

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVI
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
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 CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

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

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Ex-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	
PUIG FERRIOL, Luis: <i>La Casación Civil ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (1989-1990)</i>	489
RODRIGUEZ TAPIA, José Miguel: <i>Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil</i>	511
DORAL GARCIA, J. A.: <i>Reparación y sanción. El Cumplimiento de las Obligaciones en forma específica</i>	589
BLASCO GASCO, Francisco de P.: <i>Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC.</i>	599
FERNANDEZ VILLA, José: <i>El Pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al art. 1.369 CC.</i>	643
LOPEZ PEREZ, Jerónimo: <i>Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges</i>	747

Estudios Legislativos

- RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: *Notas sobre la nueva Ley del Contrato de Agencia* 765

Información Legislativa

- A cargo de Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ 811

Bibliografía

- LIBROS:** CAFFARENA, Jorge: *El Régimen Jurídico de las fundaciones: Estudio para su reforma*, por Alma M.^a Rodríguez Guitián.—DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille: «*Les grands systèmes de droit contemporains*», por Gabriel García Cantero.—GONZALEZ PEREZ, Jesús: *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, por Alma M.^a Rodríguez Guitián.—LORCA MARTINEZ, José: «*El fraude en la transmisión de Bienes*», por Carmen Jerez Delgado.—LORENZO MERINO, F. J.: «*El Derecho civil de Galicia y la propuesta de Compilación de 22 de marzo de 1991*», por Teodora F. Torres.—PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C.: *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, por J. M. Rodríguez Tapia.—RODRIGUEZ TAPIA, José Miguel: «*La cesión en exclusiva de los derechos de autor*», por Juana Marco Molina.—ROJO AJURIA, Luis: «*La compensación como garantía*», por Remedios Aranda Rodríguez.—YAÑEZ YAÑEZ, P.: «*La reapertura de la Quiebra*», por Carmen Jerez Delgado 893

REVISTAS ESPAÑOLAS

- A cargo de Isabel ARANA DE LA FUENTE 867

Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

I. SENTENCIAS COMENTADAS:

- «*Precio Ilegal: ¿Un salto atrás en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo? (Comentario a las SS. de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992)*», por ANTONIO GORDILLO 893
- «*Sobre la no aplicación efectiva de un principio general de responsabilidad contractual por los auxiliares de cumplimiento del deudor (A propósito de la Sentencia TS 22 de febrero de 1991)*», por FRANCISCO JORDANO FRAGA 915
- «*Tutela de Hecho. Derogación de la Regla, contra non valentem agere non currit praescriptio. Dies a quo: Prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual. Accidente de circulación (Comentario a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992)*», por M.^a ANGELES PARRA LUCAN ... 937
- «*La Indemnización del artículo 98 del Código Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)*», por MANUEL LEON GONZALEZ 961
- «*Incapacidad sobrevenida de una Albacea mancomunado y la condición de matrimonio con beneplácito de un tercero (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1991)*», por EMILIANO MUÑOZ DE DIEGO 973

II. SENTENCIAS

- A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ. Colaboran: Esther ALGARRA PRATS, Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Ignacio DIAZ DE LEZCANO, Gema DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Gerardo LEÓN VILLAMAYOR, Francisco LLEDO YAGÜE, Inmaculada HERBOSA MARTINEZ y Aurea RAMOS MAESTRE ... 987

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 547 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVI
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
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.

La casación Civil ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (1989-1990)

LUIS PUIG FERRIOL

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

SUMARIO: 1.—El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. 2.—Competencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para conocer de determinados recursos de casación. 3.—El Derecho Civil catalán en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: 3.1.—Jurisprudencia sobre derecho de familia. 3.2.—Jurisprudencia sobre derecho de sucesiones. 3.3.—Jurisprudencia sobre derechos reales. 3.4.—Jurisprudencia sobre obligaciones y contratos.

1. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

El artículo 32.1 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial (LDPJ) previene que «la constitución de los Tribunales Superiores de Justicia tendrá carácter preferente dentro de la programación a que se refiere el artículo 62 de esta Ley»; y añade el apartado 4 del propio artículo que «una vez hayan sido nombrados los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial propondrá el nombramiento de los Presidentes de los expresados Tribunales y fijará la fecha, que será publicada en el «Boletín Oficial del Estado», en la que tendrá lugar la toma de posesión de los miembros del Tribunal y su constitución, sin perjuicio de la publicación en el «Boletín Oficial» de la Comunidad Autónoma correspondiente». De acuerdo con lo prevenido en las transcritas disposiciones, el Real Decreto 482/1989, de 27 de abril, nombró los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, con destino a las correspondientes Salas de lo Civil y Penal. Y por último interesa recordar aquí el Acuerdo de 10 de mayo de 1989, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se dispone la constitución del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuya constitución, la toma

de posesión de sus miembros y el inicio de la competencia de sus Salas tuvo lugar el día 23 de mayo de propio año.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es un órgano jurisdiccional del Estado, relacionado territorialmente con la Comunidad Autónoma catalana por razón de su ubicación. Ello es así por cuanto según el artículo 149.1, 5.^a de la Constitución española (CE) el Estado tiene competencia exclusiva sobre «Administración de Justicia», lo cual equivale a negar que las Comunidades Autónomas puedan crear sus propios órganos jurisdiccionales; y por tanto los Tribunales Superiores de Justicia —en nuestro caso el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña— es un órgano jurisdiccional del poder judicial único del Estado. Con particular referencia al caso de Cataluña, parece oportuno recordar que dicho Tribunal representa un complemento muy oportuno de la atribución a la Comunidad Autónoma catalana de una competencia exclusiva en lo referente a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio. En el sentido de que la existencia de un derecho civil propio es conveniente vaya acompañada de unos órganos jurisdiccionales, investidos de la función de aplicar y de interpretar este derecho de acuerdo con los principios generales que lo informan (cfr. art. 1 II y disposición final 4.^a de la *Compilación del Derecho civil de Cataluña: CDC*). Y de ahí que se atribuya una especial relevancia a la especialización en el derecho civil propio para la provisión de plazas en los Tribunales Superiores de Justicia (véase el art. 303.3 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ*); previsión que aparece también en el artículo 23.1 del *Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC)*, en el cual se previene que «los concursos oposiciones y nombramientos para cubrir las plazas vacantes en Cataluña de Magistrados, Jueces, Secretarios judiciales y restante personal al servicio de la administración de justicia se efectuarán en la forma prevista en las *Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial* y en ellos será mérito preferente la especialización en Derecho catalán. En ningún caso podrá establecerse la excepción de naturaleza o vecindad».

Por cuanto hace referencia a la denominación de «Tribunal Superior de Justicia de Cataluña», debe señalarse que la misma se deriva de lo prevenido en el artículo 19 EAC y artículo 71 LOPJ. Y con referencia a la sede del mismo, parece oportuno indicar que de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional 2.^a LOPJ y el artículo 7.1. LDPJ, había de establecerse en la ciudad donde hubiese tenido su sede la Audiencia Territorial al tiempo de la entrada en vigor de la *Ley orgánica del Poder Judicial*, es decir, la ciudad de Barcelona.

La jurisdicción de los Tribunales Superiores de Justicia, y por tanto también la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se establece de acuerdo con unos criterios estrictamente territoriales (cfr. art. 71 LOPJ y art. 2.1. LDPJ), de lo cual resulta que dicho Tribunal tiene jurisdicción en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma catalana. Que según el artículo 2.^o EAC es el de las comarcas comprendidas en

la provincias de Barcelona, Girona, Lleida y Tarragona en el momento de promulgarse el Estatuto.

De acuerdo con lo prevenido en el artículo 72.1 LOPJ, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña está integrado por las siguientes Salas: de lo Civil y penal (concentradas en una sola Sala), de lo Contencioso-administrativo y de lo Social. En este trabajo se abordan únicamente determinadas cuestiones sobre los recursos de casación que resuelve la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

2. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA PARA CONOCER DE DETERMINADOS RECURSOS DE CASACION

Como es bien conocido, el anterior artículo 1686 de la Ley de enjuiciamiento civil (Lec) establecía que «el conocimiento del recurso de casación en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo». Esta competencia exclusiva del Tribunal Supremo para conocer de los recursos de casación en materia civil podía entenderse que se mantendría tras la vigencia de la actual Constitución española de 1978, toda vez que su artículo 123.1 previene que «el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales». Pues el precepto constitucional de una forma u otra enlaza con la naturaleza jurídica que tradicionalmente se predica del recurso de casación, es decir, como recurso establecido con el designio fundamental de unificar los criterios sobre aplicación de las normas legales y consuetudinarias; y en consonancia con esta idea precisa el apartado VI del preámbulo de la antes referida Ley de Demarcación y de Planta Judicial que se encomienda al Tribunal Supremo la «labor de unificar la interpretación del ordenamiento jurídico efectuada por todos los Juzgados y Tribunales, con el carácter de supremo garante del principio de legalidad y de la unidad de acción del Poder Judicial en su conjunto». Pero tras la vigencia de los Estatutos de Autonomía esta afirmación debe ser matizada, puesto que si bien es cierto que el artículo 53 LOPJ insiste en el criterio de que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, que tiene jurisdicción en toda España y que ningún otro órgano jurisdiccional podrá tener el título de Supremo, lo cierto es que actualmente el Tribunal Supremo comparte con determinados Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer de los recursos de casación que se refieren al derecho civil propio de las Comunidades Autónomas.

Por cuánto hace referencia al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, su competencia para conocer de determinados recursos de casación en materia civil tiene su origen en el artículo 19 EAC, en el cual

se previene que «el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña... es el órgano jurisdiccional en el que culminará la organización judicial en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales, en los términos del artículo 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto»; y añade el siguiente artículo 20.1 de la propia norma estatutaria que «la competencia de los órganos jurisdiccionales en Cataluña se extiende: a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho civil catalán». La Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 respeta estas previsiones estatutarias, pues según su artículo 73.1, «la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: a) Del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución». El precepto suscitaba importantes dudas sobre competencia para conocer de los recursos de casación, cuando en el recurso se invocaba la infracción de norma del derecho civil propio de la Comunidad Autónoma y la infracción de normas de derecho civil común o general, problema de no fácil solución, y que con plausible criterio resolvió el artículo 54.1, a) LDPJ en el sentido de que «cuando el recurso de casación se fundamente conjuntamente en infracción de normas de Derecho civil común y de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad, corresponderá entender de él a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, excepto si se fundamenta en la infracción de un precepto constitucional, supuesto en el que la competencia corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo»; y añade el apartado f) del propio artículo que «si el Tribunal Supremo, en la decisión del recurso, estimase que no concurre la infracción del precepto constitucional invocada, si además se hubiese fundado en infracciones de normas de Derecho civil, foral o especial, remitirá las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia que corresponda, en el plazo de quince días, con emplazamiento de las partes por plazo de diez días».

La reforma de la Ley de enjuiciamiento civil por Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas urgentes de Reforma Procesal, persigue —aparte otras finalidades que aquí y ahora no interesan— adecuar la normativa sobre el recurso de casación a los criterios que resultan de las disposiciones a las que se acaba de hacer referencia. Conviene en este punto recordar el nuevo apartado segundo del artículo 1686 Lec, en el cual se previene que «corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación en los supuestos de infracción de las normas del derecho civil, foral o especial propio de las Comunidades Autónomas en cuyo Estatuto de Autonomía se haya previsto esta atribución, de acuerdo con lo dispuesto en la Sección novena de este Título». Y la Sección novena

del Título XXI del Libro II de la Ley de enjuiciamiento civil pasa a denominarse «Del recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia», que se inicia con el nuevo artículo 1729, según el cual «la competencia atribuida a los Tribunales Superiores de Justicia en la letra a) del apartado 1 del artículo 73 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se ejercitará con arreglo a las normas precedentes, sobre el recurso de casación con las particularidades que se establecen en los artículos siguientes, debiendo entenderse las referencias de aquéllas a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo como hechas a las Salas de lo Civil y Penal del correspondiente Tribunal Superior de Justicia». Los siguientes artículos 1730, 1731 y 1732 Lec reproducen esencialmente las previsiones que se contienen en el ya referido artículo 54 LDPI.

Este reparto de competencias entre el Tribunal Supremo y —en el caso que aquí se considera— el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en sede de recursos de casación en materia civil no ha provocado conflictos en la práctica, puesto que las previsiones que se contienen en los preceptos a los que se acaba de hacer referencia, han permitido solucionar sin mayores dudas qué órgano jurisdiccional era el competente para conocer de un recurso de casación. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones sobre el tema. La primera en el auto de 14 de febrero de 1991, en el cual se establece la competencia del Tribunal Supremo para conocer del recurso de casación fundamental en el artículo 708 Lec y en la errónea apreciación de las pruebas practicadas, por cuanto según el artículo 149.1.6.^a CE la legislación procesal es competencia exclusiva del Estado, y por tanto la supuesta infracción de normas procesales supone la infracción de normas de derecho común o general y no de normas propias de derecho civil propio de la Comunidad Autónoma catalana, lo cual determina que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no puede estimarse competente para resolver el mentado recurso de casación. Y lo propio sucedía con el siguiente motivo de casación, en el que se alegaba infracción del artículo 42 de la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974 y del artículo 74 de su Reglamento, así como infracción del artículo 1214 del Código civil (C.c.), pues ninguno de ellos encaja en el concepto de «Derecho civil catalán» o de «Derecho Civil, Foral o Especial, propio de la Comunidad», que permitirían justificar la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para conocer de este recurso de casación.

El segundo pronunciamiento se contiene en el auto de 9 de enero de 1992 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el cual se establece igualmente la competencia del Tribunal Supremo para conocer del recurso de casación. En este caso porque el recurso se fundamentaba en la infracción de normas procesales y de preceptos del Código civil relativos a la prueba. Y precisa además que «para determinar la atribución al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior es esencial la infracción que se denuncie en el encabezamiento del motivo; ello es lo

trascendente y no lo que luego se pueda decir en el razonamiento sobre pertinencia y fundamentación».

3. EL DERECHO CIVIL CATALAN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Durante los años 1989 y 1990 el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha dictado trece sentencias resolviendo otros tantos recursos de casación, de las cuales una corresponde al año 1989 y las doce restantes al año 1990. Diez de estas sentencias desestiman el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la correspondiente Audiencia Provincial, una sola sentencia estima el recurso de casación interpuesto por la parte recurrente y las dos restantes lo estiman en parte.

Como ha quedado indicado, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es competente en materia de recursos de casación cuando el recurso se fundamenta en infracción de normas del derecho civil propio de Cataluña. Aquí me limitaré a reseñar las cuestiones de derecho civil catalán que se contemplan en las sentencias de casación dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, haciendo —pues— abstracción de las demás cuestiones de derecho civil común o general y procesal que abordan también las referidas sentencias. Y ello por cuanto el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sólo puede establecer jurisprudencia al resolver —en sede de casación— cuestiones de derecho civil propio de la Comunidad Autónoma catalana. En contra de esta postura ciertamente puede alegarse que según el artículo 1.6 C.c. únicamente puede complementar el ordenamiento jurídico la jurisprudencia «con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el *Tribunal Supremo* al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». Una interpretación puramente literal del precepto —cuya subsistencia no se discute— constituye un serio argumento a favor de la tesis de que la facultad de crear jurisprudencia, sigue radicando únicamente en el Tribunal Supremo. Con todo no parece que esta tesis haya de prevalecer. En primer lugar porque el referido artículo del Código es anterior a la Constitución, y por tanto el mismo debe interpretarse de acuerdo con los principios constitucionales, según resulta del artículo 5.º LOPJ. Y en segundo lugar porque el criterio del legislador actual parece orientarse en el sentido de querer establecer una situación de equiparación entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia a la hora de delimitar sus competencias en materia de recursos de casación. Postura que sintetiza el nuevo artículo 1729 Lec con la afirmación «debiendo entenderse la referencia de aquéllas (norma sobre el recurso de casación) a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo hechas a la Sala de lo Civil y Penal del correspondiente Tribunal Superior de Justicia».

Cabe alegar también en apoyo de las tesis que aquí se sustenta, la disposición final 2.^a CDC, en cuanto admite expresamente que la doctrina jurisprudencial del extinguido Tribunal de Casación de Cataluña, en materia de derecho civil catalán, no modificado por disposiciones posteriores, puede ser invocada como doctrina legal a los efectos del recurso de casación. Y si bien es cierto que la misma se refiere únicamente a la jurisprudencia del Tribunal de Casación de Cataluña, no parece exista inconveniente insuperable que impida hacer extensiva la finalidad del precepto a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Pues se trata de un órgano jurisdiccional radicado en Cataluña y creado con la finalidad de resolver en última instancia cuestiones de derecho civil catalán, de suerte que desde esta perspectiva el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña aparece como una particular manifestación de la figura que se conviene en denominar el «juez natural competente», que en este caso lo es por razón de la norma —el derecho civil catalán— en que se fundamenta el recurso de casación. Y no se olvide, finalmente, que en el contexto del derecho civil catalán la jurisprudencia —tanto la antigua como la moderna— es uno de los elementos que invoca el artículo 1 II CDC para interpretar y para integrar la Compilación y las otras normas de derecho civil catalán.

A la luz de estas consideraciones, se hará en las páginas siguientes una reseña de las cuestiones de derecho civil catalán sobre las cuales ha tenido ocasión de pronunciarse —en sede de casación— el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Con el fin de poner un poco de orden en esta reseña, se agrupan las sentencias tomando como punto de partida la sistemática que resultaba de la Compilación del derecho civil de Cataluña que, como se sabe, adoptaba la siguiente sistemática: Libro I, de la familia; Libro II, de las sucesiones; Libro III, de los derechos reales; y Libro IV, de las obligaciones y contratos y de la prescripción.

3.1. Jurisprudencia sobre derecho de familia

Diferentes cuestiones de derecho familiar catalán se contemplan en las siguientes sentencias de casación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

I. SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1990, *José y Montserrat Prous Rabadá c/ Concepción Prous Severo*: heredamientos a favor de los contrayentes y su irrevocabilidad, transmisibilidad de la condición de heredero en los heredamientos a favor de los contrayentes, heredamiento a favor de los hijos de los contrayentes y su naturaleza jurídica, heredamiento preventivo, necesidad de la aceptación de la herencia en los heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes, cuarta trebeliánica y prescripción del derecho a aceptar la herencia.

Esta sentencia, que contempla fundamentalmente diversas cuestiones que hacen referencia a los heredamientos capitulares catalanes, se incluye en el apartado relativo al derecho de familia siguiendo la sistemática de la Compilación, que los incluye en el título IV de su Libro I «de la familia». Pese a que debe estimarse más correcta la ubicación de los heredamientos en el derecho sucesorio catalán, como hace el actual Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña (aprobado por Ley del Parlamento catalán 40/1991, de 30 de diciembre), que los regula en su título II, artículos 67 a 100.

Los hechos que dan origen al presente recurso de casación son en síntesis los siguientes. Con motivo del entonces proyectado matrimonio entre D. José Prous Rauet y D.^a María Severo Castañé se otorgó con fecha de 17 de marzo de 1927 una escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que los padres de la contrayente ordenaron un heredamiento a su favor con reserva del usufructo a favor de los heredantes y con facultad de poder disponer de los bienes comprendidos en el heredamiento a título oneroso sin intervención ni consentimiento de ninguna otra persona; y en la misma escritura de capitulaciones matrimoniales los futuros cónyuges ordenaron un heredamiento preventivo a favor del primer hijo varón que naciera del proyectado matrimonio. Los referidos cónyuges tuvieron dos hijos, D. José y D.^a Concepción Prous Severo (ésta última demandada y recurrida en el litigio). D.^a María Severo Castañé falleció intestada en el año 1932 y su padre D. Vicente Severo Tabas durante los años 1956 y 1957 vendió a su nieta D.^a Concepción Prous Severo unas fincas comprendidas en el heredamiento, falleciendo el vendedor en el año 1961. A su vez D. José Prous Severo falleció en el año 1957 dejando dos hijos, D. José y D.^a Montserrat Prous Rabadá, actores y recurrentes en el litigio, que interpusieron demanda contra su tía D.^a Concepción Prous Severo, en la que interesaban se declararan nulas por simulación las compraventas de las referidas fincas hechas por el heredante a favor de su nieta y, subsidiariamente, la ineficacia de estos contratos por encubrir una donación a favor de la nieta hecha en fraude del heredamiento; y que como consecuencia de este heredamiento la heredera D.^a María Severo Castañé transmitió su expectativa sucesoria capitular a su hijo primogénito D. José Prous Severo en virtud del heredamiento preventivo contenido en las mismas capitulaciones matrimoniales y que dicho hijo —a su vez— transmitió sus expectativas sucesorias a sus hijos D. José y D.^a Montserrat Prous Rabadá (actores en el litigio).

La demanda se opuso a tales pretensiones alegando, en cuanto ahora interesa, que los actores no habían acreditado la condición de herederos de su padre, de su abuela ni de su bisabuelo, que había prescrito el derecho a aceptar la herencia de su abuela D.^a María Severo Castañé (fallecida en el año 1932 y la demanda que da origen al presente recurso se presentó en el año 1989) y negando que fueran simuladas las

compraventas a que antes se ha hecho referencia, que según la demandada realizó el heredante en ejercicio de las facultades dispositivas que se había reservado. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Barcelona desestimaron la demanda en base a que había prescrito el derecho de los actores a aceptar la herencia de su abuela paterna D.^a María Severo Castañé.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirma la sentencia recurrida con base a los siguientes razonamientos. En los heredamientos a favor de los contrayentes el instituido adquiere con carácter irrevocable la condición de heredero del heredante según el artículo 67 I CDC (en el mismo sentido art. 71 I del Código de sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña: CS) y por ello aunque el heredero premuera al heredante, transmite a sus hijos su cualidad de heredero según el artículo 79 I CDC (actualmente art. 83 I CS). Los recurrentes pretendían aplicar este régimen establecido en el artículo 79 CDC para los heredamientos a favor de los contrayentes al heredamiento preventivo contenido en las mismas capitulaciones matrimoniales, es decir, pretendían que D. José Prous Severo había llegado a ser heredero de su madre D.^a María Severo Castañé (heredera en el heredamiento ordenado a su favor) sin necesidad de tener que aceptar la herencia, puesto que su madre le había transmitido su condición de heredera instituída en el primer heredamiento. Pretensión que rechaza la sentencia de casación, por cuanto en los heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes el requisito de la aceptación para convertirse en heredero, que con carácter general exigía el artículo 98 I CDC (y ahora el art. 5 CS), no se da en el momento de convenirse el heredamiento, sino que en todo caso opera en un momento posterior. Por tanto el instituido heredero en el heredamiento preventivo que da origen al presente recurso, sólo podía aceptar la herencia materna después de la muerte de su madre, según resultaba del artículo 86 CDC (y ahora del art. 90 CS), que exigen —para la eficacia de estos heredamientos— el requisito de la sobrevivencia del heredero al heredante, y por ello no prospera el primer motivo del recurso, que pretendía aplicar al heredamiento preventivo lo dispuesto en el artículo 79 del texto compilado para los heredamientos a favor de los contrayentes, en los cuales la aceptación de la herencia ya ha tenido lugar de forma eficaz al tiempo de convenirse el heredamiento.

Estos argumentos llevan igualmente a la desestimación del segundo de los motivos de casación, en el que se alegaba infracción del artículo 257 I CDC, según el cual «el derecho del heredero a aceptar o repudiar la herencia prescribe a los treinta años a contar desde que se le defirió» (para el derecho actual, art. 28 I CS). Por cuanto habiendo fallecido D.^a María Severo Castañé, heredera instituída en el heredamiento, el año 1932, a partir de este momento su herencia se defirió a su hijo D. José Prous Severo, instituído en el heredamiento preventivo,

que, según resulta de las actuaciones, en ningún momento llegó a aceptarla y sus hijos sólo manifestaron querer aceptar esta herencia en la demanda presentada en el año 1989, cuando ya había transcurrido con exceso los treinta años que establece la ley para aceptar. Como también se rechaza la pretensión de los recurrentes, de que este plazo de treinta años había de computarse a partir del año 1961, en que falleció el primer heredante, bisabuelo de los actores. Por cuanto la hija instituída heredera en el heredamiento otorgado a su favor ya había adquirido irrevocablemente la condición de heredera, y aunque premurió a su padre heredante, transmitió a su hijo —instituído heredero en el heredamiento preventivo— su condición de heredera, con la consiguiente posibilidad de poder aceptar inmediatamente su herencia desde aquel momento, que determinaba además el inicio del plazo de prescripción para aceptar o repudiar.

II. SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1990. *Margaret Mogen-dorf Scharlach c/ Textil Santanderina, S.A. y Veremundo Bertrám Vilaseca*: concepto y naturaleza jurídica de las compras con pacto de sobrevivencia, efectos de las compras con pacto de sobrevivencia en relación con los acreedores de los cónyuges y embargo de bienes comprados con pacto de sobrevivencia.

