la subasta, la cantidad adjudicada a la actora es inferior a la reclamada. Posteriormente, el Ministerio dicta una Orden reconociendo el derecho preferente de la demandante por la cuantía obtenida en la subasta. La actora, desistiendo del exceso reclamado, solicitó el allanamiento de la contraparte y su condena en costas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la reclamación de tercería de mejor derecho, al haberse reconocido por el Ministerio el mejor derecho de la entidad demandante; la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, imponiendo las costas procesales a la parte demandada. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**45. Indemnización de daños y perjuicios.**—No puede estimarse como actuación dolosa determinante de la exigencia de daños y perjuicios el hecho de haberse promovido por el Banco demandado los dos juicios ejecutivos a que se refiere la demandada, aun cuando uno de ellos fuese declarado nulo por haberse tenido como vencido un mes antes de la fecha señalada en la póliza.

**Prueba pericial.**—Su apreciación es libre para el Juez en tanto que las reglas de la sana crítica no están codificadas.

**Principio de congruencia.**—Aunque no signifique acatamiento literal y riguroso a lo pedido, no es lícito que el juzgador, sea la instancia que fuere, pueda establecer un pronunciamiento fuera de los concretos términos de lo solicitado, pues ello conculcaría el principio «*sententia debe esse conformis libello*». Pretendiéndose en la demanda la declaración de un actuar doloso, no procede estimar en casación la culpa o contravención en el contenido obligacional, pues ello implicaría indefensión para la parte contraria, al privársele de oportunidades de alegación y prueba, con transgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa. (Sentencia de 20 de diciembre de 1991; no ha lugar).

**HECHOS.**—La parte demandante solicita una indemnización de daños y perjuicios en base a una actuación dolosa del Banco demandado,

que al promover sobre aquélla dos juicios ejecutivos éstos motivaron que se viera forzada a presentar suspensión de pagos. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda. La Audiencia Provincial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación (*J.A.M.M.*).

**46. Congruencia. Prohibición de la reformatio in peius.**—Siendo el objeto del proceso el ejercicio de una acción de reclamación de legítima y discutiéndose en la apelación su importe por el demandado, la Sala de Instancia incurre en incongruencia al estimar que se había ejercitado una acción de complemento de legítima. Es además doctrina de esta sala la que veda la agravación del fallo en perjuicio del apelante, cuando su oponente no recurre ni se adhiere a la apelación.

**Conculcación de los plazos establecidos por los arts. 363 LEC y 267 LOPJ para el recurso de aclaración.**—La violación de normas procesales se ha de hacer valer por la vía del apartado tercero del art. 1692, y no por la del primero o del quinto como pretende el recurrente.

En cualquier caso entraña un manifiesto abuso de derecho o fraude de Ley procesal aprovecharse de que la aclaración, consistente en añadir al Fallo la obligación de pagar intereses desde determinada fecha, se hizo fuera de plazo, ya que dicha obligación se deducía del fundamento tercero de la sentencia y además se establecía por la sentencia de Primera Instancia sin que el apelante lo hubiese impugnado en su recurso. (**TS 9 de enero de 1992**. Si ha lugar).

**HECHOS.**—La actora rechaza los bienes que la habían sido adjudicados en pago de su legítima y reclama ésta. Se estima la demanda. El demandado apela, entendiendo la Audiencia que se había ejercitado una acción de complemento de legítima. Posteriormente se produce una aclaración fuera de plazo. El apelante interpone recurso de casación que prospera. (*J.M.A.*).

**47. Cosa juzgada.**—Exige para ser apreciada identidad de personas, cosas y causa o razón de pedir. Entre ambos procesos ha de existir una semejanza real que produzca una contradicción evidente. Dándose esa semejanza, carece de transcendencia que la acción ejercitada en cada caso sea diferente: Reivindicatoria en el inicial, de nulidad en el presente.

Las causas de pedir se refieren a un mismo contrato de compra y venta. Su validez y eficacia en el primer proceso. Su nulidad en el segundo. Si en el primero se ha declarado la validez y eficacia del contrato a todos los efectos, es antagónico pedir posteriormente su nulidad, aunque las acciones ejercitadas sean diferentes. (**TS 1 de octubre de 1991**. No ha lugar).