Se contempla en esta sentencia de manera fundamental la problemática jurídica en relación con los bienes comprados con pacto de sobrevivencia, institución que se regula en los artículos 61 y 62 CDC, en los cuales no se encuentra previsión alguna con respecto a la cuestión que aquí se suscita, que se centra en el embargo practicado en el año 1985 sobre la mitad indivisa que correspondía al marido sobre la finca comprada en el año 1972 con el referido pacto de sobrevivencia; que motivó la correspondiente anotación preventiva de embargo sobre dicha mitad indivisa, «dejando a salvo los derechos que sobre la expresada mitad indivisa del demandado tiene su nombrada esposa, en virtud del pacto de sobrevivencia». La esposa formuló demanda de tercera de dominio contra el marido y la sociedad embargante, en la que interesaba se declarara que como consecuencia del pacto de sobrevivencia, la finca no podía ser embargada por deudas contraídas por el marido, pretensión que fue desestimada en primera instancia y en apelación.

El segundo de los fundamentos de derecho de la sentencia de casación se hace eco de las controversias que suscita la naturaleza jurídica de las compras con pactos de sobrevivencia, y que se centran en primer lugar a su configuración como un negocio unitario, como un supuesto de dualidad contractual o como una figura híbrida o *sui generis* con peculiaridades propias; y considera después la posible asimilación de esta figura con otras instituciones más conocidas, como pueden ser la donación por causa de muerte, el heredamiento mutuo, el fideicomiso condicional recíproco o como un caso de sucesión contractual entre

cónyuges y con unas referencias finales sobre la calificación de la comunidad que en este caso se crea y su posible adscripción a la categoría de la comunidad según el modelo romano o germánico. Y señala el mismo fundamento de derecho que «parece incuestionable que la finalidad de la institución jurídica se halla en actuar a modo de paliativo o correctivo del régimen de separación de bienes».

El siguiente fundamento de derecho plantea las diversas soluciones que se han dado al controvertido problema del embargo de los bienes comprados con pacto de sobrevivencia, como son la de admitir el embargo de la mitad indivisa y su plena realización en vía de apremio, que originará la transformación de la comunidad germánica que origina el pacto de sobrevivencia en una comunidad de tipo romano con extinción del pacto de sobrevivencia y consiguiente posibilidad de instar la división de la cosa común (tesis de la resolución de 29 de diciembre de 1977); una segunda solución semejante a la anterior, pero con la variante de excluir la acción de división de la comunidad, que comporta crear una comunidad ordinaria temporal entre el tercer adjudicatario y el cónyuge no deudor, a la que pondría fin la muerte de uno de los cónyuges y producido este evento, operaría en toda su plenitud el efecto expansivo del pacto, pues el embargo comprendería la titularidad de la mitad indivisa sujeta a condición resolutoria y también podrá comprender el derecho expectante sobre la otra mitad sujeta a condición suspensiva; una tercera solución, que permitiría circunscribir el embargo a los derechos que el deudor ejecutado pudiese tener —mitad indivisa y derecho expectante— pero sin otra posibilidad que su cabal efectividad en el momento en que aquél sea el sobreviviente por premoriencia de la esposa; y una cuarta posibilidad —tesis de la actora y recurrente—, que consiste en entender que el bien comprado con pacto de sobrevivencia, queda a salvo de la acción de los acreedores particulares de uno de los cónyuges.

En atención a las particularidades que concurrían en el caso que da origen al presente recurso de casación —el pacto de sobrevivencia se hizo constar en el Registro de la Propiedad y tuvo lugar varios años antes de concertarse el crédito que determinó el embargo—, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acoge el segundo de los criterios expuestos, es decir, admite el embargo de la mitad indivisa del cónyuge ejecutado y su derecho expectante a la otra mitad, pero sin que el adjudicatario pueda interesar la división de la comunidad, de suerte que si premuere el cónyuge deudor, el adjudicatario pierde todo derecho sobre el bien y si sobrevive el cónyuge deudor, el adjudicatario será propietario exclusivo del bien comprado con pacto de sobrevivencia.

III. SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1990, *Antonio Pueyo Font c/ Natalia Bordas Díaz*: donaciones por razón de matrimonio y donaciones esponsalicias.

En este recurso se contempla fundamentalmente el régimen jurídico aplicable a unas donaciones de unas fincas hechas por el actor a favor de la demandada, cuya revocación interesaba a aquél por haberse negado la donataria a contraer matrimonio con el actor, pues según éste tales donaciones las efectuó en contemplación a un futuro matrimonio entre los litigantes. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda, que fue revocada por la Sección 13 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Contra dicho fallo interpuso el actor recurso de casación, que fue desestimado.

El cuarto de los motivos de casación, formulado por el actor y recurrente, alegaba infracción del artículo 17 CDC relativo a las donaciones esponsalicias, que según el apartado primero del precepto son «los regalos, obsequios o presentes de costumbre de uno de los esposos al otro en contemplación del matrimonio y los que, por tal motivo, les otorguen otras personas»; y añade el apartado tercero del artículo que «las donaciones esponsalicias están supeditadas al hecho de que llegue a celebrarse el matrimonio y, si éste no se efectúa, el donante podrá reclamar la restitución de lo donado sin más deterioro que el que hubiere tenido por su uso». El cuarto fundamento de derecho de la sentencia rechaza que aquí se trate de unas donaciones esponsalicias. En primer lugar por entender que no se contemplan —en el caso del recurso— unas donaciones en contemplación a un matrimonio, sino unas donaciones hechas por el actor y ahora recurrente a favor de la demandada en atención a la convivencia de los mismos cuando se realizaron dichas liberalidades. Y en segundo lugar porque el concepto de donaciones esponsalicias que resulta del referido artículo 17 CDC, sólo es aplicable a las donaciones ordinarias o corrientes —típicos regalos de boda— hechos en atención a la celebración del matrimonio en prueba de afecto o cariño; y en el caso del recurso se precisa que no pueden considerarse donaciones esponsalicias las que recaen sobre un piso y dos plazas de aparcamiento «tanto más si se razona que el primero estaba destinado a ser domicilio de la pareja, lo que entronca con la noción del patrimonio o economía doméstica que se incardina más en el ámbito del art. 13 y concordantes que en el del 17, y se tiene en cuenta que según el actor donó a la Sra. Bordas algunos muebles de los antes expresados».

En el quinto y último motivo de casación alegaba el recurrente infracción del artículo 12 (actual art. 13) CDC relativo a las donaciones por razón de matrimonio. Motivo que igualmente se desestima, por cuanto como se ha dicho antes, se confirma el criterio de la sentencia recurrida, que estima que las donaciones de autos no se realizaron por razón de matrimonio, sino en atención a la convivencia de los ahora litigantes. Y acaba el fundamento de derecho sexto haciendo unas precisiones sobre las diferencias jurídicas que existen entre las donaciones esponsalicias y las donaciones por razón de matrimonio.

3.2. Jurisprudencia sobre derecho de sucesiones

La normativa catalana en sede de sucesiones por causa de muerte aparece en las siguientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña:

I. SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1989, *Trinidad Boneta Burgés c/ Antonio, Dolores y Matilde Olivé Ollé*: naturaleza jurídica, presupuestos, cálculo e imputaciones a la cuarta viudal, naturaleza jurídica y contenido del año de luto y tradición jurídica catalana.

Ante un supuesto de reclamación de la cuarta viudal, el fundamento de derecho segundo de la sentencia de casación configura la institución como una compensación legal del desequilibrio producido por la situación de viudedad a favor del cónyuge sobreviviente, establecido para corregir los posibles resultados injustos que pueden derivarse de un régimen económico conyugal de separación de bienes, precisamente porque el cónyuge sobreviviente no tiene la condición de legitimario en el sistema sucesorio catalán. Añade el fundamento de derecho tercero que los presupuestos del derecho a reclamar la cuarta viudal son que el cónyuge sobreviviente no tenga bienes —ya sean privativos o que pueda exigir con cargo a la herencia del cónyuge premuerto— que le permitan vivir congruamente y que esta congruencia debe ponderarse por medio de los parámetros nivel de vida que tenía el matrimonio y cuantía del caudal hereditario; y con invocación a la sentencia del Tribunal de Casación de Cataluña de 8 de marzo de 1937 se precisa que la ponderación de estos parámetros queda al arbitrio judicial, que no es absoluto, por cuanto la cuestión debe resolverse según la cualidad o condición de las personas; lo cual aboca a una cuestión de relatividad, que no se establece comparando el valor económico del patrimonio de cada cónyuge, sino una relatividad fundada en la comparación del nivel de vida que correspondía a la viuda mientras vivía el marido comparándolo con el que puede llevar en la situación de viudedad, pues la cuarta viudal no es un lucro hereditario, sino un medio de subsistencia conferido al cónyuge viudo.

Estas consideraciones llevan, en el caso de la sentencia, a la tesis de que para calificar y determinar la situación económica del cónyuge sobreviviente con derecho a la cuarta viudal, se debe computar el derecho de usufructo legado a favor del cónyuge sobreviviente, pues con esta previsión del premuerto puede evitar que surja el derecho a reclamar la cuarta viudal. Como se tiene en cuenta también el beneficio que obtenga el cónyuge sobreviviente por el hecho de percibir unas pensiones de viudedad con cargo a la seguridad social, así como el beneficio que obtiene el supérstite por el hecho de poder ocupar un piso propiedad del premuerto mediante el pago de un alquiler prácticamente simbólico.

Contempla también la referida sentencia determinadas cuestiones en relación con el año de luto, que configura jurídicamente como un derecho autónomo y temporal establecido por la ley en función del régimen económico conyugal de separación de bienes, que se convierte en eficaz desde la muerte de uno de los cónyuges y que tiene un cierto paralelismo con la pensión compensatoria que establece la ley para los casos de crisis matrimonial. Y con base a estos razonamientos se casa —parcialmente— la sentencia recurrida, que ordenaba detraer del año de luto el cuarenta y cinco por ciento de las cantidades percibidas por la actora como prelegataria en la herencia del difunto marido, pues el año de luto es un derecho matrimonial autónomo, que permite a la viuda disfrutar de todas las rentas que produzca el patrimonio del premuerto durante el referido período de tiempo.

II. SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1990, *Luisa Gasa Sorigué y Agustín Sol Gasa c/ Celia Sol Gasa*: cumplimiento y entrega de legados, inscripción del legado a favor del legatario, reducción de legados, legado de usufructo universal y prescripción extintiva según el derecho civil de Cataluña.

Contempla esta sentencia un caso de entrega o cumplimiento de legados. Según el artículo 222 II CDC «sin consentimiento de la persona gravada o, en su caso, de la favorecida para la entrega no podrá el legatario tomar posesión por su propia autoridad de la cosa legada» (para el derecho actual véase art. 271 III CS), excepto —aparte otros supuestos que ahora no interesan— en el caso de que el legado sea de usufructo universal, según el apartado III del propio precepto compilado (y art. 271 IV CS). En el caso de la sentencia el marido había legado a su esposa la propiedad de dos casas y el usufructo de todos sus restantes bienes y derechos, y a la vista de esta disposición se estima —confirmando las sentencias recurridas— que se está ante un legado de usufructo universal, que permite al legatario tomar por sí mismo posesión del legado. Doctrina que se estima aplicable aunque se trata de un supuesto que había de regirse por el derecho civil catalán anterior a la Compilación de 1960, pues los referidos preceptos no hacen sino sancionar la práctica comúnmente seguida en Cataluña, según la cual en el supuesto de legado de usufructo universal se entendía que el marido había otorgado a su esposa la facultad de tomar posesión de todos los bienes hereditarios, y esta práctica informó la costumbre seguida en los Registros de Propiedad de Cataluña de no exigir en este caso el requisito de la entrega del legado de usufructo universal por parte del heredero nudo propietario.

El siguiente fundamento de derecho —sexto— de la sentencia de casación hace una aplicación de la conocida doctrina jurisprudencial, según la cual prescriben los derechos, pero no las facultades aisladamente consideradas. Que en el caso del recurso sirva para desestimar la pretensión de la heredera recurrente, que con base a lo prevenido en el artículo 344 CDC, pretendía la declaración de que se había extingui-

do por la prescripción de los treinta años la acción para exigir la entrega del legado de usufructo universal a favor de la viuda del testador. Pues, la viuda adquirió desde la muerte del testador —por su propia autoridad— la posesión de los bienes legados, con lo cual restaba subsistente la facultad de poder exigir el otorgamiento de la escritura pública que exige el artículo 81 RH para la inscripción del legado a favor del legatario, porque se trata de una facultad que forma parte del contenido del derecho que otorga el legado.

III. SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1990, *Pedro y Antonia Rogé Cornellana c/ José Rogé Cornellana*: incapacidad para testar del enfermo mental.

En el caso que dio origen al presente recurso de casación, se interesaba la nulidad del testamento otorgado por el padre de los litigantes, por no encontrarse aquél en su cabal juicio al tiempo de otorgar la disposición de última voluntad. La demanda fue estimada en primera instancia y desestimada en grado de apelación. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirma la sentencia recurrida.

En el primer motivo del recurso se alega infracción de los artículos 663, 665, 685 y 695 C.c., así como infracción del artículo 101 CDC, y la invocación de este último precepto determina la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para conocer de este recurso.

El cuarto fundamento de derecho de la sentencia de casación precisa que «los artículos supuestamente infringidos, incluidos el 101 de la Compilación catalana, que, salvo la particularidad de no exigencia de rogación en los testigos, se remite al Código civil en cuanto a las formalidades exigidas en el testamento notarial, están incluidos en las disposiciones referidas a la capacidad para testar y a la forma que deben revestir los testamentos en general y el testamento abierto en particular» (otra cosa cabría decir para el derecho actual, según los arts. 101 a 109 y 111 CS). En el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestima el recurso de casación invocando la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al *favor testamenti* y al principio de que toda persona debe reputarse en su cabal juicio mientras no se demuestre lo contrario, potenciado en este caso por la aseveración notarial respecto a la capacidad del testador, que sólo puede destruirse por una evidente prueba en contrario.

IV. SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1990, *Claudio Pons Matas c/ Tomás Carreras Bonmatí y otros*: fideicomiso condicional, hijos puestos en condición, sustitución vulgar en fideicomiso, sustitución vulgar e interpretación del testamento.

Se contemplan en esta sentencia diversas cuestiones relacionadas con el típico fideicomiso familiar catalán. El origen del litigio debe situarse en el testamento que con fecha 27 de septiembre de 1898 otorgó D. Alejo Pons Cambrerol, en el que instituía heredero a su hijo D. Claudio Pons Rius, sustituyéndole para el caso de que no llegara a ser heredero o para el caso de que fuese heredero y muriese antes de la

edad de testar o después, pero sin hijos que llegaran a la edad de testar, por los demás hijos del testador, el uno después del otro, con las mismas limitaciones impuestas al instituido. Precisaba el testador que las referidas instituciones y sustituciones las hacía con la prevención de que si moría cualquiera de los llamados a su herencia antes del momento en que le hubiese sido deferida, pero dejando hijos o descendientes, era voluntad del testador que los mismos fueren llamados a la herencia con preferencia a los sustitutos posteriores. El testador falleció en el año 1903 y le sucedió su referido hijo D. Claudio Pons Rius, que con fecha 13 de diciembre de 1903 ordenó un heredamiento preventivo a favor del primer hijo varón que naciera de su matrimonio y el día 15 de mayo de 1968 otorgó testamento en el que instituía heredero a su hijo D. Claudio Pons Matas (actor y recurrente en este litigio). D. Claudio Pons Rius dispuso de varias fincas adquiridas como heredero de su padre y falleció el día 11 de julio de 1968. Su hijo D. Claudio Pons Matas repudió la herencia paterna en escritura pública de fecha 8 de octubre de 1984.

Posteriormente D. Claudio Pons Matas promovió el litigio que da origen al presente recurso de casación contra terceros adquirentes de las fincas que había enajenado su padre, en las que reclamaba las referidas fincas por su condición de heredero fideicomisario de su abuelo D. Alejo Pons Cambrerol. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de Barcelona desestimaron la demanda y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante.

El fundamento de derecho sexto de la sentencia de casación establece que en la cláusula testamentaria que da origen al presente recurso de casación, D. Alejo Pons Cambrerol ordenó una sustitución vulgar en fideicomiso, que «conlleva la inserción en el orden de llamamientos hechos a favor de los hijos del testador, llamados como herederos fideicomisarios, (de) una sustitución vulgar a favor de la descendencia, para el caso de que el primer llamado como fideicomisario no quiera o no pueda suceder cuando se produzca la delación hereditaria a su favor». Esta sustitución vulgar en fideicomiso la establece el testador tanto para el primer hijo instituido heredero fiduciario como para los demás llamados en calidad de herederos fideicomisarios, y por tanto era voluntad del testador que el actor D. Claudio Pons Matas únicamente venía llamado a la herencia fideicomitida como heredero sustituto vulgar de su padre D. Claudio Pons Rius (heredero fiduciario). Y como que éste fue efectivamente heredero y dejó descendencia a su fallecimiento, el actor perdió toda expectativa de suceder en la herencia fideicomitida de su abuelo, a la que venía llamado en calidad de sustituto vulgar en fideicomiso; y desde el momento en que el sustituido se convirtió en heredero, el sustituto vulgar ya no puede llegar a serlo, «puesto que el sustituido y el sustituto vulgar no pueden suceder sucesivamente, sino únicamente uno en defecto de otro».

La precaución que tuvo el testador de ordenar una sustitución vulgar en fideicomiso, hace innecesario examinar toda la problemática que plantea el recurrente en orden al controvertido problema de si el *positus in condicione* ha de entenderse o no llamado a la herencia fideicomitada, que se reduce en el fondo a un problema de interpretación de la voluntad del testador. Que ni siquiera llegó a plantearse en el caso del recurso, pues el propio testador expresó de forma clara su verdadera voluntad con referencia a los derechos sucesorios de los nietos puestos como condición mediante la figura de la sustitución vulgar en fideicomiso.

3.3. Jurisprudencia sobre derechos reales

Con referencia a esta parte del derecho civil que convenimos en denominar derechos reales, derecho de cosas o derechos de bienes el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha tenido ocasión de efectuar los siguientes pronunciamientos durante el período de tiempo aquí acotado.

I. SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1990, *José Luis Pérez Blanco c/ Francisco de Mingo Moros y otros*: servidumbre y límites del derecho de propiedad, servidumbre de luces y vistas, constitución de las servidumbres según el derecho civil de Cataluña, servidumbres que no pueden adquirirse por usucapión y «androna».

La sentencia —fundamento de derecho segundo— evita pronunciarse sobre la posibilidad de que en el derecho civil de Cataluña el derecho real de servidumbre pueda constituirse por la vía del artículo 541 C.c., que es la comúnmente denominada constitución de las servidumbres por signo aparente o por destinación del padre de familia. Pues en el caso del recurso se estima que no concurren los presupuestos fácticos —existencia de signo aparente al tiempo de la separación, falta de prueba que el signo haya sido establecido por el propietario originario de los fundos dominante y sirviente y ausencia de signo externo—, que exige el mentado precepto para la constitución de las servidumbres. Para el derecho civil catalán actual la no vigencia del artículo 541 C.c. se deriva del artículo 7 de la Ley del Parlamento catalán 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad (LANISRV).

El fundamento de derecho sexto de la sentencia de casación hace una precisión con referencia al artículo 203 II CDC, según el cual «no podrá abrirse ventana o construir voladizo, ni aun en pared propia lindante con la del vecino, sin dejar en su terreno propio una «androna» de la anchura fijada por las Ordenanzas o por las costumbres locales, o en su defecto, de un metro en cuadro cuando menos, contado desde la pared o desde la línea más saliente si hubiese voladizo (para el derecho actual véase el art. 40.1 LANISRV). En relación con el precepto compilado precisa la sentencia que los patios de luces a que se refieren las

Ordenanzas Municipales no se asimilan a las «andronas»; y que las Ordenanzas Municipales de Vilanova y La Geltrú nada establecen con referencia a la anchura que debe tener la «androna» que debe prestarse en terreno propio al propietario de un predio gravado con una servidumbre de luces y vistas, por lo cual este silencio debe suplirse con las previsiones del referido artículo 293 II CDC.

Por último y con referencia al artículo 293 I CDC, a cuyo tenor «nadie podrá tener vistas ni luces sobre predio vecino si antes no mira sobre el propio, a menos de tener constituida servidumbre a su favor» (para el derecho actual véase art. 40.1. LANISRV), la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña precisa que dicho artículo no hace referencia a servidumbre alguna *strictu sensu*, sino a un límite que integra el régimen normal u ordinario de la propiedad (y esta es la tesis que acoge la referida Ley catalana 13/1990, según resulta de la ubicación de su art. 40). Y con base a esta configuración resuelve el problema que suscita la relación entre el referido artículo 293 y el artículo 296 I CDC, según el cual «si un predio tiene constituida a su favor servidumbre de luces o de vistas, el dueño del terreno vecino que quiera edificar deberá dejar frente a la misma la androna a que se refiere el artículo 293, salvo que otra cosa establezca el título de constitución; pero podrá abrir ventanas que reciban luz por dicha androna» (para el derecho actual véase art. 26.1 LANISRV). En el sentido de que para determinar la distancia frontal que, habida cuenta la servidumbre de luces y vistas existente ha de respetar el dueño del pedio sirviente que pretenda edificar, debe estarse a las Ordenanzas Municipales de Vilanova y La Geltrú, que señalan una androna mínima de tres metros para los patios de luces, porque esta distancia está más en consonancia con las circunstancias y exigencias de la vida moderna, que la tradicional del metro en cuadro que establecen los referidos artículos 293 y 295 CDC.

II. SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1990, *Benito Llorens Balcells c/ Joseja Calafell Galofré*: servidumbre de luces y vistas, constitución de servidumbres según el derecho civil de Cataluña, servidumbres que no pueden constituirse por usucapión y prescripción extintiva según el derecho civil de Cataluña.

En la demanda que dio origen al presente recurso, la parte actora interesaba se dictara sentencia declarando que la finca de su propiedad se encontraba libre de la servidumbre de luces y vistas y de desagüe a favor de la finca colindante, mientras que la demandada —en su escrito de reconvencción— interesaba se declarase que la finca de su propiedad tiene a su favor las servidumbres de luces y vistas y cuantas otras se infieran constituidas por signo aparente. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando la demanda y desestimando la reconvencción. Esta sentencia fue revocada parcialmente por la Audiencia Provincial de Barcelona, que estimó en parte la demanda y la reconvencción. El actor interpuso recurso de casación contra la referida sen-

tencia, que fue desestimada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El primero de los motivos de casación alegaba infracción del artículo 283, 2.º, 3.º y 4.º CDC, que prohibía pudieran constituirse por usucapión, ni siquiera inmemorial, las servidumbres de luces y vistas que el precepto enumeraba. El fundamento de derecho segundo de la sentencia de casación desestima el motivo, pues la sentencia recurrida determinaba que dichas servidumbres se habían constituido por título y no por usucapión; precisando además que si bien es cierto que la sentencia recurrida alude al largo tiempo de existencia de las ventanas y terraza, tal apreciación «no responde a una apreciación usucapiva, sino a la utilización de una realidad fáctica como elemento de refuerzo, y a modo de hecho concluyente, en orden a la demostración de la realidad del título negocial».

3.4. Jurisprudencia sobre obligaciones y contratos

A las instituciones que la Compilación catalana regula en su Libro IV bajo la rúbrica «de las obligaciones y contratos y de la prescripción», hacen referencia las siguientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña:

I. SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1990, *Francisco Llopis Araño c/ Tuc Cambrils, S.A.*: determinación del precio lesivo y valor de la prueba pericial para la determinación del precio lesivo en la rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio.

El recurso tiene su origen en una demanda sobre rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio, que fue estimada en primera instancia y desestimada en apelación. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestima el recurso de casación formulado por la parte vendedora y hace las siguientes declaraciones con respecto al instituto de la rescisión por lesión. Con referencia al concepto «justo precio» señala que se identifica con el concepto de precio común por el cual puede venderse una cosa en un lugar determinado y al tiempo de la celebración del contrato oneroso, pudiendo acreditarse el justo precio por los distintos medios de prueba que establecen las leyes. Y con base a este razonamiento rechaza —fundamento de derecho tercero— la pretensión de la parte recurrente de que la determinación del justo precio, deba realizarse mediante prueba pericial, pues ni el derecho histórico catalán ni el vigente justifican un tratamiento privilegiado de la prueba pericial frente a los demás medios probatorios.

Precisa además que la determinación del justo precio es una cuestión de hecho que corresponde apreciar a los organismos jurisdiccionales de instancia, que formarán su convicción valorando las pruebas practicadas. Y que como elementos o aspectos a tener en cuenta para determinar el justo precio no sólo debe estarse al valor en venta de los

bienes, sino también al aspecto confrontativo, representado por la puesta en relación con otras cosas de iguales o análogas circunstancias, en la respectiva localidad.

II. SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1990, *Ignacio de Cartalt Sampere y Concepción Sampere Pla c/ Kapa, S.A.*: rescisión por lesión de las compraventas mercantiles, de la dación en pago y de los contratos aleatorios.

Se trata aquí también de una sentencia sobre rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio, que fue desestimada en primera instancia y estimada en grado de apelación. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestima el recurso de casación.

El primer motivo del recurso plantea el interesante problema de si son o no rescindibles por lesión, según la normativa vigente en Cataluña, las compraventas mercantiles a la vista de lo prevenido en el artículo 344 del Código de Comercio. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no hace ningún pronunciamiento sobre el tema, pues se entiende que la compraventa que da origen al presente recurso de casación, no tiene el carácter de mercantil.

El fundamento de derecho tercero se inicia con unas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la dación en pago y de la compraventa mercantil, en base fundamentalmente a las precisiones que se contienen en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y calificado el negocio jurídico convenido por las partes litigantes como una dación en pago de *res per pecunia*, confirma la sentencia recurrida que la sujeta al régimen catalán de la rescisión por lesión, por cuanto «la operación jurídica cuestionada no tiene carácter mercantil, pues la misma respondió al único propósito de liquidar una deuda existente, y no a una estricta operación de lucro, de tal modo que el deudor, por responsabilidad propia o por haber asumido el pago, no tenía otra posibilidad de hacer efectivo el crédito que transmitiendo un bien de su patrimonio...».

El segundo motivo del recurso pretendía la casación de la sentencia recurrida en base a que en el contrato convenido entre los litigantes, se daba un matiz de aledatoriedad, y según el artículo 321 II CDC no procede la acción rescisoria en aquellos contratos en los que el precio o la contraprestación hayan sido decisivamente determinados por el carácter aleatorio de lo adquirido. Esta aleatoriedad la fundamentaba el recurrente en el pacto inserto en el negocio jurídico de dación en pago, según el cual la insolutundación quedaba suspensivamente condicionada al hecho de que por todo el día 30 de noviembre de 1984 no se hubiese vendido la finca por un precio no inferior a quince millones de pesetas, que serían depositadas en poder del Notario autorizante, de las cuales 14.422.901 pesetas habrían de ser entregadas a la parte recurrente y el resto al vendedor, que debería otorgar la escritura acreditativa del definitivo incumplimiento de la condición para hacerlo constar en el Registro de la Propiedad correspondiente. El fundamento de de-

recho cuarto rechaza este motivo de casación, pues se entiende —como ya había entendido la sentencia de apelación— «que la datio efectiva tuvo lugar, en unos términos totalmente ajenos al factor suerte»; y añade la sentencia de casación «la necesidad que el factor suerte o azar —aleas—, actúe sinalagmáticamente de modo que el perjuicio derivado del mismo para uno de los contratantes ha de significar un beneficio correlativo para el otro, y en el caso parece ser que el único aspecto en que según el alegante podía producirse se circunscribía al particular de los intereses, cuya entidad no consta, ni cabe hacer consideraciones valorativas en casación, por lo que la cuestión resulta irrelevante, máxime si se tiene en cuenta que la aleatoriedad debe referirse a la operación en su conjunto, y no solamente a un aspecto de escasa incidencia respecto del total...».

III. SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1990, *Ignacio Junyent Alsina c/Ayuntamiento de Barcelona*: fundamento de la rescisión por lesión, rescisión por lesión de la dación en pago y no rescindibilidad de aquellos contratos en los cuales existe ánimo de liberalidad por parte del enajenante.

Los hechos que dan origen al presente recurso de casación son en síntesis los siguientes. El propietario de un solar no edificable tenía una deuda tributaria con el Ayuntamiento de Barcelona por un importe de 552.448 pesetas y convino en cederlo a la referida corporación en pago de la referida deuda, constando en el expediente de valoración que instó el Ayuntamiento que en aquel momento dicho solar se valoraba en la suma de 14.169.600 pesetas, conociendo el propietario esta valoración. Con posterioridad el enajenante presentó demanda interesando la rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio de dicha transmisión. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, que fue en parte revocada por la sentencia de apelación que desestima la rescisión por lesión interesada por la parte actora. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestima el recurso de casación.

El fundamento de derecho cuarto de la sentencia de casación, después de hacer una referencia a los precedentes de la institución, concluye por atribuirle un fundamento objetivo, pues para que se estime «no se requiere la concurrencia de error, engaño o necesidad que, según su trascendencia, podrían determinar la ineficacia del contrato con sujeción a las normas comunes del derecho de obligaciones».

El siguiente fundamento de derecho califica el convenio entre el actor y el Ayuntamiento de Barcelona como una dación en pago, que en atención a las particulares circunstancias que concurren en el caso, configura como un negocio oneroso con una causa liberal añadida, excluido del ámbito de la rescisión por lesión. Por cuanto «la diferencia económica no es injustificada sino que es conocida y querida por el enajenante y, por tanto, dotada de causa. En resumen, partiendo de la afirmación fáctica de que la dación de la finca fue parcialmente gratui-

ta, afirmación de hecho contenida en la sentencia de instancia y no combatida en casación, es forzoso admitir que la Audiencia aplicó correctamente el art. 321 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña en cuanto exceptúa del ámbito de la acción rescisoria los negocios jurídicos no estrictamente onerosos».

IV. SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1990, *David Francés c/María Angeles Coupet Molins*: fundamento de la rescisión por lesión y determinación del precio lesivo.

Con fecha 14 de diciembre de 1987 D. David Francés vendió a Doña María Angeles Coupet Molins una finca de su propiedad por el precio de diez millones de pesetas. Posteriormente el vendedor formuló demanda sobre rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio, que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia y desestimada en grado de apelación. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el vendedor.

El fundamento jurídico segundo de la sentencia de casación realiza un conciso y suficiente examen de los precedentes de la rescisión por lesión, y con base a la regulación que se hace de la misma en el texto compilado catalán de 1960, rechaza que la institución tenga un fundamento subjetivo (lesión como vicio del consentimiento) y se reafirma en la fundamentación objetiva que ya le había dado la sentencia de 4 de julio de 1990 del propio Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: «En la Compilación vigente, el abandono de la tradicional expresión catalana *engany de mitges* coincide, según la doctrina más autorizada, con la atribución de un fundamento puramente objetivo a la rescisión por lesión. Los contratos onerosos relativos a bienes inmuebles serán rescindibles, aunque concurran todos los requisitos necesarios para su validez, cuando el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del precio justo (art. 3221.1). No se requiere la concurrencia de error, engaño o necesidad que, según su trascendencia, podría determinar la ineficacia del contrato con sujeción a las normas comunes del derecho de obligaciones».

Y con referencia a la determinación del justo precio señala el cuarto fundamento jurídico que «es evidente que el compilador quiso dar fijeza y concreción al concepto de «precio justo», un tanto etéreo y proclive a matizaciones subjetivas, asimilándolo al de «precio en venta» determinable objetivamente por personas con conocimientos especiales sobre tráfico inmobiliario. Precio referido al tiempo de otorgarse el contrato y relacionado con otras cosas de iguales o análogas circunstancias en la localidad, es decir, siguiendo la expresión de *Accursio*, aquél por el que se puede vender una cosa *communiter*, no *singulariter*, prescindiendo de la afección».

Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil (*)

JOSÉ MIGUEL RODRÍGUEZ TAPIA

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1.— Introducción. 2.— Concepto, caracteres y funciones: 2.1. Concepto y cuestiones terminológicas; 2.2. Fuentes de la cláusula penal; 2.3. Caracteres; 2.4. Funciones. 3.— Delimitación de la cláusula penal. Distinción de supuestos dudosos e instituciones afines: 3.1. Cláusulas de dudosa clasificación: 1) Cláusulas de limitación de responsabilidad; 2) Cláusulas que estipulan el pago de una suma por hechos distintos al incumplimiento; 3) Pagarés y promesas abstractas de pago; 4) Cláusulas de pago «a forfait»; 5) Cláusulas de pérdida de derechos y comisorias; 6) Bonificaciones al deudor por pronto cumplimiento; 7) Cláusulas de vencimiento anticipado; 8) Cláusulas de indemnización preventiva. 3.2. Distinción de figuras afines: 1) Arras; 2) Multa penitencial; 3) Obligación condicional; 4) Obligación facultativa; 5) Obligación alternativa; 6) El pacto de intereses de incumplimiento. 4.— Sentido negocial de la cláusula penal: 4.1. Incorporación de la cláusula: su causa; 4.2. Propósito negocial; 4.3. Relevancia del acuerdo. Previsión del daño; 4.4. Tipología y formulación ordinaria de las cláusulas penales. 5.— Calificación de la estipulación: Validez, eficacia y exigibilidad de la cláusula penal: 5.1. Contenido de la obligación penal; 5.2. Contenido no penal de la cláusula; 5.3. Examen de la obligación reforzada; 5.4. Validez de la cláusula penal: 5.4.1. Casos dudosos especiales; 5.4.2. Consecuencias de la nulidad de la cláusula: Nulidad parcial; Cláusulas usurarias; 5.5. Eficacia de la cláusula: exigibilidad. 5.5.1. Subsistencia de los supuestos para los que se pactó: Incumplimiento específicamente pactado, subsistencia del incumplimiento; la extinción de la pena; la buena fe como criterio de valoración; 5.5.2. Imputabilidad del incumplimiento (dolo, caso fortuito, concurrencia de culpas). 6.— Efectos de la cláusula penal: 6.1. La estipulación tiene carácter accesorio; 6.2. La llamada cláusula penal sustitutiva y la indemnización del mayor daño; 6.3. La cláusula penal cumulativa; 6.4. Pretensión simultánea de pena y cumplimiento; 6.5. La cláusula no tiene función solutoria; 6.6. La pena estipulada es susceptible de moderación judicial: Presupuestos de aplicación y alcance de la moderación.

(*) Este trabajo fue defendido el día 6 de noviembre de 1992 ante un tribunal integrado por los profesores Miquel González, Pantaleón Prieto, Capilla Roncero, Casanovas Mussons y Fuente Noriega, a quienes agradezco sus amables observaciones.

1. INTRODUCCIÓN

La importancia objetiva del tema elegido no requiere, creo yo, de una explicación dilatada. Probablemente puede resumirse en tres notas: existe en primer lugar, interés y dudas sobre la existencia y la legitimidad de una pena privada cuando las normas punitivas parecen ajenas al ámbito de la responsabilidad contractual y, en general, del Derecho privado; en segundo lugar, en la cláusula penal se halla uno de los puntos de encuentro entre la autonomía de la voluntad y la facultad judicial de configuración de la relación obligatoria; y, tercero, es probablemente cada día mayor el número de contratos que adoptan cláusulas penales o que pretenden tener la eficacia de una penal, del contenido más variado y, de forma masiva, con consumidores.

Estas tres razones bastarían para justificar el trabajo de investigación y, sin embargo, declinarían ante la relativa novedad del mismo. Aunque no ha sido objeto de un tratamiento exhaustivo por la doctrina española, pues apenas existen monografías sobre el tema, hay una de muy reciente aparición, firmada por el profesor Dávila. La elección del tema, anterior a la aparición de esta última monografía, no debe ser descartada pues evidente resultará que el enfoque y las tesis sustentadas en las siguientes páginas no siempre coinciden con los del profesor citado. Aun menos debe abandonarse el tema elegido cuando comprobamos que en el Derecho español, por lo menos, existe un considerable grado de confusión al respecto de la cláusula penal: es muy probable que se derive precisamente de las tres notas antes enunciadas. Quizá porque las bases teóricas no estén sentadas, quizá porque una regulación tan escueta para supuestos bastante diferentes entre sí haga que los tribunales se muestren titubeantes.

No se puede calificar más que de confusa y equívoca la situación de nuestro Tribunal Supremo que, en el plazo escaso de veinticinco días, dicta dos sentencias de criterio diferente, si no incompatible.

La primera, de 28 de enero de 1992, afirma la posibilidad de que la cláusula penal en ocasiones constituye obligación primordial y no puede tenerse como «obligación accesoria de otra principal acordada y de aplicación condicionada o en función del parcial o incorrecto cumplimiento de esa principal, lo que conduce sin mayores razonamientos... a la inaplicabilidad de las disposiciones reguladoras «de las obligaciones con cláusula penal»...» (moderación judicial incluida, que se deniega a pesar de que el contratante entregó por partes el suministro solicitado y acabó completándolo).

Para la segunda, de 21 de febrero de 1992, y en atención al carácter estricto con que deben interpretarse estas cláusulas, parece claro que «no todo incumplimiento del contrato generaba la punición civil, sino sólo aquél que entorpeciera el fin que la cláusula salvaguardaba, ... circunstancia que no llegó a producirse...».

Parece pues, para el Alto tribunal, que el pago de un 5% del precio (descuento), acordado con posterioridad al primer acuerdo, pero antes del incumplimiento, sin que el propio tribunal haya apreciado novación, por cada día de retraso en la entrega del material pedido, resulta una obligación primordial y en todo caso no tiene la naturaleza de pena convencional, pues no es accesoria, sino principal. En cambio, al mismo Alto tribunal, el carácter restrictivo de la interpretación en esta materia le lleva a considerar que al carácter accesorio que suele predicarse de la cláusula penal se añade la nota de especificidad, esto es, se trata de una obligación accesoria, no a un contrato, sino a una obligación concreta y no a toda obligación del contrato donde se incluye; por ello, no basta que se incumpla el contrato sino la concreta obligación contractual que tenía aparejada la eficacia de la penal, obligación accesoria de aquélla.

Se podrá decir que no hay evidente contradicción entre las dos resoluciones porque una niegue el carácter accesorio de una penalización, que tilda de obligación primordial, y la otra subraye el carácter accesorio y específico de otra cláusula en otro contrato distinto. Aunque volveremos sobre estas decisiones, basta con pensar que si el carácter restrictivo en la apreciación e interpretación de las penales en nuestro derecho no impide la existencia de cláusulas penales no accesorias, con base —imagino— en el 1255 C.c.; y, aun más, si la posible existencia de penales principales, excluye la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 1152 a 1154 (excluyo la del 1155), lo que sería admisible por analogía razonable a falta de regulación específica, y de manera sustancial, la moderación judicial, quiere decir que merece la pena detenerse a estudiar la cuestión.

Para terminar, vamos a centrar la cuestión en la regulación que de la cláusula penal hace el Código civil español. Es obligado recordar la mención del artículo 56 del Código de Comercio de una pena de indemnización incluida en los contratos, y la regulación de la estipulación penal por la Ley 518 de la Compilación navarra, pero quedan fuera de nuestro estudio. Asimismo vamos a mencionar en adelante Leyes ordinarias que regulan en parte cláusulas penales especiales, aplicables a determinados contratos. Sin embargo, nuestro punto de partida será recordar los mandatos contenidos en los artículos 1152 a 1155 del Código civil:

- 1) En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. (art 1152.1)
- 2) Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuera exigible conforme a las disposiciones de este Código (art. 1152.2)
- 3) El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho (art 1153, inciso 1)

- 4) El acreedor no podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada (art. 1153. inciso 2.º).
- 5) El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor. (art. 1154)
- 6) La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. (art 1155.1)
- 7) La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal. (art 1155.2).

La sola interpretación de estos preceptos nos proporciona suficiente material de reflexión para tratar de fijar adecuadamente su significado y efectos, lo que haremos al final de este trabajo.

2. CONCEPTO Y CARACTERES DE LA CLÁUSULA PENAL (1)

2.1. Concepto y cuestiones terminológicas

A) *Cláusula penal* es aquella estipulación que obliga al deudor a una obligación llamada pena, en caso de incumplimiento de una obligación principal. Siendo más precisos, deberíamos entender por cláusula penal aquella disposición o regla negocial que tiene por objeto establecer una pena para el caso de no cumplir la obligación explícitamente reforzada con la pena, que puede ser una o varias de las obligaciones nacidas del negocio.

El empleo del término cláusula permite (2) abarcar tanto la regla nacida del acuerdo por estipulación de las partes (estipulación o pro-

(1) Aunque nos referiremos a lo largo del trabajo a normas de Derecho comparado, conviene tener presente que el material analizado básicamente es el derecho español. Lo que requiere probablemente una enunciación sucinta de las fuentes manejadas y sobre las que gira nuestra reflexión: a saber, los artículos 1152 a 1155 del código civil, el artículo 56 del Código de comercio, la Ley 518 de la compilación navarra, la Ley de venta a plazos de bienes muebles, la Ley 57/68 de 27 de julio, reguladora de las cantidades anticipadas en construcción y venta de viviendas, la Ley de arrendamientos urbanos, la Ley de arrendamientos rústicos, La ley general de protección de consumidores y usuarios, así como disposiciones de rango inferior que irán mencionándose.

(2) DE CUPIS se plantea semejante connotación terminológica. El empleo de cláusula hace pensar en un contrato más amplio, una de cuyas cláusulas es la penal, y no en otro contrato, pero parece que restringiría su alcance y concepto —amén de su ubicación sistemática en el Código italiano, en sede de contratos— a las obligaciones nacidas de contrato. No obstante, admite la aplicación analógica a todo tipo de obligaciones... (El daño. trad esp., Barna 1975, 503).

mesa penal), cuanto las reglas incorporadas al contrato por virtud de la Ley (cláusula penal de origen legal).

En el Derecho español, mientras el Código civil menciona las obligaciones (no sólo contractuales) con cláusula penal, la Ley 518 de la Compilación de Navarra se refiere a la estipulación penal y el Código de comercio se limita a contemplar contratos en que se fije pena de indemnización.

B) Si empleamos el término *convencional* para adjetivar la pena, parece que estamos circunscribiéndonos exclusivamente a las acordadas por las partes y descartando las de origen legal, pero no parece que nos limitemos únicamente a las incluidas en un contrato o añadidas al mismo, sino a todo acuerdo o convención entre particulares que establezca una pena para el incumplimiento de una obligación, ya legal (3), ya convencional; para algunos ordenamientos y su doctrina respectiva (4), será posible incluso establecer convencionalmente una pena independiente para reforzar o sancionar la comisión u omisión de conductas prometidas, que no tienen el carácter de obligación (5). En nuestro Derecho es difícil afirmar esto, a menos que nos refiramos a la condición potestativa (6), que no será penal, sino la promesa de una prestación por un hecho que depende del obligado. Con menos razón

(3) DE CUPIS (*El daño,...*504) considera posibles acuerdos que liquidan preventivamente el daño extracontractual debido por ley. Lo mismo piensan VON TUHR/ESCHER (*Allg. teil des schw. Obligationenrechts*, 278) que añaden además las pretensiones *ex lege* por enriquecimiento injustificado.

(4) Los alemanes con base en el parágrafo 344.2 del BGB: «Lo mismo (la moderación judicial) vale, además de en los casos de los par. 339 (incumplimiento de una obligación) y 342 (pena no pecuniaria), si alguien promete una pena para el caso de que realice u omita un acto». Este acto se entiende que no es obligatorio.

(5) Es muy antigua la prohibición de establecer penas sobre la promesa de matrimonio. (D.45,1,134, Paul. que la considera contraria a la moral y ante cuya exigencia puede oponerse la *exceptio doli*; *Partidas*, 5,11,39). Sin embargo en los Usatges de Cataluña, parece admitirse la pena en los esponsales (Libro V. título I.1). Mientras CANCER piensa que esta pena ataca el libre consentimiento matrimonial, para OLIVA, en cambio, presenta una situación análoga a las arras (citados en VIVES y CEBRIA. Traducción al castellano de los Usatges y demás derechos de Cataluña; Barcelona, 1989). Aun cuando dé lugar a una indemnización limitada, no puede considerarse la promesa como generadora de obligaciones personales. Si admitiésemos la pena en los esponsales, estamos admitiendo la pena por incumplimiento de actos no debidos, a menos que se interprete como sustitutiva de la indemnización debida según el art. 43 C.c. SAVIGNY (*Obbligazioni*, 260) consideraba nula la pena que tenga por objeto restringir la libertad de concluir o disolver un matrimonio.

La prohibición se mantiene en algunos Códigos modernos, de forma expresa (BGB 1297) o implícita (C.c. italiano, 79: La promesa de matrimonio no obliga ni a contraerlo ni a ejecutar aquéllo que fuera pactado para el caso de no cumplirla).

(6) Para SAVIGNY, cuando la promesa estipulada constituye el único objeto, la pena es la que constituye la verdadera obligación; la prestación que aquella pretende conseguir resulta ser una simple condición, un simple medio para veitar la aplicación de la pena (*Obbligazioni*, 252).

será admisible una pena por el cumplimiento de un hecho obligado por la Ley (7).

Que la pena sea convencional no quiere decir que la obligación reforzada con la pena lo sea; quiere decir sólo que convencionalmente se acuerda establecer la pena. La naturaleza de la conducta pretendida al establecer la pena parece que debe ser obligatoria (*ex contractu*, o *ex lege*). Algún problema causal plantea la pena establecida para reforzar conductas ya sancionadas por la ley. El valor disuasorio quizá carece de sentido si ya lo tiene la norma sancionadora; reforzar la sanción legal (8) con una convencional podría ser interpretado en ocasiones como abusivo (9). Excepción a esto puede que se dé si la sanción de la conducta es penal (10): el orden público se ve reforzado por acuerdos particulares que penalizan conductas ilícitas, siempre y cuando se entienda que la pena debida al particular opera como indemnización, pero no como segunda sanción, inconstitucional, si entendemos que la «sanción» civil no indemniza daño alguno.

c) La *pena* es una prestación, de dar, de hacer o de no hacer, aunque en la mayoría de los casos consistirá en el pago de una suma de di-

(7) Imaginemos un acuerdo de distintos empresarios o profesionales que penaliza el pago del impuesto de actividades económicas con el que están en desacuerdo y contra el que han entablado los recursos procedentes. Como veremos más adelante, el principio de accesoria de la cláusula penal hará ilícita e inexigible una pena que refuerza una conducta ilícita.

(8) Los alemanes encuentran válida dicha posibilidad: en los contratos de transporte público, la sanción al viajero sin billete (PALANDT/*Heinrichs*, *Vorbem.*339, 3) o las defraudaciones o sustracciones de energía (PALANDT, *cit.*; ERMANN/*Westermann*, 339,1) Más dificultades hay para admitir como pena contractual las sanciones al que hurta en una tienda, pues la relación carece de contenido contractual (LARENZ, 355; CANARIS, NJW 74, 251, entre otros).

(9) Imaginemos un contrato que penaliza al contratante que no cumpla las obligaciones tributarias nacidas de su relación obligatoria; en la medida en que no se demuestre que la infracción tributaria de uno produce daños al otro contratante y que la pena estipulada cumple el propósito de compensar éstos, es difícil admitir que el contratante que no cumpla con el Fisco deba soportar la sanción pública de éste y la pena privada de su cliente. Esto no impide que el contratante le exija, so pena de resolución e indemnización del daño probado, el cumplimiento de las leyes tributarias.

(10) SOLLNER considera que el ordenamiento no prohíbe añadir una pena de Derecho privado, adicional a comportamientos que son castigados con una pena pública (*Munch. Komm.* 339, 20), aunque considera que los hurtos en tiendas no pueden ser castigados con penas contractuales, porque no se puede asegurar con éstas un deber general de un círculo indeterminado de personas que no llegan a contratar, pues supone una delegación de funciones que requiere una fundamentación legal.

En nuestro Derecho imaginemos una pena establecida en el contrato de compraventa para el caso de que el vendedor cumpla alguno de los tipos descritos en el artículo 531 y 532 del Código penal.

Veremos más adelante que en nuestro Derecho se plantea la duplicidad de sanción (civil y penal) al librador del cheque en descubierto. En este caso, más grave, es la ley la que sanciona por un lado —legislación mercantil— lo que ya está tipificado penalmente.

nero, alzada o proporcional a un dato previsto en la estipulación (días de retraso, grado de cumplimiento) pero que transcurre independientemente de los daños producidos por el incumplimiento, con el efecto principal de relevar al acreedor de la prueba del daño y de su cuantía.

La idea de pena hace sin duda alusión, cuando menos, a una función preventiva que pretende desempeñar la cláusula, pues de otro modo no se entendería que las partes hubiesen adoptado dicha medida. Se pretende reforzar la obligación principal, amenazando al deudor de la misma con un previsible agravamiento de su responsabilidad. La explicación histórica de este término se remonta al tiempo en que eran lícitas las penas privadas, pero se manifiesta también hoy dentro de ese marco de coacciones o amenazas admitidas por el ordenamiento en las relaciones jurídico privadas: la «amenaza» que una pena infiere al deudor no es mayor que la que pueda suponer la hipoteca de sus inmuebles. Como veremos mas adelante, la pena comparte con las garantías reales su papel preventivo-disuasorio, pero no garantiza en absoluto que la obligación vaya a ser cumplida ni otorga preferencia alguna al acreedor.