**HECHOS.**—En virtud de un poder que se impugna por su nulidad otorgado por la actora a su marido, éste había realizado actos de disposición en favor de las demandadas.

Estos actos de disposición son impugnados por la demandante. No obstante, sobre uno de los bienes en litigio, hay recaída sentencia firme en favor de la hoy demandada, reconociendo la validez del contrato de compra y venta, proceso en el que la hoy actora fue tenida en rebeldía.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia estima parcialmente la apelación. Se interpone recurso de casación que no prospera. (*J.M.A.*).

**48. Reconvencción (proceso a raíz de un contrato de ejecución de obra).**—El demandado que formula reconvencción, puede dirigir su acción contra el demandante, siendo sin embargo improcedente hacerlo frente a un tercero que no sea actor en la litis. Por tanto, el contratista ante cuya demanda reconvino el comitente no puede pretender que la acción de éste se ejercite en ese mismo proceso frente al arquitecto, cuando este último no era parte litigante. (**Sentencia 29 de julio de 1991**; no ha lugar).

**HECHOS.**—Finalizadas las obras, la empresa constructora demanda al comitente el pago de la cantidad que éste retuvo para subsanar los posibles defectos de construcción. La parte demandada formula reconvencción pidiendo se descuenta del total cierta cantidad para efectuar la reparación de diversos desperfectos. En ambas instancias hubo estimación parcial de las demandas inicial y reconvenccional. En casación, alega la empresa constructora infracción del art. 1591 Cc por «inaplicación indebida» y que el demandado que reconvino debió dirigir su acción frente al arquitecto. (*C.J.D.*).

# REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

## «PREMIO SAN RAIMUNDO DE PEÑAFORT»

Por acuerdo del Pleno de Numerarios de la Corporación de fecha 15 de febrero de 1993 y con el mecenazgo de la Fundación Banesto, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación ha instituido un premio denominado «San Raimundo de Peñafort» que tiene por objeto fomentar la creación en materia jurídica y galardonar las obras que lo merezcan.

En virtud de ello, se convoca el citado premio de acuerdo con las siguientes

### B A S E S

- 1.<sup>a</sup>—Podrán aspirar al premio los autores de obras monográficas, originales e inéditas, que versen sobre un tema monográfico de DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS.
- 2.<sup>a</sup>—El premio estará dotado con la cantidad de TRES MILLONES DE PESETAS (3.000.000).
- 3.<sup>a</sup>—Las obras presentadas a concurso habrán de estar escritas en alguna de las lenguas oficiales de España o de sus Comunidades Autónomas o en las de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. Deberán presentarse en forma rigurosamente anónima, distinguiéndose con un lema cuya identificación se encontrará en una plica, cerrada y sellada, en la que se hará constar el nombre, los apellidos, el domicilio del autor y el primer renglón de su trabajo.
- 4.<sup>a</sup>—Las obras que se presenten al premio habrán de poseer una extensión mínima de trescientos (300) folios mecanografiados a un solo espacio y no podrán ser o haber sido tesis doctorales.
- 5.<sup>a</sup>—En ningún caso podrán aspirar al premio los Académicos de Número de la Corporación.
- 6.<sup>a</sup>—Los trabajos habrán de presentarse en la secretaría de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Marqués de Cubas número 13, 28014 MADRID) antes de las veinte horas del día 30 de diciembre de 1993.
- 7.<sup>a</sup>—El premio será discernido por una comisión constituida por cinco Académicos de Número, elegidos por el pleno de la Real Academia.
- 8.<sup>a</sup>—Por mayoría de la comisión el premio podrá ser declarado desierto.
- 9.<sup>a</sup>—La concesión del premio y el autor premiado serán dados a conocer en sesión pública que celebrará la Corporación antes del día 30 de junio de 1994.
- 10.<sup>a</sup>—Los trabajos no premiados serán devueltos a sus respectivos autores.

Madrid, quince de febrero de mil novecientos noventa y tres.  
EL ACADEMICO, SECRETARIO GENERAL.  
Luis Díez-Picazo y Ponce de León