Sobre el carácter de las normas que regulan las cláusulas penales en el derecho español, creo que la fuerza coactiva sobre el deudor de la penal pactada o impuesta por el testador o la ley no permite calificarlas de sancionadoras. Es admisible considerar la pena como sanción si se emplea este término como consecuencia jurídica (11) del incumplimiento de una obligación: determinar la eventual responsabilidad que aquél origina, con *exención de la prueba del daño para el acreedor*. Esta consecuencia puede venir establecida por el acuerdo o por la ley.

No es muy correcto calificarla de sanción si se pretende con ello — o con términos semejantes (punición civil, dice el TS en ocasiones)— afirmar que hay penas privadas aún hoy (12) o, admitiendo que existan o que el término pena privada sea admisible, que las normas reguladoras del incumplimiento del contrato pierden su carácter resarcitorio por un mero pacto de las partes.

2.2. Fuentes de la cláusula penal

En el Código civil español, las reglas sobre cláusulas penales se encuentran en el Título de las obligaciones (pero no olvidemos que en li-

(11) La ley considera la penal más que una garantía de cumplimiento (de resultado, literalmente *Erfolgsgarantie*), una consecuencia de un ilícito (*Unrechtsfolge*), según afirman LARENZ (*Schuldrecht*, i,24,ii; STAUDINGER/KADUK, *KOMmentar zu BGB*; Vorbem zu & 339, 6).

(12) En contra CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal...*197 y ss., que la llama pena privada porque el atributivo de la misma es un particular, no tanto porque los particulares tengan poder punitivo.

bro IV). De ahí que, al menos, la fuente de la pena será el contrato, pero parece que también puede ser impuesta unilateralmente (en testamento (13)), o incluso que puede tener origen legal (14). En otros Derechos, como el italiano o el alemán, se encuentra regulada en las normas relativas a contratos, lo que refuerza la idea de que no hay más estipulación penal que la convencional (15), siendo la unilateral admisible, quizá por analogía, pero estando la Ley fuera de sus fuentes, dado que en ese caso o se trata de una regla del contrato que no ha sido estipulada sino impuesta por la ley, o bien que lo que la Ley impone es el deber de establecer la cláusula (16), pero no su contenido.

(13) En el Derecho romano tardó en aceptarse la pena testamentaria. Era rechazada la pena como causa de una disposición testamentaria (D. 34,6,1), lo que se mantiene en GAYO: «El legado que se deja a título de pena también es ineficaz. Se entiende que se lega a título de pena cuando se lega algo para obligar al heredero a hacer o a abstenerse de hacer una cosa como cuando se lega así: si mi heredero casara a su hija con Ticio, dé diez mil a Seyo, o de este modo: si no casara a tu hija con Ticio, da diez mil a Ticio; y también si ordenara dar diez mil a Ticio, en caso de que el heredero no le hiciera un sepulcro en el plazo de dos años» (Inst., II, 235); pero parecía admitirse el refuerzo de una obligación testamentaria con una pena, pues se afirmaba que «es la voluntad del testador la que distingue la pena de la condición (D.34,6,2). La interpretación no debía ser muy firme (si se refería a la causa o también a la pena establecida por testamento); sin embargo, las dudas sobre esta regla fueron disipadas en el Codex (6,41) que parece suprimir la antigua regla que repudiaba las penas en los testamentos.

Aparte de las páginas que DAVILA dedica a la cláusula penal testamentaria (cit., 237 y ss.), y de AYMERICH RENTERIA. *Las cláusulas prohibitorias en los testamentos*, Madrid, 1985, es aconsejable la lectura de COVIELLO (*Le disposizioni testamentarie a titolo di pena*, Riv trim. Dir. Proc. Civ. 1949, 331-343), que cita entre otras la sentencia italiana de casación de 27.2.1942 que no consideraba ilícita la cláusula que constituía un legado de usufructo y renta vitalicia al primero de dos hermanos que comience la carrera eclesiástica pues, según el Tribunal, no tenía el testador la intención de coartar la vocación del instituido, sino de asegurar su voluntad.

(14) La cláusula penal tiene origen sólo negocial, para ROCA SASTRE-PUIG BRUTAU, 274; MORENO, *Voz cláusula penal*, NEJ, 197; DAVILA, 204, (Según este último, aunque la Ley Cheque 108.4 y 149 establece algo que tal vez no sea propiamente una cláusula penal, ni el artículo 20 LCS, que no requiere que la obligación sea exigible, ni la Disp.ad.3 L:0:3/89 CP, ni 27.2 LAR, ni 8.3 LEC, quizá excepcionalmente 56 LAU, pero con problemas de interpretación actualizada, pues además el art. 1154 Cc es sólo aplicable a las cláusulas convencionales).

Para otros autores, puede ser también de origen legal, MANRESA, viii, 224; LOBATO, 120; LACRUZ, 370 (Lo que es legal es el deber de establecerla, no la cláusula en sí), GÓMEZ CALERO, 27 (estipulación penal impuesta o forzosa, en los contratos normados; ALBALADEJO, *Coms*, 451, (cabe excepcionalmente que la ley disponga que la pena debe ser establecida); CAPILLA, 268, (consagración de cláusulas de origen legal), MEDINA CRESPO, 29 y ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, *La Ley*, 7.1.92, (La disposición a pesar de no ser una cláusula introducida por la voluntad de las partes, sino que viene impuesta por la ley, goza de la naturaleza propia de las cláusulas penales); y CABANILLAS, *Comentarios C.c. M.^o Justicia*, II, 158.

(15) Pero los redactores del BGB no consideraban esencial al concepto la existencia de un contrato (*Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission...*, II, 333, reimpr. Berlin, 1980).

(16) DAVILA, 120; LACRUZ, *Elementos*, II, 2, 370.

Lo controvertido es que la ley pueda ser fuente de una cláusula penal. Parece necesario pronunciarse al respecto (17).

En determinados casos, la ley impone el deber de fijar una pena convencional e incluso determina algún criterio cuantitativo de máximos o mínimos. Sin embargo, este mandato no es incompatible con que la ley misma establezca la pena convencional, que en tal caso tiene origen legal.

En el Derecho español tenemos varios ejemplos:

1) El artículo 56 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, fija una indemnización, valorando de forma abstracta el daño del arrendador cuando el inquilino anticipadamente resuelve el contrato. La cuantía se fija en las rentas del período que quede hasta finalizar el contrato. Como ha sido señalado por Dávila, esta norma tiene más sentido en el régimen de próroga forzosa de la Ley de 1964, pero difícil explicación en el sistema actual de plazo libre. En cualquiera de los casos, podemos estar ante una pena establecida por la Ley que puede coincidir o no con el daño irrogado al arrendador por el desalojo intempestivo. Esta norma parece de Derecho imperativo para el arrendador, pero no para el arrendatario, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 LAU, pues un acuerdo de las partes podría modificar sus efectos, siempre que no fueran perjudiciales para el arrendatario: se podría pactar, por ej., que se le pagará un mes más de renta, aun cuando el arrendatario desalojase la vivienda cinco meses antes de expirar el contrato, pero no parece que se pudiera aumentar por pacto la cuantía de dicha indemnización, pues supondría renunciar a un beneficio del arrendatario, que consiste en limitar la cuantía de la indemnización exigible por el arrendador. El art 56 LAU parece imponer una pena en tanto puede obligar en ocasiones al arrendatario a pagar más allá del daño efectivamente causado al arrendador, pero no es pena en la medida en que no le obliga a pagar más de lo que en principio se obligó: las rentas del completo plazo acordado. Aunque parece una limitación de responsabilidad del arrendatario, el hecho es que se fija una cuantía indemnizable, que superará o no los daños ocasionados. Si fuera una verdadera limitación de responsabilidad, el arrendatario pagaría *hasta* la cantidad que establece el

(17) En Alemania se admite que la cláusula penal incorporada a un contrato tenga origen legal, por ej., el contrato de suministro de energía (*BGH* 23, 175 (183); *ERMANN/WESTERMANN*, & 339, 1). En Italia se discute que deba reconducirse a la figura del Código civil las llamadas penas legales, pero no parece discutirse que sean penales (*CENDON /De Nova, Comm CC, UTET, 1991, 652*). Este autor menciona los intereses moratorios, el resarcimiento de la diferencia entre los precios entre precio pactado y corriente en la resolución de la venta, la retención de sumas por el administrador de la sociedad de las cuotas impogadas por el socio, los cinco meses como mínima indemnización al trabajador despedido improcedentemente; el límite de 48 meses de renta como indemnización por abusos del arrendatario o la penal (sic) del 2% por cada día de retraso en la normativa del IVA.

artículo 56, siempre que pruebe el daño el arrendador. Esto no parece sin embargo que le sea exigible conforme a esta norma.

2) La Ley de Arrendamientos Rústicos, por su parte, en su art 27.2, establece que el incumplimiento de las condiciones del artículo 26 para oponerse a la prórroga dará derecho al arrendatario a una indemnización de *por lo menos* «un año de renta, los daños y perjuicios que hubiere sufrido si la causa no es justificada».

A diferencia de la LAU, y dado que el arrendatario es aquí acreedor y no deudor de la indemnización, la norma establece, por razones protectoras, un mínimo indemnizatorio. En este caso, parece que la indemnización *ex lege*, comparte con la pena del Código civil su carácter resarcitorio, pero su valoración abstracta del daño mínimo indemnizable lo aparta del Código civil y lo acerca a la regulación de la penal en sistemas como el BGB alemán o el Código suizo de obligaciones. La no coincidencia con la pena del Código civil español no parece restarle nada su carácter de pena contractual. Al contrario, el establecimiento de un mínimo como en los derechos alemán (18) y suizo (19), sin perjuicio de indemnizar el ulterior daño, lo caracteriza mucho más como pena (20), pues refuerza la obligación del arrendador, «sancionando» su incumplimiento con una prestación pecuniaria mínima, aun cuando no haya prueba del daño o su cuantía probada sea inferior.

3) La Ley de Contrato de Seguro, en su artículo 20, establece asimismo una penalización del 20% para los retrasos culpables del asegurador en el pago de la indemnización o reparación del daño. Mientras Sánchez Calero (21) considera que no hay sustitución de la indemnización, en el sentido mencionado por el artículo 1152 C.c., sino establecimiento legal de la misma, Capilla (22), Medina Crespo (23) y Martínez García (24) ven en esta norma una auténtica cláusula penal. Sin embargo, Dávila (25) considera que sí hay dicha sustitución, pero que su exigibilidad inmediata desde el siniestro, la diferencia de la cláusula penal, que requiere su liquidez para ser exigible.

A mi juicio, no es bastante este último motivo para descalificarla como penal. Porque puede haber penas que no se rijan por el art 1152.2

(18) BGB 340.

(19) *Cod. Obligaciones*, 161.

(20) AGUNDEZ FERNÁNDEZ, *Comentarios a la LAR*, Granada, 1987, pp. 111-113 no parece tener opinión al respecto.

(21) *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial*, dirigidos Alabaladejo y Motos, tomo XXIV, 297.

(22) *La Responsabilidad...*244.

(23) El recargo de intereses al asegurador en los juicios del automóvil. Madrid, 1990, 80 y ss.

(24) *Comentario a la Disp. Ad. tercera de la L.O. 3/1989 de 21 de junio de actualización del código penal*, *La Ley*, 7 enero de 1992.

(25) *La obligación...* 207.

C.c. (será exigible conforme a las disposiciones de este Código), y porque la aplicación del recargo del art. 20 LCS requiere también liquidez, que en algunos casos vendrá predeterminada, pero en otros será necesario determinar por acuerdo o por una posterior sentencia inatacable (art. 38 LCS *in fine*). Si en el plazo de tres meses ya ha sido liquidada la deuda indemnizatoria, a partir de entonces se produce inmediatamente el devengo del recargo, pero no en aquellos casos en que la liquidación no haya podido producirse por causa no imputable al asegurador en dicha fecha.

El Tribunal Supremo ha tenido numerosas ocasiones para aplicar el artículo mencionado de la Ley 50/1980 y, a decir verdad, no aporta gran claridad conceptual a la naturaleza jurídica de la norma del artículo 20 LCS. De las numerosísimas sentencias de 1991, por ejemplo, podemos extraer algunos puntos notables del estado de la cuestión a este respecto:

La STS de 18.2.1991 (Rep. Ar. 1448) recuerda que el art. 20 LCS proporciona un criterio corrector de la indemnización, pero (o además) la STS de 1.4.1991 (R.A. 2631) afirma que *se trata de una norma sancionadora* y que sólo se aplica a la cantidad indemnizatoria inatacable (en el sentido mencionado en el último párrafo del art. 38 LCS), pero no más allá.

La STS de 25.7.1991 (R.A.5419) confirma la idea reiterada de que para devengarse el 20% de recargo, la deuda debe ser líquida (26), pero añade que «es una multa penitencial», y continúa discutiendo si es justificable, en el caso de autos, que el asegurador no pague el «recargo penitencial». En esta sentencia, el voto particular de dos magistrados vuelve a reiterar que el recargo del 20% de la LCS es una «sanción penitencial».

De forma que la doctrina del TS al respecto ni parece muy firme (criterio corrector de la indemnización, norma sancionadora, multa, recargo o sanción penitencial) ni muy defendible, en especial, en esto último: como decía Savigny, mientras la penal supone un refuerzo del contrato, la multa penitencial supone al contrario un debilitamiento de su fuerza vinculante, pues permite apartarse del mismo.

El recargo del 20% cumple las dos funciones básicas que a las cláusulas penales se atribuyen en nuestro ordenamiento y en el de nuestros países vecinos: refuerza la obligación del deudor a abonar tempestivamente la indemnización amenazándole con una responsabilidad agravada, y liquida anticipadamente, de forma abstracta, el daño

(26) Como hace también la STS de 3.6.1991, R.A. 4636 y reiteran con más detalles doce sentencias idénticas que reproducen los fundamentos de la primera de ellas, de 24.10.1991 (R.A. 7863), entrando a considerar que la liquidez inmediata sólo es posible cuando la cantidad a abonar se encuentra previamente determinada por vía contractual u otra eficiente).

que produciría el impago del asegurador, eximiendo al acreedor de su prueba.

Que la cifra empleada valore correctamente el daño será quizá inversamente proporcional a que disuada al deudor de su incumplimiento, y no olvidemos que ésta es la función básica que distingue a una cláusula penal de cualquier otra valoración forfataria del daño.

4) Por su parte, la Ley Cambiaria y del Cheque, contiene dos tipos de normas que asimismo agravan la eventual responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento de concretas obligaciones.

Por un lado, los artículos 58 y 59, respecto a la letra no pagada o no aceptada, autorizan a los legitimados para exigir el pago o reembolso del importe nominal, el interés pactado si lo hubiera, los gastos realizados y el interés legal de la cantidad primera, aumentado en dos puntos (27).

Por otro, el librador de un cheque sin fondos o impagado está obligado, según los artículos 108 y 149, a pagar además de la suma indicada en el cheque, el 10% del importe no cubierto en el cheque, además de la indemnización de los daños y perjuicios.

Mientras en el primer caso, la indemnización de los daños queda sustituida (al margen de los gastos), por el interés legal aumentado en dos puntos, en el segundo, el 10% del valor del cheque se añade a la indemnización. Si bien es claro en el segundo caso un mayor carácter punitivo (28), sancionador (29) o, en todo caso, que agrava su responsabilidad, la primera norma establece una cláusula penal sustitutiva, en parte (pues se deben los gastos del protesto), con vocación sin embargo de agravación (se aumenta dos puntos el interés legal). Dado que éste no es exacta compensación del daño producido, sino una valoración abstracta del mismo, se podría afirmar que lo que hacen los artículos 58 y 59 de la LCC es establecer un interés legal especial, dos puntos superior al interés legal común, pero no establecer pena alguna (30). Incluso la norma del art 921 LEC antes citado podría llevar a pensar que no existe alguna penalización, pues no se diferencia de la previsión

(27) Se diría pareja de la norma del artículo 921.4 LEC, redactada contemporáneamente, en 1984. Para VÁZQUEZ IRUZUBIETA, el legislador ha equiparado la letra a los efectos de una declaración jurisdiccional, pues en ambos casos el interés exigible es el que llama judicial (el legal más dos puntos) (*Comentarios al C.Com y Leg Mercantil*, dirigidos por Moto y Albaladejo, t XIX, Madrid, 1985, 310).

(28) Para CAPILLA constituye una clara pena privada y de naturaleza punitiva que haría pensar en la infracción del principio non bis in idem mientras siga tipificado el delito de cheque en descubierto (*Responsabilidad...247 y ss.*).

(29) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Coms C. Com...*, 505, considera que se trata de una sanción patrimonial fija y CARLON SÁNCHEZ, citado por *Capilla*, 248, opina que es una sanción de carácter civil.

(30) VÁZQUEZ, *cit.*

legal para «todo tipo de resoluciones judiciales que contengan condena al pago de cantidad líquida (921.5 LEC)». Sin embargo aquí no estamos ante una decisión judicial sino ante una reclamación extrajudicial, por supuesto, anterior a la condena, lo que es ya un rasgo distintivo de la norma de la Ley cambiaria, pero es que, además, no es seguro que la norma contenida en el mencionado 921 LEC no sea una penalización (31) de origen legal por el incumplimiento de la obligación dictada por el juez de Instancia.

Como veremos más adelante, la diferencia entre intereses de demora y pena no siempre es fácil de establecer. En nuestro caso (LCC 58 y 59), el aumento en dos puntos del interés legal se produce como consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago. Parece que se trata de una consecuencia del incumplimiento, que amenaza al deudor y pretende disuadirle del incumplimiento y que sustituye la indemnización y exime al acreedor de la prueba del daño: algo muy parecido a una pena.

En resumen (32), y dejando a un lado las leyes de Derecho público (de forma notable, en materia de contratación estatal), parece que las normas anteriores establecen auténticas cláusulas penales de origen legal, pues establecen las consecuencias del incumplimiento de determinadas obligaciones por arrendatario, arrendador, asegurador, librador del cheque o de la letra, que pretenden agravar la responsabilidad de los mismos, pues eximen al acreedor de la prueba del daño originado por dichos incumplimientos, y en muchas ocasiones obligarán al deudor a pagar una suma superior a los daños probables, ya porque se establece un mínimo, ya porque la pena no es substitutiva sino cumulativa, y se debe además de los gastos reembolsables, y de los daños y perjuicios indemnizables.

Por último, se opone la objeción a la existencia de cláusulas penales legales el hecho de que, por lo general, no son susceptibles de moderación, y que, sólo de forma excepcional y empleando la analogía,

(31) Si encuentra cierto carácter punitivo CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial...* 244.

(32) Cabría analizar con mayor detenimiento lo establecido en otras normas de Derecho privado, como son las contenidas en los artículos 44 LSA, 218 C.Com. y 1108, 1628, 1714, 1724, 1770 y 1838 del Código civil. De manera especial, veríamos que si bien algunas de estas normas establecen una presión sobre el deudor, amenazándole con una responsabilidad agravada, no siempre ocurrirá así, si como, por ejemplo, los intereses legales por demora a falta de pacto son inferiores a los convencionales, lo que ocurrirá casi siempre. En todo caso, el propósito de comentar en extenso sólo las normas anteriores a esta Nota es ilustrativo de la posibilidad de que la pena por incumplimiento de una determinada obligación contractual tenga origen legal, no siendo necesario ser exhaustivo. Las normas citadas en esta nota son brevemente comentadas por CAPILLA, *cit.*, 240-242.

algún tribunal español ha aplicado el artículo 1154 C.c. a la indemnización exigida por el artículo 56 LAU (33).

No parece que éste sea un motivo decisivo, caso de ser cierto. No es seguro que la moderabilidad sea un carácter esencial de la cláusula penal, desde cualquiera de los extremos de la argumentación. Por un lado, porque conforme a su finalidad, su valor coercitivo es mayor si no fuera susceptible de moderación: por eso el Código Napoleón contemplaba una suma inmodificable de dinero. Por otro, no es exclusivo de la obligación penal la eventual moderación, sino de todo tipo de obligaciones cuando concurra negligencia, y según los casos (art 1103 C.c.).

Por eso, el rasgo de la inmodificabilidad, supuesto que se dé, no es definitivo: es posible que haya cláusulas penales moderables y podría haber penales no moderables, ya por la finalidad protectora que buscan (mínimo indemnizable al arrendatario rústico, cobertura del tenedor de la letra o del cheque, o del asegurado). En otros casos, es posible que el establecimiento del máximo indemnizable por el arrendatario urbano contemple o haga previsible su moderación o la prueba del menor daño por éste.

Es posible admitir la existencia de cláusulas penales de origen legal, pues no convence que la cláusula penal deba considerarse sólo de origen convencional, porque es el contrato (regulado por cierta legislación) el que la origina (34). En algunos casos Dávila (*cit.* 210) considera que más que una cláusula penal, estamos ante una sanción legal del incumplimiento, (se refiere al art 20 LCS). No es sancionadora la norma, ni, en todo caso, lo son los artículos 1101 y ss. y 1902 C.c. con que el citado autor compara (35) la norma de la LCS, aunque la cláusula penal tenga vocación coercitiva sobre el deudor.

(33) DAVILA (*cit.*, 212) recoge la sentencia de la A.P. de Oviedo de 12.6.1989 (*Act. Civil*, 1989, Audiencias n.º 122) subrayando el pronunciamiento del tribunal que asevera que «es evidente que *stricto sensu*, la moderación de la cláusula penal prevenida en esta norma (art 56 LAU) se refiere a aquellas obligaciones de naturaleza puramente convencional, no a la pena cuya fuente no es el acuerdo de voluntades sino la Ley», y no reparando en cambio en lo que inmediatamente añade el tribunal: sin que altere el origen legal la incorporación del texto del art 56 LAU al clausulado contractual.

(34) DAVILA, ...204, cuando se refiere al artículo 148.2. LRYDA afirma: «La cláusula no tiene pues fuente en la ley sino en el contrato celebrado por más que parte del contenido del mismo viene impuesto. Se trataría de hipótesis en las que la cláusula penal se hace inherente al contrato. Peor, en todo caso, tanto el contrato como la cláusula penal tienen su origen en la voluntad de las partes —como no podía ser menos, si han de llamarse contrato y cláusula—.... aunque su fundamentación y fuente mediata tiene que buscarse en la ley, que es la reglamentadora de estas figuras». Recuérdese la SAP de Oviedo de 12.6.1989, citada por este autor. ..*cit.*, 214, que afirma que no altera el origen legal de la cláusula penal el que el contrato incorpore el texto del art. 56 LAU al clausulado contractual.

(35) DAVILA, *cit.*... 210.

Concluyendo, es posible que haya cláusulas penales incorporadas en el contrato por acuerdo de las partes, pero habrá penas de origen legal que consituyen asimismo una regla del contrato, de forma imperativa o dispositiva.

2.3. Caracteres de la cláusula penal

De la regulación española de la cláusula penal se extraen ciertos caracteres que son posibles de predicar aun con las divergencias expuestas en cuanto a su origen:

- se trata de una cláusula que origina una obligación, la de cumplir la pena, de carácter accesorio (36), cuyo nacimiento depende del incumplimiento de la obligación principal que sea imputable al deudor según las reglas del contrato (37). Su extinción asimismo depende de la extinción de la obligación

(36) VON TUHR, *Obligaciones*, II, 236, afirma que la pena convencional es un derecho accesorio de la obligación toda vez que presupone para nacer, un crédito principal válido.

SÁNCHEZ ROMÁN clasificaba las obligaciones, entre otros criterios, en principales y accesorias; entre estas últimas se encuentran las cláusulas penales, que no son sino obligaciones agregadas a la principal mediante las cuales se consigue mayor seguridad en el cumplimiento de ella, por cualquiera de estos tres medios que son a la vez fines respectivos que realiza la obligación contenida en la cláusula penal, a saber: 1.^o Colocar al deudor entre la alternativa de una obligación principal menos onerosa, si es cumplida en los términos con que se estipuló, o una obligación penal subsidiaria que deba cumplirse juntamente con la primera, si así se pactó. 2.^o Que aun reemplazando la principal y quedando obligado sólo por la subsidiaria penal, una vez incumplida aquélla, respresente ésta mayor gravamen para el obligado. 3.^o La estipulación, por vía de pena, de una indemnización pecuniaria más o menos fuerte, para el caso de incumplimiento de una obligación, cuya eficacia dependiera exclusivamente de la voluntad del deudor, como sucede con las que consisten en hechos o abstenciones personales. Estudios IV, 101, Madrid, 1899). CASTAN asimismo estudia las cláusulas penales al distinguir obligaciones principales de obligaciones accesorias.

(37) Teniendo en cuenta ambos párrafos del art 1152, parece que debe descartarse la falta de cumplimiento, sin más, como hecho determinante de la obligación penal, sino falta de cumplimiento imputable al deudor, según las reglas del Código y del contrato, que pueden atribuir la responsabilidad de los casos fortuitos, eximirle por culpa levisima, etc. Cuando el párrafo 2 habla de exigibilidad conforme a las disposiciones del Código creo que está hablando más de imputabilidad que de exigibilidad de la deuda pecuniaria en que consistirá normalmente la pena. Otra cuestión es la normal liquidez de la pena, pues precisamente esa es una de las finalidades de su establecimiento, la liquidación anticipada, si no de los daños, sí de la responsabilidad que afrontará el deudor que incumplió. Es verdad, sin embargo, que esta liquidación previa exige operaciones posteriores de multiplicación, suma o división para obtener la cifra exigible al deudor en aplicación de la cláusula, pero esto creo que más que a la liquidez de la pena atañe al grado de incumplimiento y a las posibles controversias sobre los días de retraso que deben computarse, a efectos del cálculo. Con otras palabras, la deuda nacida de la pena está líquida, lo que se discute es si prevalece el cálculo (ya efectuado) del deudor o el del acreedor.

principal, de manera que si ésta ha prescrito o si se ha perdido la cosa o se incumple la obligación por causas no imputables al deudor, queda extinguida la pena, porque se ha extinguido la obligación principal.

- se trata de una cláusula que sirve de refuerzo de la obligación, porque ejerce una presión sobre el deudor (38) que contribuye a disuadirle del incumplimiento, pero no constituye una garantía de la obligación en sentido propio, ni personal ni real, porque no garantiza la pena que el deudor vaya a cumplir, de la misma manera que la propia obligación penal es susceptible de ser garantizada por uno de los medios idóneos en Derecho.
- esta cláusula tiene el nombre de penal porque pretende agravar las consecuencias del incumplimiento imputable al deudor para éste, pero no siempre será más grave según los cambios de valor, las formulaciones y los cálculos realizados (39) al celebrar el contrato o negocio reforzado con la pena para fijar su cuantía. No es penal porque tenga que ver con la jurisdicción penal ni con la libertad del deudor, procediendo el adjetivo empleado más bien de residuos históricos que enlazan con la *stipulatio poenae* del Derecho romano (40) y con las penas privadas de carácter pecuniario (41).

(38) Ya veremos que mientras que para la escolástica medieval, una obligación de pago de cuantía superior al capital recibido era usura (y por tanto ilícita) a menos que haya sido impuesta para atemorizar al deudor del incumplimiento (NOONAN, 107), en los derechos anglosajones se fue imponiendo la idea de que las «penalties» eran rechazables, a diferencia de las cláusulas de preestimación de los daños (*liquidated damages clauses*), porque eran impuestas in terrorem de la parte que incumple (LINDACHER, *Phaenomenologie der Vertragstrafe*, Frankfurt, 1972, 24; TREITEL, *Remedies for breach of contract*, Oxford, 1988, 229, que recogen la tesis del famoso caso *Dunlop vs New Garage* de 1915, que diferencia unas de otras cláusulas). En todo caso, toda la doctrina moderna admite la pena como método legítimo de presión sobre el deudor.

(39) Se comprobará que históricamente se rechazaba la penal, entre otras razones, porque la pena era casi siempre considerablemente mayor que los daños previsibles, siendo sospechosa de usura. Por contra, la tendencia actual es a considerar también la posibilidad de cláusulas irrisorias establecidas por un deudor que goza de una posición fuerte en el contrato, normalmente de adhesión (esto fue incluido, en 1975, en el art 1152 del Código francés), aunque no deba olvidarse que ya GARCÍA GOYENA, sugería que se facultase no sólo a reducir, sino también a aumentar la suma pactada, si fuera insuficiente (Concordancias... arts 1018 y 1081).

(40) KNUTEL recuerda cuando el Derecho penal era también Derecho privado y como en origen frente al proceso penal público, contra los grandes delitos (crimina) se hizo necesario contra las pequeñas infracciones (delicta) un castigo por medio de una pena privada, que consistía normalmente en el pago de una multa de dinero que originalmente servía de venganza a la víctima y que liberaba al autor (*Stipulatio*.. 4).

(41) Vid ALONSO ROMERO. *Aproximación al estudio de las penas pecuniarias en Castilla* (siglos XIII-XVIII), AHDE, 1985,5.

2.4. Funciones

Aunque distinta de la cláusula penal es la pena o multa convencional, que es la obligación que aquélla establece, tanto una como otra cumplen una función en el contrato que si bien, y en principio, se llamaría punitiva, sancionadora o, más modestamente, de refuerzo, queda contrarrestada con mayor o menor fuerza, según las leyes y cada acuerdo, por una evidente función resarcitoria o reparadora.

I. Función disuasoria (42). La idea de refuerzo (43) de la obligación y el carácter punitivo (44) de la multa convencional se ven manifestados en normas que, según los distintos tipos de penal, son aplicables:

- si sustituye a la indemnización de daños por el incumplimiento lo normal es que se calcule superando (45) la cuantía de daños

(42) Prefiero emplear el término disuasorio, descartado que en el Derecho privado moderno haya normas de carácter penal, aunque sería posible plantearse que, de igual forma que en el Código penal, hay normas civiles, podría ocurrir un fenómeno recíproco en el Código civil. Sin embargo, y dado el carácter dispositivo de las mismas, parece irrazonable calificarlas de normas penales, ni siquiera despreciando el dato histórico y centenario de que son normas invocables ante los tribunales civiles (o como mucho, ante los de comercio franceses). KNUTEL, (*Stipulatio poenae.*, Köln, 1976, 3) plantea ya en la introducción de su obra el posible paralelismo con las penas públicas y, por tanto, que atienda a fines de prevención general y especial.

Por otro lado, la escolástica medieval admitirá las penas convencionales siempre que sean establecidas para que, por miedo a la pena, el deudor pague a tiempo, (Bernardo de Pavía, *Summa*, V.15.9), pero también como castigo al retraso negligente o fraudulento del cumplimiento, aunque va admitiéndose la fijación de la pena en función de los daños. (NOONAN, *The scolastic analysis of usury*, Harvard, 1957, 107 ss.).

(43) En las Pandectas de WINDSCHEID, en los manuales del XIX y en el Anteproyecto del BGB la cláusula penal se contempla en un capítulo de Medios de refuerzo del contrato, que comprende las arras y señal, la pena convencional y la reserva de derechos. El Código francés (art. 1226) define a la penal como la cláusula que se establece para asegurar el cumplimiento de un acuerdo, aunque el 1229 remarque su carácter de indemnización. El Código italiano de 1865 (arts. 1209 y 1212) adoptaba semejante definición ambivalente.

(44) En realidad, no es el refuerzo de la obligación una función sinónima o idéntica a la sancionadora o punitiva, pero puede considerarse conjuntamente si la oponemos a la función resarcitoria. Esto es, si nos fijamos en el deudor (a quien compelemos, presionamos y eventualmente, «sancionamos» con la pena) o si nos fijamos en el acreedor (cuyos daños por incumplimiento pretendemos reparar). Ahora bien, por sí solo, el refuerzo de la obligación se produce siempre con la amenaza de sanción o agravación de la responsabilidad del deudor, la sanción se produce únicamente cuando se produce el supuesto determinante de la misma: el incumplimiento imputable al deudor según las reglas (válidas) de distribución del riesgo de cada contrato.

(45) ESPIN, *Manual*, II, 296. La sola idea de que la responsabilidad del deudor supere la cuantía del daño producido por su incumplimiento provoca la extrañeza y el rechazo de la figura de la cláusula penal. Superó históricamente no sólo la barrera común a todos aquellos casos de valoración abstracta del daño donde, eximida la prueba, es probable que sea inferior, sino, de forma especial, los obstáculos a admitir la existencia de pagos o deudas de cuantía superior (nominal) al capital recibido, lo que fue

derivados del incumplimiento de la obligación reforzada que se prevean al celebrar el contrato o estipular la pena, para que el deudor prefiera cumplir que afrontar la pena.

- si se acumula a la indemnización, *toda* suma estipulada como pena, será un plus (46) o un exceso de carácter punitivo del deudor, y no resarcitorio del acreedor, aunque es verdad que el acreedor lesionado cargará con el coste de la prueba del daño acumulado a la pena exigida.
- si se puede acumular su petición a la pretensión de cumplimiento por el acreedor, su carácter punitivo será mayor o menor según que la pena esté calculada en función de criterios abstractos (normalmente en una cantidad fija) o en función de criterios proporcionales al grado de incumplimiento (tiempo de retraso, parte de inejecución, cuantía incumplida) (47).

En todos los casos la función disuasoria es eficaz en tanto el acreedor está exento de la prueba del daño y de su cuantía.

II. Función indemnizatoria (48). Por contra, es posible detectar en la pena prevista en la cláusula, una función resarcitoria o liquida-

abriéndose paso desde la propia escolástica que comenzó a reconocer excepciones al principio que impedía la usura (en su sentido original): cuando el prestatario era un enemigo, un vasallo, o un poseedor indebido, o el acreedor un yerno que no recibió la dote a tiempo, o cuando se regalaba algo al prestamista, por agradecimiento, pero no por interés (en obtener un préstamo nuevo o una prórroga) y, finalmente, cuando se cobra un sobreprecio como compensación por incumplimiento del deudor: en la pretensión de regreso del fiador que debió pedir prestado con usura para afrontar su garantía, en los casos de mora, y cuando se pacta una pena para atemorizar al deudor del incumplimiento, y siempre que el acreedor prefiera cobrar a tiempo que tarde con la multa, que no sea usurero habitual o que la pena sea fija y no proporcional al retraso, lo que era una presunción de usura (NOONAN, 107).

(46) Aunque es admisible esta proposición en principio y las partes del contrato así lo suelen contemplar, lo cierto es que en ocasiones en que el daño no pueda ser probado, o lo sea con extrema dificultad, por mucho que sea exigible la pena además de la indemnización, si ésta es exigua por las dificultades mencionadas, la pena no será sustancialmente un plus de responsabilidad, sino la forma de indemnizar los daños de difícil o imposible valoración y prueba. Baste con el ejemplo de daños morales o de infracción de prohibiciones de competencia o en general, de obligaciones de no hacer.

(47) Pero no puede afirmarse sin matices. Si se exige una suma alzada inferior a los daños sufridos no tendrá carácter necesariamente punitivo o gravoso para el deudor. De la misma manera que una proporcional por día de retraso puede perfectamente cubrir los daños sufridos, excederlos o quedar insuficientes, pero su atención mayor o menor al daño previsiblemente sufrido, le reviste de un mayor carácter indemnizatorio y menos punitivo, cualquiera que sea su cuantía.

(48) De la literal definición legal parece que este carácter sea predominante en nuestro Código civil (art 1152) (sustituirá a la indemnización...), y más claramente en el Código de comercio (art 56: En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera...), así como en el Proyecto de 1851 (Art 1081.2) y en el Código francés (art 1229) e italiano de 1865 (art 1221), en el portugués (art 810.1). En el Código alemán y en el Código italiano vigente, más que de indemnización, la cláusula penal parece cumplir función de límite cuantitativo de la misma (mínimo en el BGB, 340.2, máximo en el Codice, 1382, salvo pacto contrario).

toria, pero sobre todo, tiene como finalidad allanar al acreedor las dificultades procesal y sustantiva de calcular, valorar y probar los daños sufridos por el incumplimiento de la obligación reforzada.

En nuestro Derecho es digno de tener en cuenta que:

- la función legal supletoria en el código español (sustituye a la indemnización de daños y perjuicios) parece abonar la función resarcitoria antes que la punitiva o sancionadora.
- la moderación por el juez en caso de cumplimiento parcial o defectuoso hace pensar que debe adecuarse a la pena el daño producido que es menor que el previsto por la estipulación penal, que contemplaba normalmente el incumplimiento total.

III. Función de garantía o de aseguramiento del riesgo. Cuando la pena se estipula incluso para incumplimientos no culpables del deudor, en especial, por caso fortuito.

3. DELIMITACION DE LA CLAUSULA PENAL. DISTINCION DE CASOS DUDOSOS E INSTITUCIONES CONSIDERADAS AFINES

3.1. Cláusulas de dudosa calificación

Si examinamos el Derecho comparado, la cuestión previa en los tratadistas es diferenciar los sistemas anglosajones, que, en general admiten las cláusulas de preestimación de daños (liquidated damages) y rechazan las penas o penalties, de los sistemas continentales que no establecen dicha distinción. Dentro de éstos últimos, a su vez, se suele distinguir aquellos que estipulan cláusulas claramente gravosas para el deudor (básicamente el BGB, que por ello introduce la moderación judicial) de aquellos sistemas en que lo predominante es la función indemnizatoria de la llamada pena (Francia y Bélgica, admitiendo sólo la primera que el Juez la modere).

Pues bien, en todos ellos, sea cual sea la función que cumplen, la mayoría de cláusulas penales consisten en el pago (adicional) de una cantidad de dinero. Sólo en determinados momentos se plantea la pérdida de derechos, de manera especial en el derecho alemán, la Verfallklausel, que entronca con los pactos comisorios.

Treitel (49) propone una serie de casos dudosos que deben ser calificados o descartados como cláusulas penales:

(49) *Remedies*,... 209.

1) *Cláusulas de limitación de la responsabilidad*

El propio Treitel nos propone criterios de distinción:

a) fijada una pena de 200 por incumplimiento de una obligación A, salvo moderación ulterior, el deudor que la incumpla por causa a él imputable, deberá 200, sin que el acreedor pruebe el daño o aunque sea menor; b) por el contrario, si la responsabilidad está limitada a esa cuantía, el deudor deberá indemnizar aquellos daños probados por el acreedor, hasta un máximo de 200.

Según algunos autores, habrá casos en que la penal opere como una cláusula limitativa de responsabilidad. Esto ocurre cuando el daño es superior a la cuantía de la pena (50), y ésta no es cumulativa a la pretensión de cumplimiento o indemnización (51), siempre que la ley aplicable no permita elevar la pena irrisoria (Code francés, art.1152.2) o indemnizar el daño ulterior (por ley, BGB 340, o por acuerdo de las partes, 1382.2 CC italiano, y 812.2 del Código portugués).

Sin embargo, eso no quiere decir que sea una cláusula de limitación de responsabilidad, porque, por definición, pretende atribuir al deudor una responsabilidad agravada que supere los daños previsibles y sobre todo, porque exime al acreedor de probar la existencia y cuantía del daño (52). Resume García Amigo (53) que, a pesar de las semejanzas (accesoriedad, presuponen al imputabilidad y acuerdo preventivo anterior al incumplimiento) son mayores y decisivas las diferencias: mientras la penal protege al acreedor, la cláusula limitativa protege al deudor, y mientras esta última se refiere al daño, aquélla presupone el incumplimiento, independientemente del daño, con la consecuencia procesal de exigencia, en un caso, o exención, en el otro, de su prueba.

2) *Cláusulas que estipulan el pago de una suma de dinero por hechos distintos del incumplimiento*

Treitel asemeja estos supuestos a la *selbständige Vertragsstrafe* alemana: propone el caso *Moore vs Adler*, en que un jugador, retirado por una lesión, prometió devolver al seguro la cantidad recibida por quedar inhabilitado, si volvía a jugar al fútbol).

El caso mencionado, así como la llamada *Pena contractual autónoma* (*selbständige*) o no auténtica (*unechte*) en la doctrina alemana, nos

(50) TREITEL, *Remedies...* 209.

(51) GARCÍA AMIGO. *Cláusulas limitativas...*118.

(52) Vid. JORDANO FRAGA. *Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual*, RDM, 1984, 625.

(53) *Cláusulas...* cit., 118-121.

lleva a considerar someramente la incorrecta calificación de esta figura (54). En los casos descritos, nos encontramos propiamente ante obligaciones condicionales, en el mejor de los casos, siempre que el suceso-condición sea incierto y no dependa exclusivamente del deudor. La restitución de la indemnización recibida por el jugador podría haber sido estipulada por el seguro, pero, en caso de no ser debida y proceder únicamente de la promesa del asegurado, no se constituye en obligación penal, sino en promesa condicional.

Respecto a los intentos alemanes de calificar de penal la asunción de una obligación pecuniaria por incumplir un acto no debido (no volver a fumar, por ejemplo; o asistir a la junta de accionistas) parecen condenados a una parecida conclusión. Si no hay deber jurídico reforzado por la obligación pecuniaria, difícilmente podremos estar penalizando o sancionando su incumplimiento o resarciendo el daño generado por el mismo.

Una cuestión diferente es que se quieran penalizar incumplimientos de deberes genéricos establecidos por la ley, y no deberes contractuales, básicamente, toda infracción del genérico deber de no dañar a los demás y los supuestos de responsabilidad extracontractual, regulados por el Código o por leyes especiales (55). En este sentido se podría admitir la existencia de cláusulas penales que no refuerzan obligaciones contractuales sino obligaciones de otro tipo. Que el acuerdo tenga por único objeto la fijación de las penalizaciones (pensemos en un acuerdo entre emisoras de televisión o empresas que quieren preservar sus exclusivas), no quiere decir ni mucho menos que la pena adquiera el carácter de obligación principal, pues siempre será accesoria a la principal (en este caso la obligación legal) cuyo incumplimiento penaliza.

3) *Pagarés y obligaciones de pago abstractas*

Los penal bonds, obligaciones de common law, pagarés por una suma superior a la recibida o a la prestación debida en caso de no cumplir

(54) Vid. infra en materia de accesoriedad de la pena.

(55) Dice DE CUPIS, *El daño...* trad esp., 504, que cita a Giorgi, que aunque no sea frecuente, no considera inconcebible, una vez producido el daño, pero mucho más raro antes de producirse, la liquidación convencional preventiva del daño. Por raro que fuera, sólo será penal la que se convenga ANTES de producido el daño: de lo contrario, pierde su valor preventivo disuasorio y se limita a ser un acuerdo cuasi transaccional, una vez nacida la obligación de indemnizar que en nada previene el daño o el incumplimiento del obligado. Si un cazador conviene con el dueño del terreno (tomando el ejemplo de DE CUPIS) una cifra de eventual pago en caso de accidente o daño causado durante la caza POSTERIOR al acuerdo. O si dos empresas que no han contratado entre sí, acuerdan las penas a pagar recíprocamente en caso de futuras intrusiones en sus áreas de clientes o en sus ámbitos de exclusiva.

a tiempo (56). Sin duda, junto a esta figura del Derecho medieval se asocian dos tipos de problemas que recorrerán nuestra investigación sobre la cláusula penal en los contratos: uno, la prevención de las leyes de represión de la usura (57), como la española, que proscribía los acuerdos crediticios en que se declara como capital una suma mayor de la efectivamente recibida; y dos, la posible incidencia del *ius strictum* (58) y de las obligaciones abstractas cualquiera que sea su causa (59), que es la base del mercado de títulos valores.

4) *Las cláusulas de pago «a forfait»*

La penal es, en la mayoría de los casos, una obligación pecuniaria. Configurada de esta manera, es probable que revista la condición de suma «forfaitaria», o global. Afirma García Amigo (60) que la suma «a forfait» puede determinarse, directamente, en una cifra absoluta (tanto alzado) o, indirectamente, refiriéndola por ejemplo al precio de venta, en una proporción (en el caso citado, un 15% del precio de venta).

La idea de proporcionalidad tiene especial interés en las cláusulas penales moratorias (61), que penalizan el retraso en el cumplimiento:

(56) Que LINDACHER, 18, considera un medio para eludir la prohibición del pacto de intereses, y que, igual que TREITEL, considera en desuso. Para un relato histórico de los penal bonds, con relación de muchos casos medievales, ver LOYD, *Harvard Law Rev.*, 29 (1915), 117 y ss. Este autor considera igualmente que la propagación medieval de las estipulaciones penales procedentes del Derecho romano, se debió al intento de eludir la prohibición canónica del cobro de intereses. Para LOYD la misión de los jueces fue entonces distinguir entre los acuerdos en que la pena era realmente condicionada al incumplimiento y el prestatario no la debía si pagaba dentro del plazo, de aquellos otros acuerdos en que la disposición escrita era un subterfugio, pues la verdadera intención de las partes era no devolver el préstamo sin la suma adicional, comoquiera que se llamase (*cit.* 121).

(57) Como veremos, será necesario aplicar esta norma para calificar la validez de la cláusula penal, cuestión diferente del juicio de equidad que el juez realiza para moderarla en los casos que admita la ley.

(58) KNUTEL (*cit.*... 29) considera que en la evolución de la *stipulatio poenae* se produce desde el *ius strictum*, nace, a ser acogida y aplicable a los *bonae fide contracti*.

(59) Es importante pronunciarse sobre la inexistencia de cláusulas penales abstractas, exigibles cualquiera que sea su causa, como si de un pagaré se tratase. La causa de la cláusula penal exige una revisión de ciertas confusiones doctrinales y judiciales: la inexistencia de causa o la ilicitud de la misma harán nula e inexistente la pena en determinados casos, entrando en juego las reglas ordinarias de prueba e indemnización del daño.

(60) *Cláusulas*... 115.

(61) Como veremos, la proporcionalidad será un principio que presida el juicio de equidad del juez para determinar si la pena es desproporcionadamente alta (*BGB*), manifiestamente excesiva (Códigos italianos y francés), o si se ha cumplido en parte la obligación reforzada (1154 C.c. y Código italiano). Como puede apreciarse, y dado que la prueba del daño en principio transcurre ajena a la pretensión de pago de la penal, la proporcionalidad deberá estimarse respecto al grado de cumplimiento, no respec-

una suma por unidad de tiempo, normalmente días, es una fórmula frecuente de determinación de la pena. Sea a tanto alzado o proporcional, la cuantía de la obligación penal supone un cálculo forfaitario o global de la prestación, que no merma su liquidez, sino su exacta correspondencia con el daño causado. ¿ En qué se diferencia la penal de las cláusulas forfaitarias?

El tanto alzado o forfait es una forma abreviada o simplificada de calcular globalmente la cuantía de una prestación, con una cifra cerrada o con una fórmula más o menos sencilla, que exige de una comprobación detallada de la contraprestación, del daño originado, o del enriquecimiento restituido.

El «forfait» no es exclusivo de la formulación de la pena, pero no sólo porque pueda haber penas que no consistan en una suma de dinero, sino porque el forfait sirve también para fijar la cuantía de una transacción indemnizatoria a posteriori (no preventiva), para determinar la prestación de cumplimiento de un contrato (62), o para determinar la cuantía de la pretensión de enriquecimiento (63).

La pena, por contra, se limita a la prevision inicial, y modificable en determinadas circunstancias, de responsabilidad patrimonial del deudor por el incumplimiento de una obligación.

Se aprecia entre forfait y pena una diferente finalidad: el primero pretende simplificar el cálculo de la cuantía una obligación, nacida de distintos títulos y con diferentes finalidades; la segunda pretende disuadir al deudor de que incumpla y, si a pesar de ello, incumple, establece un cálculo forfaitario de su responsabilidad que exige de prueba al acreedor.

De ahí que la utilidad del forfait se derive de ser instrumento de cálculo simplificado de una prestación, y la de la pena, en establecer una cuantía (forfaitaria o no) indemnizatoria, exenta de prueba.

Las cláusulas forfaitarias no tiene por qué ser penales o intimidatorias o disuasorias del deudor; pero algunas de ellas son penales; y existen asimismo penas que no se determinan a forfait.

to a la cuantía del daño, aunque lo primero sea un indicio de lo segundo, pero sólo eso, y no de forma lineal: un edificio parcialmente construido no sirve de nada al comitente como no hayan cubierto aguas y cerrado algunos pisos, y resulten habitables o utilizables. Distintos grados de cumplimiento, el 0%, el 10%, el 40% del edificio construido pueden proporcionar al acreedor igual utilidad y daños semejantes. La proporción no lineal entre incumplimiento y daño exige pronunciarse pone de manifiesto la independencia entre la penal y la indemnización de los daños.

(62) Pensemos en un abono de transportes de viajeros, o de remontes mecánicos de una estación de esquí, o de una localidad de un teatro o estadio, o una cesión de derechos de autor cualquiera que sea el número de viajes, arrastres o de espectáculos de que disfrute o de libros que edite el deudor del «forfait».

(63) No otra cosa es el canon compensatorio que establece el art 25 LPi por la copia privada, al que los alemanes califican de Pauschalvergütungsanspruch.

No obstante, cuando Treitel (64) habla de cláusulas forfatarias se está refiriendo también a aquellas en que el deudor debe perder en caso de incumplimiento una cantidad entregada al contratar, pero también a las cláusulas comisorias y de caducidad de derechos que vemos en el apartado 5). Sin embargo, al traducir las forfeiture clauses por cláusulas forfatarias parece necesario limitarnos a las específicas cláusulas de liquidación de daños a forfait, que tratamos de distinguir en el apartado número 8).

5) Cláusulas de pérdida de derechos y comisorias

Las cláusulas que extinguen derechos de la parte que incumple, las *Verfallklauseln* y *Verwirkungsklauseln* alemanas, que pueden comprender algunos o todos los derechos del deudor.

Estas cláusulas —que podríamos traducir como comisorias (entendiendo en este concepto pérdida de derechos por el deudor)— tiene especial incidencia en los contratos de compraventa y crediticios. La pérdida de las cantidades entregadas, o de parte de ellas, o de las arras, con devolución. —si hubo entrega—, del objeto comprado o incluso, el vencimiento anticipado de la deuda —que examinamos en otro apartado— (65).

Hay casi (66) unanimidad en considerar, sobre la base del par. 360 BGB, que las cláusulas por las cuales el deudor que incumple una obligación pierde todos sus derechos, no puede considerarse penal sino una reserva de resolución por el acreedor, lo que llamaríamos una causa de resolución en favor del acreedor. Por otro lado, la mayoría (67) considera que cuando el deudor pierde alguno de sus derechos, estamos ante una penalización, a menos que se trate del vencimiento anticipado, que, como vemos en otro sitio, divide a la doctrina germana (68).

(64) El propio autor considera poco clara la expresión «forfeiture» (*Remedies...* 211), pues como hemos explicado en párrafos precedentes, la globalización no detallada de determinadas obligaciones pecuniarias puede obedecer, siempre por razones de utilidad, a motivos bien diferentes.

(65) Para un estudio jurisprudencial de esta cuestión y confirmando su calificación de cláusulas o de arras penales, vid la reciente monografía de JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*. Estudio jurisprudencial del art. 1504 C.c., Madrid, 1992, 185 y ss.

(66) Todos los autores coinciden en que es aplicable el BGB 360, pero WESTERMANN (ERMAN Vor 339,8) y FIKENTSCHER (*Schuldr.*, 91) coinciden en que esto no impide que sean aplicables las normas sobre cláusula penal con apoyo en dos resoluciones del BGH (*NJW* 60, 1568 y *NJW* 72,1893).

(67) SÖLLNER *Münch. Komm. Vor* 339, 11; SOERGEL/*Lindacher, Vor* 339, 18; PALANDT/Heinrichs, *Vor* 339, 2 b); FIKENTSCHER, 91; ERMANN/ Westermann, *Vor* 339, 8.

(68) VON TUHR/ESCHER consideran que ninguna de este tipo de cláusulas son penales, salvo quizá, la que implica retención de cantidades entregadas después de resuelto el contrato (*Allg Teil, cit.*. 280).

En consecuencia, pueden aplicarse las normas sobre cláusulas penales y de manera especial la reducción judicial de la pena.

En España la cuestión ha sido menos debatida y probablemente no en sus justos términos (69). Lo que se subraya es que la pena puede configurarse como un pacto comisorio (cuando el vendedor se queda con cantidades entregadas por el comprador). Davila asegura que no hay confusión en tal caso, pues se trata de un pacto reforzado con una cláusula penal (70).

6) *Bonificaciones al deudor por pronto cumplimiento*

Treitel se sorprende de que no sean consideradas penales (para el acreedor) aquellas estipulaciones que reducen el precio o los intereses por pronto pago o por ejecución antes de plazo. Respecto a estas últimas, aunque se pueda emplear el término tomado del derecho administrativo sancionador, de sanción positiva, de hecho es que civilmente no es penal porque no hay incumplimiento alguno. El acreedor queda obligado a descontar el precio si hay pronto pago pero no ha incumplido obligación alguna.

7) *Cláusulas de vencimiento anticipado*

Según Treitel estas cláusulas han sido consideradas penales por algún tribunal (71).

En la doctrina alemana hay opiniones encontradas. Los que consideran que no son aplicables (72) las normas del BGB sobre cláusula penal a los supuestos de pactos de vencimiento anticipado, con apoyo en alguna Sentencia del BGH (73). Y frente a estos, los que consideran el vencimiento anticipado uno de los supuestos de cláusulas de pérdida

(69) RUIZ VADILLO, 389; GÓMEZ CALERO, 80, quien considera improcedente la comparación y DAVILA, 186-188 que considera posible alguna confusión, aunque mínima cuando la pena es cumulativa, pero no cuando es sustitutiva, pues la pena, en este caso, pretende indemnizar al acreedor, quien, sin embargo, en caso de pacto comisorio, retiene las cantidades entregadas, recupera la prestación que hubiera podido dar al deudor y tiene expedita la vía a la indemnización.

(70) DAVILA, *cit.*, 188.

(71) Algún caso norteamericano de 1942 y australiano de 1983, (Remedies...211, nota 17).

(72) PALANDT /*Heinrichs. Vor.* 339 2 b), que apunta sin embargo que pueden ser ineficaces, por aplicación del parágrafo 9 de la AGBG.

(73) *BGH* 95, 372.

de algunos derechos del deudor (74), que, por tanto, pueden ser regulados por las reglas del BGB sobre cláusulas penales. Existen no obstante opiniones más matizadas, como la de Lindacher, que diferencia los casos en que la deuda que vence anticipadamente se debe con los intereses iniciales o sin ellos (calculados sólo hasta el momento de su reclamación anticipada y descontando los intereses de plazos futuros no devengados) (75).

En el Derecho español deben, por una parte, excluirse los casos de vencimiento anticipado de origen legal (art 1129 C.c.). Por otra, distinguirla de la mera causa de resolución, que en sí no es penal, aunque el deudor tenga que afrontar unas consecuencias muy onerosas: debe afrontar un pago inmediato de una cantidad que, en principio, pagaría aplazada en varios años (76).

Algunas leyes imponen límites al vencimiento anticipado en determinados contratos. Esto no basta para considerarlos como cláusulas penales de interpretación restrictiva, sino más bien como resolución sometida a requisitos cualificados (como, en otro aspecto, lo es el 1504 C.c.):

La Abzahlungsgesetz alemana de 1894, en su Parágrafo 4.2 exige para que el comprador a plazos soporte el vencimiento anticipado el doble requisito de falta, total o parcial, del pago de dos

(74) SÖLLNER. Munch. Komm. Vorb 339, 11, que considera este caso junto a otros (pérdida de cantidades entregadas o de las arras). DUBISCHAR. Reihe alternativ Komm, 339, 9, que menciona indistintamente los parágrafos 11.6 AGBG y 242 y 343 BGB como posibilidades de moderación de esta penalización. ERMAN-Westermann, Vor 339, 7, que considera la inmediata exigencia del crédito aplazado un plus (frente a la opinión contraria que considera que en el vencimiento anticipado no se da la prestación adicional que caracteriza a la penal).

(75) Considerando las primeras como penales, en el segundo caso, el problema estriba no en la consecuencia sino la presuposición que encierra esa consecuencia: el vencimiento anticipado no permite de hecho volver antes de la reclamación, que debe estar basada en una norma resolutoria. (Lindacher/ SOERGEL.BGB 12 Aufl., Vor 339, 19).

(76) Aun más graves son las consecuencias que por un hecho, no imputable al deudor como puede ser su incumplimiento, sino la tacha de nulidad del préstamo por usurario, le coloca en situación de devolver íntegramente las cantidades entregadas que tal vez aplicó y de las que no dispone íntegramente. La finalidad protectora de la Ley de Usura ha sido contrastada con las graves deventajas que acrean al deudor la devolución anticipada, como consecuencia de la nulidad. Ver las sugerencias apuntadas y finalmente desaconsejadas por DAVILA, cit. 463, rebatiendo a los autores por él citados. Aunque es cierto que si el deudor no quiere, no va a demandar la nulidad por usura, parece aconsejable que la demande al final del préstamo cuando la restitución a que obliga la nulidad nos sea más gravosa que los pagos inicialmente acordados. No parece que pudiera alegarse el venire contra factum proprium (haber estado pagando sin impugnar la validez), pues es opción común que no opera en casos de nulidad, aparte de que la situación de necesidad del prestamista se justifica o puede justificar la demandada de nulidad en el momento más conveniente para él. Podríamos decir que la Ley de usura penaliza o desincentiva la acción de nulidad, por mucho que los retrasos judiciales difieran el en la práctica «vencimiento anticipado», esto es, la restitución de las prestaciones. Pero no es correcto afirmar que haya una cláusula penal en contra del deudor que reclama la nulidad del préstamo usuario.

plazos y de que la cantidad impagada suponga al menos la décima parte del precio de la cosa *entregada*; la Ley española de venta a plazos de 1965, en su art 11, establece sólo el requisito del impago de dos plazos o del último plazo para el vencimiento anticipado o para la resolución y en todo caso establece una penalidad doble (10% del precio pagado y una cantidad similar al primer desembolso), que puede acumularse a la indemnización procedente por deterioros, caso de resolución.

Sin embargo, el hecho de que el Tribunal Supremo haya moderado la pena examinada, por lo menos en tres casos (77), otorgando un plazo al deudor, hace pensar que nuestro Alto tribunal encuentra semejanzas entre la penalización y el vencimiento anticipado. Lo que no podría desprenderse de declarar inaplicables las normas sobre cláusula penal a los pactos de vencimiento anticipado, en todo caso, es que cabe el otorgamiento judicial de un plazo cuando la estipulación es explícita y expresamente penal, con base en el 1154, pero no cuando sea, al menos de nombre, una cláusula de vencimiento anticipado (78).

8) Cláusulas de indemnización preventiva

La distinción (79) que tiene mayor utilidad y que provoca mayor discusión doctrinal y judicial es la que existe o debe existir entre las cláusulas de liquidación de daños (80) y las cláusulas penales.

En la doctrina alemana se ha planteado la diferencia entre las *Vertragsstrafen* y las *Pauschalierungs-Schadenersätzen* (81), siendo en to-

(77) Sents. del T.S. de 5.2.1914, 3.7.1915 y 19.5.1958.

(78) La espera solicitada por el deudor que contempla el art 1912 C.c., guarda cierta similitud, si bien con la diferencia sustancial de la concurrencia de sus acreedores, que no tiene por qué darse en el deudor que solicita, ante el vencimiento anticipado de UNA deuda, la concesión de un plazo.

(79) Ver, en lo que al método forfaitario se refiere, lo dicho en el apartado num 4, pues muchas cláusulas forfaitarias son utilizadas como liquidación preventiva del daño. Es cierto también que se puede usar el término forfaitario para referirse a las cláusulas que estudiamos ahora, con una pequeña imprecisión, pues el forfait se refiere al método de cálculo no la finalidad indemnizatoria.

(80) Que no es igual que las cláusulas de modificación o, en general, limitación de la responsabilidad, examinadas antes. Liquidated damages clauses debería traducirse, creo yo, más correctamente, como cláusulas de liquidación indemnizatoria, puesto que damages no es exactamente daños, sino más bien indemnización o daños indemnizables, que no son todos los daños o losses. De ahí que la *Pauschalschadenersatz* alemana o indemnización global o forfaitaria sea probablemente su sinónimo.

(81) Vid. entre otros FIKENTSCHER, *Schuldr.*, 6 Aufl., Berlin, 1976, 90; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldr.*, 13 Aufl., 353; DUBISCHAR, *Luchterhand Reihe Alternative Komm.*, *Neuwied*, 1980, & 339, 4 y ss., 446; SOLLNER, *Münchener Komm. Vor & 339, Rdnr 3 y 5*; PALANDT/HEINRICHS, *Vorb. & 339, 2) F*); ERMAN/WESTERMANN, *BGB Handkomm.*, 8 Aufl., 1989, *Vorb. 339, 2.*

das las posturas coincidente la idea de que si una cláusula *sólo* tiene como efecto ahorrar al acreedor la prueba del daño es en principio una Schadenpauschalabrede (acuerdo indemnizatorio a tanto alzado o global) y no una pena. Al respecto, Beuthien (82) expone los criterios del BGH, que califica de insatisfactorios, y añade los suyos propios.

Para el Tribunal Supremo alemán (83), una cláusula debe considerarse penal cuando el pago de la cantidad prometida tiene como primera finalidad asegurar el cumplimiento del contrato (sic) principal y debe ejercer sobre el otro contratante la presión más eficaz posible, para que cumpla todos sus obligaciones contractuales. Por contra, nos encontramos ante un acuerdo de indemnización global (Schadenpauschalabrede) cuando pretende simplificar la determinación una pretensión contractual presupuesta y ya existente.

Beuthien propone a su vez criterios más definidores, que podemos resumir en los siguientes: a) mientras la penal supone para el deudor una obligación adicional a la principal que pretende asegurar, el acuerdo indemnizatorio únicamente regula el alcance de la pretensión indemnizatoria que nace de la obligación de cumplimiento vulnerada (84). b) aunque ambas, pretensión penal e indemnizatoria, presuponen la infracción de la obligación principal, la primera se conecta con el propio incumplimiento, mientras la segunda presupone que se han ocasionado daños, aun cuando no deba probarse su extensión real (85). c) en definitiva, la pena contractual tiene una función básicamente punitiva, mientras la indemnización prefijada globalmente tiene una función jurídica y económica exclusivamente resarcitoria (86).

Por su parte, la doctrina anglosajona, partiendo de la base ya mencionada, de que las Cláusulas penales o «penalties» son inválidas en principio y la Cláusulas de liquidación preventiva del daño, no, requiere una mayor precisión para decidir si nos encontramos ante una u otra, pues de ello se desprende la validez del acuerdo.

En el Derecho inglés, se manejan ciertos criterios constantes, admitiendo que hay una pena cuando ha sido estipulada «in terrorem» de la parte que incumplió (87), esto es, pretendida como medio de coerción del deudor para que cumpla. Las reglas de distinción se resumen en cuatro, que dicta Lord Dunedin:

(82) *Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe. Festschrift Larenz* 70 GbG, München, 1973, 495.

(83) BGHZ 49, 84 (89), NJW 1970, 29 (32).

(84) BEUTHIEN, *cit.*, 498.

(85) *Idem, cit.*, 498.

(86) *Idem, cit.*, 500.

(87) *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd. v New Garage and motor Co Ltd* (1915). AC, 79, 86, caso citado por toda la doctrina anglosajona y por DAVILA.

1) Una estipulación será considerada una pena «si es extravagante y desmesurada en relación con el mayor de los daños concebible que pueda seguir al incumplimiento» (88).

2) «Una estipulación será considerada como cláusula válida de indemnización preventiva (liquidated damages) si las circunstancias fueran tales que fuera imposible una estimación previa de los daños precisa y detallada, y la suma estipulada en la cláusula fuera un intento correcto de hacer una preestimación razonable» (89), entendiendo por correcta preestimación la que lo era cuando se hizo, esto es, al contratar, no al tiempo del incumplimiento (90).

3) «Cuando se establece una suma fija alzada, a pagar por uno o más o por todos los incumplimientos posibles del contrato (91), hay una presunción, pero sólo una presunción, de que es una pena, porque no puede ser un correcto cálculo previo de los daños, para todos los incumplimientos» (que trata por igual, cualquiera que sea su entidad) (92).

(88) *Dunlop. vs New Garage* (1915) citado antes.

(89) TREITEL, *Remedies*.. 230, que lo toma del Restatement 2nd, 356, de CORBIN *On Contracts*, 1963, & 1060 y de TREITEL. *The Law of Contract*, 1987, 711.

(90) TREITEL, *Remedies*... 231.

(91) En Estados Unidos, sin embargo se ha considerado que ante este tipo de cláusulas (que llaman escopeteras o *shotgun clause*), que si bien no suponen una razonable preestimación de los daños, puede considerarse constreñidas para el caso de incumplirse la obligación principal más importante, en cuyo caso, si la suma estipulada es una razonable preestimación de los daños, entonces debe ser admitida. Diversas sentencias de 1969, 1924, 1914 y 1889 citadas por CALAMARI, *The Law of Contracts...cit.*, 14.32.

(92) Esta tercera regla ha sido criticada por falta de precisión o porque no responde a los criterios que presiden la distinción entre una y otra. Aun así, los críticos ofrecen casos en que la regla es correcta: se comprende en los casos como aquél en que un colono se comprometió a pagar 3 libras por tonelada, en concepto de pena, por cada tonelada de paja o de heno que hubiera vendido por encima de las previstas durante los doce últimos meses del arrendamiento (*Wilson v. Love* (1896), 1 Q.B. 626). Se considera una pena porque el heno es más valioso que la paja y sin embargo tiene igual pena). O es razonable también este criterio cuando se paga una misma pena, por cualquier ruptura de contrato, por lo que se considera que la estipulación es penal, pues cubre a un tiempo e igual las graves que las leves: «una ruptura del pacto de no competencia no es igual al principio que al final del período en que rige dicho pacto» (TREITEL, *Remedies*... 231). No obstante, HARRIS considera que el mero hecho de pagar la misma cantidad por el incumplimiento de diversa importancia, en modo alguno, es definitivo para calificar la cláusula indemnizatoria de penal: lo que importa es que la pena no sea desproporcionada con el incumplimiento más leve, como ocurría en el caso *Dunlop vs New Garage* citado, que provoca la doctrina inglesa de las cuatro reglas. Se había acordado que el garaje: 1) no vendería neumáticos a particulares a precios inferiores a los del catálogo del fabricante; 2) que no suministraría a las personas que el fabricante hubiese suspendido el suministro; 3) que no expondría o exportaría los neumáticos sin autorización del fabricante. Y se estipuló una multa de 5 Libras por el incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones. No fue considerada una pena, pero la Cámara de los Loes no había considerado la multa aplicable a los supuestos 2 y 3. En cambio, en el caso *Ford Motor co v. Armstrong* (Court of App. (1915) 31 TLR 267), un acuerdo semejante al anterior, pero con una multa de 250 libras, fue considerado una suma arbitraria para todo tipo de incumplimientos, alguno de los cuales —estimaba el tribunal— era insignificante. (CHITTY/Harris, *On Contracts*, 25th Ed, 1727).

4) Una estipulación es penal si el incumplimiento consiste sólo en no pagar una suma de dinero, y la pena estipulada es mucho mayor que la que debería haber sido pagada» (93). Se supone que detrás de esta regla está la reticencia o el rechazo de los sistemas de Common Law a indemnizar el mayor daño en las deudas pecuniarias (94).

Las críticas de Treitel a estos criterios son feroces, en especial, a la tercera y cuarta: «...se las arreglan para conseguir el peor de los mundos. Ni logran la certidumbre del principio de exigibilidad literal, desde que hay dudas sobre la calificación jurídica de la cláusula, ni la flexibilidad del principio de exigibilidad sujeta a moderación, dado que no están los jueces facultados para ello. Por otra parte, priman indebidamente la redacción del contrato. Seguramente es cierto que no hay necesidades que genere un negocio razonable que no pueda satisfacer, con las reglas angloamericanas, un habilidoso redactor de contratos. El mayor peligro es para las cláusulas artesanales o caseras (home made), que pueden ser invalidadas aun cuando no sean intrínsecamente ilícitas (95)».

Por su parte, el Derecho americano, que comparte alguno de los principios del Derecho inglés y de las reglas antedichas, resume (96) la cuestión en tres criterios: primero, depende de la intención de las partes que quieren establecer una indemnización más que una pena (97); segundo, los daños deben ser inciertos o de difícil cuantificación, regla que no ha sido usada con frecuencia (98); y tercero, la suma estipulada

(93) Dunlop. v. New Garage.. citada 94.

(94) TREITEL, *Remedies*.. 232. Sin embargo como este autor afirma que, es posible haber hecho una correcta preestimación de los daños, conforme a la regla 2.^a, y exceder dicha cifra de los daños reales, y, por otra parte, los tribunales comienzan a admitir la indemnización del mayor daño en las deudas pecuniarias.

(95) TREITEL, *Remedies*,.. 233.

(96) CALAMARI. PERILLO. *The Law of contracts*, 3rd ed, .640.

(97) Pero este criterio no es definitivo, pues la intención de establecer una suma desproporcionada la invalida, y se debilita, pues, por un lado, los tribunales admiten cláusulas designadas como penales por los contratantes y, al contrario, desechan cláusulas denominadas de liquidated damages; y, por otro, porque son criterios abandonados por el UCC y por el New Restatement. La sección 718.2 del Uniform Commercial Code establece que: «Las partes pueden liquidar en el contrato los daños y perjuicios que cada una de ellas debiera eventualmente por incumplimiento; pero el importe fijado debe ser razonable en consideración del daño que cupiera prever que resultaría del incumplimiento o que resulte efectivamente de él, de las dificultades de la pérdida sufrida y de la dificultad o imposibilidad de obtener de otro modo una adecuada compensación. Una disposición que señale una tasa exagerada para los daños y perjuicios es nula como constitutiva de una penalidad» (traducción de la versión castellana del Tratado de responsabilidad civil, de MAZEAUD y TUNC).

(98) A este respecto, existe una evolución desde la incertidumbre en la cuantificación a la dificultad de la prueba del daño (UCC 2,718(1)). Por otra parte, los tribunales, aunque han prescindido raras veces de la regla de incertidumbre, lo cierto es que las cláusulas indemnizatorias, cuando más útiles son, es cuando los daños son de difícil prueba o en el caso de pactos de no competencia anejos a ventas de empresas o de

debe ser una razonable preestimación de los daños probables. De lo contrario, estaremos bien ante una cláusula penal, bien ante una cláusula indemnizatoria inválida.

El tercer criterio es el que más interés tiene para nosotros, pues aunque no se deriva, en el Derecho español, la invalidez de la cláusula, el Derecho americano utiliza la idea de que si la cláusula contiene una indemnización irrazonablemente alta (*unreasonably high*) (99) es nula como una penal.

La desproporción o irrazonabilidad del cálculo debe ser apreciada, según opinión dominante, tanto en el momento del contrato como en el momento del incumplimiento (100). No se requiere por otra parte que la suma fijada sea líquida (se admiten fórmulas) y se atribuye la carga de la prueba de la desproporción al demandado (101).

Para nosotros, la distinción entre uno y otro tipo de cláusulas no tiene tanta utilidad en tanto son lícitas tanto las penales como las cláusulas de indemnización preestimada. No obstante, las cláusulas penales tienen límites, los propios de toda convención (1255 C.c.), los específicos de las obligaciones pecuniarias, en que consistirán la mayor parte de las veces y por último, serán moderables por el juez si se rigen por el Código civil. No obstante, en nuestra doctrina Espin (Manual, II, 286) distingue: «La nota esencial a esta obligación es la de servir de medio de presión sobre el deudor para asegurar el cumplimiento específico... Se deduce, pues, de la naturaleza penal de esta cláusula que no será tal la estipulación que consista en una preventiva determinación de los daños y perjuicios ... cuando dicha liquidación se calcula sobre la realidad de dichos daños... Para que la preventiva determinación de los daños... tenga carácter penal, será preciso que su evaluación sobre-

negocios, por ej.) (CALAMARI, *cit.*, 642). Se entiende además que el criterio de incertidumbre puede referirse a: la dificultad de probar los daños, la dificultad de determinar qué daños fueron ocasionados por el incumplimiento, o de cuáles fueron contemplados al contratar, la ausencia de criterios estandarizados para medir los daños originados por un concreto incumplimiento, o la dificultad de pronosticar, cuando el contrato se celebró, todos los posibles daños que podría ocasionar uno de los posibles incumplimientos. (MACNEIL, *Power of Contract and agreed Remedies*, 47 Cornell L.Q., 502, citado por CALAMARI).

(99) Los alemanes recordemos que hablan de pena desproporcionadamente alta (*Unverhältnismässig hoch*); los franceses, de manifiestamente excesiva o irrisoria. Si la elevada o insignificante cuantía de la pena (a efectos de la validez o de la moderación) debe ser irrazonable, desproporcionada o manifiesta, será cuestión no sólo de traducción, sino, sobre todo, de finalidad de la norma. No son, sin embargo, criterios incompatibles.

(100) El criterio anterior al UCC («a la luz de los daños previstos o reales») era el de atender únicamente al momento de celebración del contrato. En ocasiones extremas se autorizó no seguirla porque había evidencia de que no existían daños. Pero se entendió que, aunque la previsión de daños se hace en el momento del contrato, de atender sólo a este momento, debería ser también admisible una cláusula penal que razonablemente previera los daños, aunque luego no sobreviniera daño alguno, puesto que la previsión no se juzga respecto al momento del efectivo incumplimiento.

(101) CALAMARI, *cit.*, 643.

pase la medida real del daño, de forma que este exceso actúe de modo eficaz como presión sobre el deudor...».

3.2. Distinción de figuras afines

A un lado los casos dudosos, no debemos sin embargo tener dudas en distinguir la cláusula penal de otras figuras que de forma recurrente suele manejar la doctrina.

1) Suele distinguirse de las Arras (102), pues no se requiere entrega de las mismas para que opere la penal. Y es posible que tengan carácter penal, pero no quiere decir que lo sean siempre. En todo caso y en este caso las arras cumplen una función instrumental (son parte o toda la prestación en que consiste la multa) al servicio del desistimiento, cumplimiento o indemnización en forma de pena. Se trata en todo caso de un instrumento (las arras) al servicio de diferentes funciones, aunque con el rasgo común de servir de solemnidad o de rito contractual al menos históricamente (103).

2) La pena es distinta de la multa penitencial, con ambigüedades terminológicas, pues si es multa (penal) no puede ser al mismo penitencial (104), aunque puede advertirse un convenido y convencional uso anfibológico o paradójico del término: multa penitencial es el dinero de arrepentimiento o desistimiento, que puede haber sido abona-

(102) Vid SANCHO. *Las arras contractuales*, en Estudios, II, 169. Aparte de que las arras puedan tener función penal, pero no siempre será así, no siempre fue fácil distinguir las arras pues por una parte arras y pena fueron evolucionando hacia una obligación pecuniaria en la mayoría de casos. Lo observa KNUTEL para el Derecho antiguo (*cit.*, 12) y lo hace IBBETSON para el medieval (*Journal of Legal History*, 1992, 1, 8). La distinción entre arra y pena no fue siempre clara. Es imprescindible además la lectura de Díez-PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, I, 474 y ss., donde se comentan los casos que permiten delimitar y cláusula penal, arras y fianza impropia o caparra.

(103) Es muy recomendable la lectura de IBBETSON, *cit.*, que nos recuerda la evolución del compraventa en la edad media y como al incrementarse las ventas a plazo se consolida la tesis del contrato como generador de obligaciones y se requieren una serie de ritos o señales materiales y formales que comprometan moral y jurídicamente al contratante (el apretón de manos; el godpenny o Gorttespennig, (que en España sería la señal, *cit.* 6) y el Vino tomado con el otro contratante y con los testigos que quedan vinculados como tales y que vinculan al que incumpla: con el paso del tiempo, en vez de vino al contratar (Mercipotus, Weinkauf o Leitkauf) se entregará dinero para estos menesteres, lo que asimilará a las arras y en algunos casos se transformará en tributo por la venta. (*cit.*, 8)

(104) La confusión no sólo terminológica parece invadir la doctrina y la jurisprudencia, a pesar de lo claro que lo estableció la STS de 28.12.1946. Hemos mencionado anteriormente la reciente sentencia del TS de 25.7.1991, que habla de sanción penitencial, recargo penitencial y multa penitencial. LOBATO define las arras penitenciales como medio lícito de desistir del contrato, al amparo del Art. 1153 Cc., aunque en realidad se trata de un supuesto de obligación facultativa (Cáusula,...107). Sin embargo ya advertía SAVIGNY la contraria naturaleza y función de una y otra institución: mientras la pena refuerza o fortalece el contrato, la multa penitencial debilita su fuerza vinculante. (*Le Obligazioni, trad italiana*, Torino 1915, II, 255).

do en formade arras o no, y que permite al penitente apartarse del contrato y extinguir la relación obligatoria (105).

3) La obligación condicional, pues el hecho incierto y futuro al que se condiciona la exigencia de la penal depende, en principio, de la voluntad del deudor (106) lo que lo inhabilita como condición. Además, la obligación principal, a la que tiene derecho el acreedor siempre que sea posible, se erige por encima de la obligación de cumplir la pena, que resulta accesoria. La obligación de cumplir la pena no nace automáticamente por el hecho de incumplir pues queda, salvo pacto en contra, la opción del acreedor que puede reclamar el cumplimiento.

4) La obligación facultativa, pues en la obligación penal, rara vez y salvo expresa atribución, tiene facultad solutoria el deudor. Se afirma que si el deudor tiene la elección, no estamos ante una cláusula penal.

Aun así y a pesar de la opinión de nuestro TS (107) y de algunos autores (108), parece que la extinción de la obligación reforzada con la principal liberaría al deudor de cumplir la pena, pero la extinción de ésta —si no fuera pecuniaria—, no le liberaría, aun en el caso de que su hubiere pactado expresamente en favor del deudor, en el sentido del art 1153.1 C.c. Si el cumplimiento (primera forma solutoria) resulta imposible por causa no imputable al deudor, éste no debe ya la pena (segunda forma solutoria). La pena estaría in solutione, pero en plano de accesoriidad respecto a la otra forma de pago (109).

5) La obligación alternativa, porque no están en plano de igualdad la obligación principal y la penal, como lo están las alternativas (110), que no se extinguen mientras haya una posible, mientras la pe-

(105) El término alemán medieval *Wandelpön* (o pena por cambio de voluntad del contratante) se encuentra en numerosos documentos. La multa *poenentialis*, si bien encierra la idea de pena, lo cierto es que no se trata de sanción a un acto indebido, pues se estipula el derecho de desistimiento; es un acto lícito, pues se impone al deudor una obligación facultativa (DAVILA, 43); sin embargo, se disuade de su ejercicio, con la imposición de la multa. Esta no es incompatible —no debería serlo al menos— con la indemnización (ex 1694 C.c.). Si fueran arras penitenciales, entregadas al formalizar el contrato, que se pierden por el desistimiento no excluirían la indemnización del daño probado. Aunque la pena sustituye, salvo pacto, a la indemnización, si las arras penales o la multa penitencial, tienen carácter penal, no tiene mucho sentido que en tal caso sea inexigible la indemnización de los daños irrogados por el incumplimiento. El ejercicio del derecho obligaría a indemnizar si fueron arras penitenciales, pero no el incumplimiento del contrato si se consideró *pena* de arrepentimiento.

(106) Se trata de los incumplimientos que le son imputables, aunque es cierto que puede asumir por pacto, causas de incumplimientos ajenas a su voluntad.

(107) Sentencias de 28.12.46, 13.6.1962 y 21.2.69.

(108) ALBALADEJO, Coms. CC, 474; RUIZ VADILLO, 388; MARTÍNEZ PEREDA, ADC, 1972, 523.

(109) Podríamos decir que es una obligación facultativa condicionada, a que se extinga la forma principal de pago por causa no imputable al deudor, pero quizá es un empeño inútil.

(110) De acuerdo, para el Derecho suizo VONTUHR/ESCHER, 278.

nal se extingue si la principal lo hace (111). Además, y quizá por ello, la norma dispositiva del Código es que mientras la facultad de elección entre las alternativas corresponde al deudor, es el acreedor insatisfecho quien tiene la opción (112) entre la pretensión de cumplimiento o la pena, salvo pacto en contra (113).

Para determinar si ante determinado pacto, nos encontramos ante una obligación alternativa o una pena, es interesante recoger aquí un criterio que manejan los jueces norteamericanos: cuando se pacta que un constructor debe levantar un edificio en un tiempo y condiciones concretas, y si no lo hace, pagará una suma de dinero, se entenderá la intención de pactar una obligación alternativa si esta última cláusula ha sido solicitada por la parte obligada a ello (114).

6) *El pacto de intereses de incumplimiento*

A pesar de las diferencias (115), la cláusula penal puede adquirir la forma de un pacto de intereses de demora (116), a menos que éste se remita a los intereses legales. Supone normalmente un plus punitivo y disuasorio para el deudor, a la vez que sustituyen a la indemnización legal (art 1108 C.c.). Cualquiera que sea la fórmula empleada, los intereses moratorios serán exigibles si y sólo si el deudor incumple la obligación pecuniaria principal por causa que le sea imputable y se coloca en situación de mora.

(111) La doctrina de nuestro T.S., en este sentido, es estable: vid. sents de 29.4.1965 y 20.6.1981.

(112) La doctrina germana habla de *Wahlrecht* y de crédito, que no obligación, alternativo. No es una *Wahlschuld*, pero para algún autor tampoco es una *alternative Forderung*, sino una así llamada *alternative Ermächtigung* en favor del acreedor. No es crédito alternativo (obligación alternativa con elección del acreedor) porque la imposibilidad de la obligación principal no imputable al deudor NO concentra el derecho de crédito en la pretensión de la pena (VON TUHR/ESCHER, 281), sino que la extingue.

(113) TREITEL, 214; DAVILA, 165 y ss. quien recuerda que no es muy seguro que sirva la distinción entre las dos obligaciones (principal y penal) en un caso, y una en el otro (la alternativa elegida) pues es posible que la diferencia sea más bien *plures in obligatione*, una *in solutione*.

(114) Este criterio es indiciario pues, en definitiva, deberán los jueces determinar qué obligación se ha querido pactar. CALAMARI PERILLO, *The Law of contracts*, 3rd ed, St Paul, 1987, 14.34, 646.

(115) GÓMEZ CALERO, 78, que más que diferenciar penal de pacto de intereses, resalta la conveniencia de distinguirlos pues podemos encontrarlos ante «más que una cláusula penal, un pacto de intereses usuario que como tal sería ilícito». Lo que no parece aclarar este autor es si concibe la intersección de ambos conceptos, esto es, pactos de intereses que constituyen penalización y no usura; RUIZ RICO, 828, que ofrece criterios para distinguirlos, no encontrando dificultad en caso de pena no pecuniaria o de pena pecuniaria que no guarde relación alguna con la cantidad o la duración del retraso; LOBATO, 117.

(116) Cfr. DAVILA, 190.

Pero no siempre los intereses de demora tendrán la naturaleza de pena moratoria. Se puede establecer una graduación según la cuantía de los intereses pactados: habrá intereses de demora no penales, cuando sean los legales, o los habituales en el mercado, o los mismos que los intereses de cumplimiento.

En cambio, serán penales cuando excedan de los tres anteriores (si los intereses de demora son iguales que los de cumplimiento, nada teme el deudor incumplir pues su responsabilidad no se ve agravada); por último, serán usurarios, aquellos intereses que imponen una penalización superior (117) a lo usual y razonable.

El criterio de razonabilidad, o lo que es lo mismo, el listón que separa la cláusula penal admisible de la usura, esto es, los intereses penales de los intereses usurarios, puede colmarse acudiendo a las valoraciones de mercado y a criterios históricos que quizá hayan arraigado profundamente en nuestra cultura: *stipulatio duplae* en el *ius commune* (118) y el límite del doble de la cantidad debida que establecen los textos históricos (119). En todo caso, habría que añadir que el doble, criterio hoy abandonado, sería en todo caso, respecto de los intereses (120) de cumplimiento, nunca del capital prestado. Cabría proponer que los intereses de incumplimiento no deben duplicar el tipo de interés de cumplimiento, más allá de lo cual se entiende usurario. No obstante, este criterio es discutible.

Si admitimos que es lícito agravar la responsabilidad del deudor con una finalidad básicamente preventiva, es lícita y admisible la pena que establece unos intereses superiores a los normales, pero habrá que establecer un listón que sea compatible con las buenas costumbres (121).

(117) SAVIGNY: Es ilícita una cláusula penal aneja a un mutuo cuando esconde, bajo falsa apariencia, un acuerdo de intereses usurarios. (*Oblig. cit.*, 260) VON TUHR: El pacto de una pena que represente la explotación usuraria de la parte más débil es nulo (*Oblig.*, 241).

(118) Según WINDSCHEID, 258, Nota 9 y GIERKE, 374 que citan el texto de C. 7, 47. Para el derecho romano vid. KASER. *Das römische Privatrecht, I, 2te Neubearb.*, München, 1975, 519, Nota 4; KNUTEL, *Stipulatio...*, *cit.*, 159 y ss.

(119) Ley CCXLVII, del Estilo (Que la pena puesta en gran cantidad no se entiende más de dos al tanto). Ley 5, tit 18, Lib. del Fuero Real anula la pretensión (el pleito) si la pena traspasa el límite; POTHIER. *Obligaciones*, 346; Código prusiano 1, 5, 301; y antiguo Código de comercio alemán (ADHGB) par. 284.

(120) D. 22,1,4. Nadie puede estipular una pena por los intereses que exceda de la medida del interés legal. (Poenam pro usuris stipulari nemo supra modum usurarum licitum potest). Vid. VISKY *L'applicazione del limite delle usure alla pena convenzionale in diritto romano*. IURA, XIX (1968), I, 67

(121) VON TUHR: Una pena convencional es contraria a las buenas costumbres cuando provocaría la ruina económica del deudor y representaría una explotación usuraria de la parte más débil... Hay sin embargo casos en que la pena se presenta como excesiva sin que por ello pueda decirse que el hecho de pactarla es contrario a las buenas costumbres...por ejemplo, cuando, por efecto de un cambio sobrevenido en las circunstancias, la cuantía de la pena vencida no guarde proporción racional con el daño inferido al acreedor. (*Obligaciones*, II, 241).

4. SENTIDO NEGOCIAL DE LA CLAUSULA PENAL

4.1. Incorporación: causa de la cláusula

¿Cómo se incorpora la cláusula penal al contrato, cobrando sentido y reconocimiento por el ordenamiento? La doctrina de nuestro T.S. se resume en las siguientes líneas:

La cláusula penal es una obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y en favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento o cumplimiento irregular de una obligación contractual, a la vez que valora anticipadamente los perjuicios que acarrea tal situación (122).

Desde el punto de vista material, la estipulación penal puede estar incluida en el contrato original o acordarse posteriormente en un anexo, pero parece imprescindible siempre que se acuerde *antes* de producido el incumplimiento que sanciona. La idea de estipulación anticipada se remonta al Derecho romano, perdura en la Edad media (123), y se mantiene hoy en día (124).

Desde el punto de vista negocial, parece clara la idea de accesoriidad, titubeante por ejemplo en nuestro T.S (125), pues se desprende de la misma formulación de la idea y cualquiera que sea la concepción resarcitoria o punitiva que compartamos. Tanto si pensamos en cómo compeler al deudor a cumplir puntual y propiamente sus obligaciones como si pensamos en qué medida podemos aligerar al acreedor lesionado la costosa prueba del daño sufrido por el incumplimiento de alguna o todas las obligaciones nacidas del contrato, surge, por exigencias causales, la obligación de concebir y formular la idea de pena convencional como obligación accesoria y no independiente o primordial (126).

La causa de la obligación penal se encuentra en una obligación válida preexistente, o nacida simultáneamente, que se pretende reforzar o cuyo incumplimiento se pretende valorar, de forma que no existiendo válida obligación jurídica, carece de reconocimiento por el ordenamiento la existencia de una obligación penal exigible.

Aunque volveremos sobre este punto, la idea de incorporación al contrato de una cláusula penal no es sólo material, sino ontológica. La

(122) Sentencia de 16.4.1988., como reciente ejemplo de muchas anteriores.

(123) NOONAN, *op. cit.*, 108.

(124) TREITEL, *op. cit.*, 211: «Si se hace la estipulación después de que el incumplimiento ha ocurrido, en principio, no es una pena».

(125) Recuérdese la STS de 28.1.1992, citada en la Introducción y sobre la que volveremos.

(126) La idea de accesoriidad no vacila ni en la doctrina, ante los pretendidos casos de cláusula penal independiente en que piensan los alemanes (selbständiges Strafsversprechen). El hecho de que estos le llamen penal no auténtica, parece dejar bien claro que la idea de pena requiere una obligación principal que reforzar.

cláusula penal necesita para existir una obligación principal que reforzar o de la que valorar anticipadamente y sin necesidad de prueba los daños derivados de su incumplimiento.

Ahora bien, la causa de la cláusula penal se encuentra en la idea de reforzamiento de la obligación, por una amenaza legítima al deudor de un agravamiento probable de su responsabilidad. Es dudoso que tenga causa protegible el establecimiento de cláusulas penales sobre actos u omisiones inimputables (127) al deudor, o sobre actos ya sancionados por otras normas, o sobre actos no exigibles.

4.2 Propósito negocial de la estipulación

Distinto de la causa es el propósito buscado por los estipulantes. ¿Cuál es la finalidad buscada por las partes, por separado o conjuntamente? Básicamente liquidar por anticipado los daños a indemnizar en determinados casos de incumplimiento; eximir de la prueba del daño al acreedor; y compeler al deudor a cumplir al margen o sin necesidad de establecer garantías propias.

Desde el punto de vista económico, las partes pueden encontrar en la estipulación penal ciertas ventajas que cumplen: evaluar por adelantado el riesgo de cada negocio, eliminar gran parte de la litigiosidad procesal y dotar de eficiencia y certidumbre la operación negocial efectuada.

Frente a esto, es posible (y frecuente) que se originen distorsiones derivadas de la pena impuesta: un abuso del acreedor que establece una pena exagerada o que pretende eludir las normas sobre pacto comisorio o usura, más si le consta la dudosa solvencia del deudor; o un abuso del deudor que establece una pena irrisoria y busca limitar su responsabilidad de forma desproporcionada.

(127) Porque una cosa es que el deudor haya asumido por convenio la responsabilidad por caso fortuito (ex art 1105 C.c.) y otra que se le «castigue» por un incumplimiento debido a caso fortuito. Aunque no es imputable, el deudor ha asumido la responsabilidad incluso de los casos fortuitos. Para SAVIGNY, si se considera la finalidad de la cláusula penal, que es provocar un hecho o una abstención, será necesario exigir la imputabilidad, pues faltaría la eficacia y la razón de ser del temor a la pena si el hecho u omisión que se desea obtener, no dependiese de la voluntad del deudor. La lógica debía conducir a los juristas romanos a tratar la cuestión en este sentido, cuando la obligación principal era *bonae fidei* ya que en estos casos, no se contemplaba más que la finalidad del acuerdo.... Esta opinión es pues la única que puede concebirse en el Derecho actual, de forma que la cláusula penal golpee hoy sólo a los deudores cuyo incumplimiento sea imputable (*Obbligazioni*, II, 259). Sin embargo, VON TUHR/ESCHER consideran admisible la pena estipulada por incumplimientos no culpables (*Allg Teil*, 281). Nuestro T.S. sin embargo deja la cuestión abierta. Por ejemplo, la Sent de 4.7.1988 dice que la efectividad de la cláusula penal sólo «puede tener lugar cuando el incumplimiento o cumplimiento defectuoso sea debido, a dolo, culpa o cualquier otra causa IMPUTABLE a la parte que asumió la responsabilidad accesoria derivada de dicha cláusula», lo que, a mi juicio, no excluye el caso fortuito, si así se pactó. Vid más adelante, la EXIGIBILIDAD de la pena.

6.3. Relevancia del acuerdo (128) sobre la estipulación penal: la previsión del daño

Ahora bien, en todos estos casos, parece que las partes contratantes están *contemplando* el incumplimiento, de forma expresa y explícita. Esto se afirma con ciertos matices cuando la penal está incluida en condiciones generales, pues en ese caso el predisponente impondrá al adherente su particular previsión de las consecuencias del incumplimiento, o cuando la penal venga impuesta por la ley que regule el contrato. Sea impuesta la pena unilateralmente o no, parece relevante el contenido de la cláusula en relación con los artículos 1106 y 1107 C.c. y el concepto de previsibilidad que se pueda manejar (129).

La pena que sustituye a la indemnización parece, a primera vista, manifestar de forma explícita los daños previstos por las partes a la hora de contratar.

Si, conforme al art. 1107.1, los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los que se hayan previsto o se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su incumplimiento, es razonable plantear que la pena pactada comprende estos daños, de forma que sólo en caso de incumplimiento doloso, cabría resarcir además otros daños.

No es, sin embargo, del todo correcta esta idea. Por una parte, es posible que los daños previstos al pactar la pena sea unos y los daños comprendidos para calcular la suma estipulada sean otros, o que se comprendan en la pena sólo alguno de los previstos y además un plus de refuerzo de la obligación. Por otro lado, habrá que tener en cuenta si la cláusula penal fue negociada o no (condiciones generales o de origen legal) y caso de serlo, si la información de que disponían ambos contratantes, si no semejante, cubría al menos para cada uno el riesgo completo de su negocio y los daños que afrontaba en caso de incumplimiento.

Por ello, existen dos requisitos para que pueda asemejarse pena a la indemnización del art 1107.1: primero, que ambos contratantes hayan dispuesto de información semejante o suficiente para evaluar correctamente sus daños; segundo, que hayan querido traducir dicha previsibilidad en la cláusula penal.

(128) Sobre la relevancia del MOMENTO del acuerdo, veremos que puede ser decisivo para determinar si la estimación es correcta, excesiva o irrisoria, atendiendo al momento en que se hizo, por lo que atañe a su validez.

(129) Por eso es posible que se pacte que los contratantes con la cláusula penal sólo indemnizan el daño emergente, pero no el lucro cesante (Sentencia italiana de Casación 2020/76). Sobre la previsibilidad del art. 1107, *vid.* por todos, PANTALEÓN, El sistema de responsabilidad contractual (ADC XLIV, julio septiembre 1991, 1019) y DE ANGEL, Comentarios al C.c., Ministerio Justicia, 1991, artículos 1106 y 1107.

Veamos un ejemplo. Unos grandes almacenes ofrecen a sus clientes una tarjeta de crédito al consumo para compras en sus establecimientos; en sus condiciones generales se establece, en caso de no poder cumplir el cliente la deuda pendiente o cualquier otra condición estipulada, que el Acreedor puede cancelar la tarjeta, que puede exigir el reintegro de toda la deuda pendiente, así como los gastos, los intereses y demás cantidades devengadas por el uso de la tarjeta; que todos los gastos, tasa y costas del procedimiento serán a cargo del demandado, incluidos los honorarios de abogado y procurador, aun cuando la intervención de éste no fuere preceptiva; una comisión de 750 pts por la devolución del importe de cada liquidación, en concepto de gastos de gestión de impago, además de los intereses debidos hasta el completo reintegro de la deuda.

Otros grandes almacenes establecen que en caso de impago, además de unos intereses de demora elevados un 10% mensual sobre los intereses ordinarios, se exigirán al deudor gastos, intereses y cantidades debidas por el uso de la tarjeta.

También es posible que los contratantes decidan y expresamente establezcan que en la pena sólo se entiende comprendido el daño emergente, pero no el lucro cesante, susceptible de prueba y ulterior indemnización (130).

En los tres casos, sumado a que ninguna de las veces han sido negociadas las condiciones del contrato, el acreedor de las distintas penalizaciones incluye o descarta otros conceptos indemnizatorios distintos del mero incumplimiento.

Sean cuales fueran los daños que el acreedor contempla a la hora de celebrar el contrato, puede que no todos estén incluidos en la pena o recargo exigible al deudor. Por ello, en un principio, la pena no siempre contempla todos los daños previsibles y previstos. Parece que la mención por el pacto de determinados conceptos indemnizables al margen de la pena los excluye de ésta, y su no mención los incluye, en principio, en la pena impuesta.

Si la información del acreedor es incorrecta y no se adecuaba a una razonable previsión de los daños, es posible que el art. 1107 autorice a pedir, además (131) de la pena, los daños previsibles no contemplados por ésta, y originados por el incumplimiento de la obligación que pretendía reforzar.

(130) Como el caso de la Sent. de la corte italiana de Casacion 2020/76, citada por DE NOVA (Comentarios C.C. CENDON, 650).

(131) Ya veremos más adelante que es posible que la indemnización del mayor daño, como consecuencia del *Wahlrecht* o alternativa abierta al acreedor entre pretensión de cumplimiento y pretensión penal. No es el caso en que se pide la pena y ADEMÁS el daño excedente, sino SOLO la indemnización de TODO el daño, porque la pretensión de la pena es incompatible con ella.

Podría pensarse, en una línea de *ius strictum*, que la pena agota y precluye toda indemnización. Sin embargo, la razón por la que llamamos penal a esta cláusula estriba en su poder disuasorio del deudor, para reforzar el vínculo contractual. Cuando el deudor sabe que la pena (por las razones que sean, incluidos el mal cálculo o previsión anticipada de daños) es notablemente inferior a los daños que son previsibles después, pasado un tiempo, después de celebrado el contrato y antes de incumplir, no hay duda de que la pena habrá perdido toda función de refuerzo.

La estimación previa que hacen los contratantes al cuantificar la pena no tiene, a mi juicio, ni el efecto de precluir (132) la acción derivada del 1107.1, argumentando que la previsibilidad prevista por dicha norma ha sido objetivada y agotada (133) en el acuerdo —y a éste hay que atenerse literalmente—, ni el valor legal que pueden tener, por ejemplo, las declaraciones de valor que hace el cargador en la carta de porte de un contrato de transporte o en el conocimiento de embarque, que le vinculan en la eventual pretensión indemnizatoria.

Mientras las normas mercantiles aludidas (134) excluyen tajantemente la pretensión posterior de un valor diferente del declarado (135), el Derecho civil admite expresamente que el acreedor exija el cumplimiento de la prestación en vez de la pena; esto es, no está vinculado por la pena, de forma que si al acreedor la pena

(132) A menos que expresamente se pacte, la cláusula no será una limitación convencional de la responsabilidad, pues su finalidad es, como ya hemos visto, contraria. Debe especificarse para que así se entienda, pero no puede presumirse.

(133) En la elaboración del BGB ya se planteó la cuestión cuando el acreedor tiene sólo la elección entre la pena y la pretensión de cumplimiento con su correspondiente indemnización. «Si la indemnización de los daños superase la pena estipulada, sólo le queda al acreedor, no la pena, sino elegir el cumplimiento con su respectiva indemnización. En tal caso debería probar los daños a indemnizar y si la prueba fallara, perdería la indemnización, pues, una vez hecha la elección, ya no podría volver a (pretender) la pena. Si hubiera elegido la pena, según el parágrafo 6, sólo podría pretender la pena y, con ello, la proporción de indemnización que ésta representase, perdiendo por el contrario la suma indemnizable que excediera de la pena. Este resultado sin embargo, por lo general, puede no haber querido ser previsto por las partes, ya que la ESTIMACION de los daños causados por el incumplimiento del contrato, contenida en la fijación de la pena es solamente PROVISIONAL, basada en el previsible y probable curso de las cosas, en relación a la cual no hay motivo alguno para establecer una PRESUNCION de que con ello, el acreedor haya querido RENUNCIAR a los eventuales daños (sic) resultantes por encima de la estimación hecha, y probablemente no previsible al tiempo de celebrar el contrato». (Die Vorlagen für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines BGB, herausg. Schubert, Berlin, N. York, 1980, Recht der Schuldverhältnisse, Allg Teil, I.2.I.3, p. 343, trad. mía).

(134) Artículos 351, 372 y 706 del Código de comercio.

(135) Valor histórico declarado en la carga y comprobado en caso de controversia, mientras que la penal se refiere a un valor futuro e hipotético. Sería irrazonable que la declaración de un valor conocido y la previsión de un valor desconocido tuvieran igual fuerza vinculante para el declarante.

le proporciona una utilidad valorada en 80 y la obligación principal, en 120, el acreedor, salvo expresa reserva de la facultad solutoria al deudor, es muy libre de exigir 120 y no 80.

La pretensión de la pena le exime de la prueba del daño, pero no le prohíbe probarlo. Pues, como dice De Cupis, «la declaración de valor es una declaración de ciencia que al insertarse en el contrato deviene elemento constitutivo de la voluntad contractual en orden a la liquidación del daño futuro; en la cláusula penal la voluntad contractual se encamina al mismo fin, pero sin adquirir el contenido propio de una manifestación de conocimiento unilateral. Puede también suceder que dicha cláusula sirva para situar (sic) en el contrato el conocimiento de una de las partes sobre la medida de su interés; pero esta posibilidad no afecta a su esencia» (136).

¿Cuál es el sentido que tiene entonces la cláusula penal en el contrato? Básicamente la de determinar una prestación exigible por el acreedor sin necesidad de probar ni la existencia ni la cuantía del daño sufrido (137). En lo que ambas partes se ponen de acuerdo es que el acreedor no necesitará probar el daño para exigir la pena establecida. Lo que se deberá probar en cada caso es que se da el supuesto de exigibilidad de la pena y, según los casos, será el acreedor quien deba probar el incumplimiento de la obligación negativa o el deudor, el cumplimiento de la positiva.

Este acuerdo, que cumple una finalidad auxiliar en lo indemnizatorio, es básicamente coercitivo del deudor, pues pesa sobre éste la doble desventaja convenida de que el acreedor no deberá probar el daño —a diferencia de lo normal— y de que la suma acordada es probablemente mayor que la indemnización debida conforme a las reglas comunes. Lo primero es definitivo, pero este último aspecto es secundario, porque la coerción se debilita si el deudor comprueba que la pena es inferior al daño posteriormente sobrevenido y porque, ya dijimos antes, que la pena pronostica el daño probable, pero no lo asegura (138).

(136) El Daño, *cit.*..., 501.

(137) Decía WINDSCHEID, después de citar diversos fragmentos del Digesto, que en este caso «la pena tiene la naturaleza de ser una estimación del interés de la obligación, hecha en favor del acreedor, que le libera de la prueba de su cuantía. (D 3,15,7). En esta materia, debe tomarse en caso de duda como significado de la voluntad de las partes que el acreedor, cuando ha exigido lo uno, que aún debe poder exigir lo que exceda de lo otro. (Lehrbuch des Pandekten, 3te Aufl., 285, Nota 15, vol II, 102).

(138) En ninguno de los dos sentidos. Ni asegura que esa sea la cuantía del daño ni garantiza que se vaya a satisfacer. A diferencia de la pena, las garantías en sentido propio pueden asegurar no sólo al acreedor que va a cobrar sino que garantiza a veces al deudor que no excederá de determinada suma (la hipoteca de responsabilidad limitada). La pena no asegura ni a uno ni a otro estos extremos, simplemente releva de la prueba del daño por el importe de la pena al acreedor, lo que compele algo al deudor, aunque no garantiza al acreedor su cobro efectivo.

4.4. Tipología y formulación de la cláusula penal

Vistos en la introducción alguno de los problemas planteados, dada la escueta regulación de la penal en nuestro Derecho, creo que sería conveniente repasar alguno de los supuestos más frecuentes que el mercado ofrece. Si nos damos cuenta, la abstracta (y omnicomprensiva) regulación del Código no es en sí misma mala (no voy a reproducir aquí las ventajas de una norma abstracta frente a la casuística), pero creo que conviene analizar e interpretar según el caso concreto de cada cláusula penal o de cada estipulación con vocación de penal.

Superada la teoría de la intención (139) que hacían a los escolásticos rechazar o admitir determinadas cláusulas contractuales o la misma posibilidad de obtener un pago de algo más que el capital, no queda sin embargo descartada (140) la obligación de interpretar la intención de las partes contratantes, considerando también su error o acierto al redactar o designar la cláusula, su contenido y su carácter. Veamos cuáles son las fórmulas básicas y más corrientes de pena convencional y establezcamos algunos criterios sobre su calificación. Una vez sentado esto, podremos recordar y volver al Código civil español y reinterpretar sus normas, creo yo, de forma más adecuada.

¿Cuáles son las fórmulas ordinarias (141) de estipulación penal?

La c.p. suele imponerse en:

a) contratos traslativos de dominio

aa) promesa de venta

— por no celebración de la venta prometida (caso que origina las STS de 28.12.46 y de 13.3.90).

bb) Compraventa

— por no entrega de la cosa vendida (STS 26.12.90 o la STS 20.5.86, relativa a un contrato de suministro), de la finca permutada (STS 3.10.85), por no desalojarla (STS 28.11.78), por no desahuciar al arrendatario (STS 10.4.56) o por no extinguir la servidumbre (STS 28.12.46). La pena puede consistir en un descuento del precio (STS 20.5.86) o en el abono de multa con resolución..

— por incumplimiento de deberes asumidos en la transmisión de los derechos, como el pacto de no competencia (STS 21.3.50, aunque se discute si hubo verdadera venta).

(139) NOONAN, *cit.*, 107 y ss.

(140) Como ya hemos visto, los estadounidenses van abandonando el requisito de la intención de las partes pues los tribunales reconocen como penal lo que las partes intentaron como liquidatorio y viceversa. CALAMARI/PERILLO, *cit.*, 276.

(141) Mc GREGOR ejemplifica de forma comparativa en qué contratos suele estipularse una pena y en cuáles suele establecerse una indemnización liquidada preventivamente. (On damages, 14th ed, London, 1980 para. 363 y ss.).

bb') incumplimientos del comprador (142)

— por no pago del precio, que puede gradualmente significar:

1. Sin haber habido entrega de la cosa, multa adicional, o pérdida de la señal, más intereses de demora por los plazos no pagados (STS 7.6.91) y, en su caso, pérdida de cantidades entregadas y resolución.

2. Habiendo entrega y disfrute o uso por el comprador, pérdida de parte (STS 28.11.78, 23.5.90) o de todas (STS 11.3.57) las cantidades entregadas o de la señal (que responde de los daños, según literalmente prevén los litigantes que originan la STS 4.11.58), resolución y devolución de la cosa, que a su vez está penalizada caso de dilatarse (STS 28.11.78), o cuyo incumplimiento es susceptible de indemnización aparte de la penal (STS 7.12.90).

b) contratos arrendaticios.

— por no realizar la obra.
— por no entregar el objeto arrendado (una mina, STS 25.10.32), la obra, total o parcialmente, (entre otras, 24.1.11, 17.2.59, 13.10.66, 1.10.90, 10.5.89) significa descuento del precio, calculado por los días de retraso, que es gradual, aritmética o geoméricamente (el primer mes, a una cantidad por día, el segundo, al doble y desde el tercer mes, al cuadruple, como el caso que origina la STS de 20.2.89).

— por no prestar los servicios o cesar su prestación (STS de 26.3.06, 3.3.56 y 22.11.89).

— por no pagar el precio (3.7.15, que examina un arrendamiento con opción de compra, 13.6.89).

c) contratos bancarios, crediticios (143) y cambiarios

— por descubierto bancario, aumento de los intereses - por impago del plazo o de la cambial (sents. de 24.3.09, 28.10.57, 8.2.89, 23.5.90) aumento de los intereses y vencimiento anticipado.

(142) Junto al incumplimiento típico, que es el impago del precio, existe en materia de Viviendas de protección oficial y otras normas de derecho público, sanciones al comprador que no ocupa la vivienda o que no reside habitualmente en ella, con pérdida de derechos y reversión.

(143) Son especialmente llamativos, además de los conocidos intereses de demora en préstamos, y los descubiertos en cuenta corriente, los usos del mercado en materia de tarjetas de crédito y crédito al consumo. Examinando las condiciones generales de tres tarjetas de crédito de centros comerciales madrileños se observa la aplicación de intereses de demora incrementados, en un caso del 1,75 (ordinario) al 1,85 mensual (demora) (Jumbo); en un segundo caso, se mantiene siempre el 2% mensual hasta la satisfacción de la deuda (M&S); en un tercero, se establece un fijo de indemnización del 8% del importe impagado más los intereses ordinarios hasta su pago (Pryca).

d) contratos societarios (144)

— por incumplimiento de deberes pecuniarios, pérdida de condición de socio o de derechos sociales.

— por incumplimiento de deberes formales, multa o incluso pérdida condición de socio.

— por incumplimiento de cualquiera de los deberes estipulados en el contrato (STS 19.6.41, en que se examina una «cláusula de garantía y sanción de conducta»).

e) Transacciones

La cláusula transaccional de un contrato o de un acuerdo novatorio puede contener una pena por litigar o reclamar judicial o extrajudicialmente las obligaciones recíprocas nacidas antes del contrato, que se consideran extinguidas (STS 15.2.35, que impone una multa fija de cien mil pesetas).

f) Pactos de no competencia

Normalmente insertados en un pacto mayor (contrato de trabajo, venta de empresa, explotación agrícola o establecimiento), hay que distinguir aquellos sometidos a la legislación laboral (145), donde opera un límite temporal, de los mercantiles y civiles, donde hay mayor libertad contractual. Alguna legislación especial (v. gr. arts. 7,8,51,52, y 91 LPI) puede prohibir la competencia y en consecuencia podría ser admisible el pacto cuyo único contenido es fijar las tarifas de autorizaciones y licencias y (o únicamente) las multas y penas a pagar por incumplir la prohibición.

5. LA CALIFICACION DE LA ESTIPULACION. VALIDEZ, EFICACIA Y EXIGIBILIDAD DE LA CLAUSULA PENAL

Después de ver algunos de los casos más frecuentes de cláusulas penales o, al menos, de los que provocan la litigiosidad que termina en el Tribunal Supremo, parece necesario recordar que la cuestión fundamental es la calificación jurídica de la estipulación prevista para el incumplimiento.

(144) Se plantea en materia de sociedad la cuestión ardua de la sanción al socio, cualquiera que sea su naturaleza. Aunque se comparta la tesis de la duplicidad de planos y regímenes jurídicos (sociedad *ad extra* y sociedad *ad intra*, vid por todos PAZ ARES, Comentarios al C.C., Ministerio de Justicia, arts. 1665 y ss.), no es posible impedir el control de validez de las cláusulas intrasocietarias, y, de forma especial, las de carácter «disciplinario» o sancionador. (Vid BÖTTICHER, *Wesen und Arten der Vertragstrafe*, ZfA, 1970, 44 y ss.). No obstante la doctrina alemana rechaza su carácter de pena convencional y la sitúa, con propia naturaleza, dentro del poder sancionador de la asociación (BGH, 21, 374, Palandt/Heinrichs, Vor 339, 2 d)).

(145) Vid CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ. Prohibición de competencia y contrato de trabajo, Madrid, 1977.

5.1. Contenido de la obligación penal

No definen ni Código civil ni Código de comercio en qué consiste la pena y aunque el término empleado podría tener, por razones históricas, connotaciones pecuniarias, no cabe afirmar sino que la pena puede consistir en un dar, u hacer o un no hacer, como cualquier otra obligación: El Proyecto de 1851, en su art. 1079, decía que «hay obligación con cláusula penal cuando el deudor se compromete a dar o a hacer alguna cosa para el caso de no cumplir la obligación principal». Sin embargo, la Compilación foral navarra, en su ley 518, parece circunscribirla al pago de una cantidad, lo que, aun pudiendo ser sólo pecuniaria, no creo que autorice a excluir el pago de otras cosas.

Del examen de las cláusulas penales más frecuentes se pueden recordar penas de pago de dinero adicional al inicialmente debido, de pérdida de cantidades entregadas como señal o como cumplimiento parcial, de pérdida de valor del derecho de crédito correspondiente (se descuenta del precio que debería cobrar el contratista en contraprestación de la obligación incumplida) y, en muchos casos, como causa de resolución sin derecho de restitución o con pérdida de derechos sociales, que equivale a una resolución o que induce al socio a abandonar la entidad que le sanciona.

En resumen, en las obligaciones de hacer y de dar no pecuniarias, se suele estipular una reducción de la contraprestación; en las pecuniarias y en las de no hacer (de manera especial, pactos de no competencia) suele exigirse una suma de dinero, incrementándose los intereses o exigiéndose una fija cada vez que se incumple.

5.2. Contenido no penal de la cláusula

Conviene distinguir lo que es penal de aquello que, aun incluido en la estipulación penal, no implica una consecuencia agravada por incumplimiento: por ejemplo, la resolución. Debemos diferenciar la resolución por incumplimiento, lo que a pesar de estar incluida en la cláusula, no constituye en sí una pena, de resoluciones «penalizadas» o agravadas: son aquellas que se prevén por incumplimientos insignificantes, o de deberes formales subsanables, que en un contrato «normal» y habida cuenta de la mínima cuantía del daño inferido, nunca constituirían causa de resolución; y por otro lado, son aquellas resoluciones que agravan las consecuencias legales de la misma: las que dispensan del requerimiento exigible conforme al artículo 1504 C.C. o de las que privan de derecho a la restitución tras la resolución de la obligación.

5.3. Examen de la obligación reforzada

Dado el carácter meramente indemnizatorio que en el Derecho anglosajón tienen las «liquidated damages clauses», sus tribunales suelen descartar como tales y considerarlas como penas aquéllas que «castigan» todo incumplimiento, cualquiera que sea su gravedad, con una suma igual (lo que establece una presunción no resarcitoria de la misma). Por contra, nuestro Derecho las acepta expresamente, si bien es cierto que en esta materia impera un principio de interpretación restrictiva (146).

Esto podría llevar a pensar que cuando el Código habla de obligación principal (en el artículo 1154 y en el 1155, pero no en los arts. 1152 y 1153, que simplemente hablan de (in)cumplimiento), haría rechazables las penas establecidas para asegurar o reforzar obligaciones no primordiales, formales o accesorias. No parece sin embargo que ese sea el sentido que tiene el término «principal» (147). En el caso del art. 1155 C.c., que establece el principio de accesoriedad, parece que principal se refiere a la obligación reforzada con la penal, cualquiera que sea su relevancia (pago del precio, deberes formales, escritura pública, deberes de información). De hecho, es práctica usual establecer arras penales para el incumplimiento de deberes accesorios.

5.4. Validez de la cláusula penal

La validez de toda estipulación o de toda cláusula penal puede juzgarse, en primer lugar, desde las reglas generales (arts. 1255, 1261 y 1271 C.c.) de las obligaciones. Las reglas reguladoras del contrato o de la obligación reforzada por la penal, en segundo lugar, determinan si la pena establecida es admisible o no, por ejemplo, porque constituye un subterfugio para eludir las normas sobre saneamiento, prohibición del pacto comisorio o de forma particular, la legislación de represión de la usura y otras normas sobre negocios pecuniarios, cuando la pena consista en una obligación pecuniaria. La legislación especial por el objeto, por ejemplo, la arrendaticia, establecerá concretos supuestos de nulidad si la cláusula penal vulnera

(146) Ver entre otras, las sentencias del TS de 5.11.1964, 27.3.1982, 18.10.1985 y 18.4.1986.

(147) Esta interpretación sería algo más razonable para el art. 1154 Cc, pues obliga a la moderación judicial por haberse cumplido la obligación principal (aunque haya deberes accesorios incumplidos), lo que no sería una conclusión muy segura, pero no descartable del todo.

sus normas de derecho imperativo (148). Por último, la legislación sobre consumidores y usuarios (149) y sobre condiciones generales de la contratación (150), establecen límites más estrictos que la legislación común.

En conclusión, el control judicial de validez de la cláusula, previo a la exigibilidad de cualquier obligación, alcanza necesariamente a las penales. Si la estipulación vulnera alguno de los preceptos imperativos del Código, o de la legislación especial, y subrayando la especial importancia del análisis de las cláusulas contra los consumidores y usuarios con base en el art 10 LCU, se tratará de una cláusula penal nula, que no deberá moderarse —como se ha llegado a proponer—, respecto de las usurarias, por ejemplo, sino que simplemente no se aplicará.

(148) Entre otros, los citados artículos 56 LAU y 27.2 LAR.

(149) La LCU de 1984 establece en especial una serie notable de límites en su artículo 10. Me parecen relevantes, a nuestros efectos, el requisito, ex 10.1.c, de justo equilibrio de las contraprestaciones (serían comparables, por ej., las penas impuestas al empresario con las impuestas al consumidor), la prohibición de las cláusulas abusivas (10.1.c 3.º) y condiciones abusivas de crédito (10.1.c 4.º), así como la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor (10.1.c 8.º), que puede ser considerado en la medida en que las cláusulas penales tiene por efecto liberar al acreedor de la prueba del daño e imponerle al deudor una carga probatoria a efectos de solicitar la moderación judicial, por ejemplo.

Capítulo aparte merece la mención del art 10.1.c 5.º a «los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o PENALIZACIONES que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación».

(150) El Anteproyecto de 1988 de Ley de Condiciones generales de la contratación contenía un artículo 21 del siguiente tenor: «La cláusula penal deberá incluir, en todo caso, la indemnización de daños y perjuicios que se estime razonable. Las condiciones generales no podrán imponer al contratante sometido a las mismas el pago de una indemnización no razonable en caso de incumplimiento, total o parcial, de resolución o renuncia del contrato. Tampoco se podrá negar, cuando se establezca una cantidad global como indemnización, la posibilidad de probar que no se ha producido daño indemnizable o que la cuantía del mismo es sustancialmente inferior a la cantidad establecida».

Comparada esta norma con la LCU, parece haber mayor protección del consumidor adherente, si bien sería conveniente regular algún extremo de las cláusulas penales en las que consumidor o adherente es el acreedor de la pena.

La Ley alemana de condiciones generales establece una prohibición casi absoluta de estipular cláusulas penales (Parágrafo 11 «...es ineficaz:...6) una cláusula mediante la cual se promete al predisponente el pago de una pena contractual en el caso de no aceptación o de aceptación tardía de la prestación, de mora en el pago o para el caso de que el adherente desista del contrato») y una regulación con límites de las pauschalierte Schadenersätze, de las indemnizaciones globalizadas, utilizando como decisivo el criterio de previsibilidad y prohibiendo inversiones de la carga de la prueba.

5.4.1. Casos especiales de validez dudosa

Cláusulas comisorias. Aunque hemos visto antes que este tipo de cláusulas comisorias se dan en ventas tanto si ha habido entrega de la cosa, como, muy frecuentemente, en venta de pisos en construcción o en contratos de obra, no creo que podamos valorar de igual forma este tipo de cláusulas.

a) Si el comprador usó la cosa vendida, es posible admitir el comiso o la pérdida de parte del precio pagado, como compensación por haber, por ejemplo, habitado la casa comprada hasta la resolución y posterior desalojo. No es muy claro que se trate tanto de una compensación o indemnización (151), sino más bien de una acción de enriquecimiento (152), porque no es seguro que el vendedor siempre sufra un daño por la resolución, pero sí que el comprador ha poseído la vivienda.

b) No puede decirse lo mismo en caso de no haber habido entrega al comprador o de contrato de obra. En tal caso las cláusulas penales comisorias deben ser calificadas como nulas, por falta de causa de la atribución patrimonial al acreedor que no entregó la cosa vendida y no restituye la parte cobrada del precio, o, si se quiere, por contrarias a la prohibición del pacto comisorio.

En todos estos casos se detecta la falta de proporcionalidad, por lo que, tanto si es una norma sancionadora como si es indemnizatoria, o las dos cosas a un tiempo, es conceptualmente contradictorio: no se puede penalizar más al deudor que más cumplió («pérdida de las cantidades entregadas»).

Penales de segundo grado. Diferentes de estas cláusulas son aquellas que penalizan el incumplimiento de la penal o de la resolución y restitución. El retraso deliberado del deudor en desalojar la finca o en

(151) (aunque se refiera a muebles, la Ley de Venta a plazos así parece considerarla, en su artículo 11: «...en todo caso, el vendedor podrá deducir: el 10% del importe de los plazos pagados, en concepto de indemnización por la tenencia de la cosa por el comprador...»; la Sent. 7.12.90, y AMUNATEGUI, Comentario a STS 22.5.91, PJ núm. 25,125).

(152) Como establece alguna otra sentencia, como la de 7.12.1990, aunque presenta algún problema conceptual pues en su fundamento segundo afirma que se debe INDEMNIZAR por la ocupación del piso que debía ser desalojado, ya con base en el art 1106, aplicable a la responsabilidad extracontractual, ya en los arts. 455 y ss., para evitar el ENRIQUECIMIENTO (*vid.* Comentario a esta resolución de RAGEL, CCJC, NUM 25, sep-dic 1991); si bien es cierto que una cosa es la pena por el incumplimiento ya producido y otra la indemnización debida por el incumplimiento de la pena. Es posible acumularlas en tal caso, matizando la norma del artículo 1153 CC (MANRESA, 560). En el caso descrito del no desalojo de la vivienda, creo que hay antes una acción de enriquecimiento que una de daños, aun cuando la cuantía sea la misma, lo que, entre otros aspectos, es fundamental a efectos de prueba: el vendedor que quiere desalojar la vivienda después de la resolución no debe probar su daño sino el enriquecimiento del comprador contumaz.

restituir la cosa, una vez incumplida la obligación reforzada con la penal, puede ser penalizado. En las cláusulas anteriores se sancionaba con la pérdida del precio entregado aunque se desalojara la finca al día siguiente de la resolución.

Penales pecuniarias. En cuanto a las cláusulas pecuniarias, es aplicable, a mi juicio, la Ley de usura, so pena de permitir un fraude de ley. La compra a plazo implica una financiación crediticia, que creo yo, está sometida a la Ley de 1908 (art. 9 LU), aparte de que pueda estar sometida a la LVAP de 1965, si son bienes muebles. Por tanto, antes de examinar si procede la moderación judicial ex art. 1154 C.C., es posible declarar nula la cláusula penal que contraveniga dicha Ley.

5.4.2. Consecuencias de la nulidad de la cláusula penal

El principio de accesoriadad recogido en el art. 1155 C.C. y en la mayoría de Códigos modernos llevaría a «amputar» la cláusula penal del contrato al que esté incorporado, subsistiendo no sólo el contrato sino la concreta obligación contractual reforzada por la penal.

5.4.2.1. Nulidad parcial

El negocio, en todo o en parte, puede ser nulo:

1) Si la nulidad procede de vicio del consentimiento que atañe exclusivamente al pacto de la pena, quedaría «limpio» el contrato de tacha de nulidad relativa.

2) Si la nulidad de la penal procede de la capacidad (153) del deudor, no cabría a mi juicio un tratamiento análogo al supuesto del art. 1824 C.C. para la fianza pues se trata de la misma persona, en principio la obligada a la prestación principal y a la pena accesoria. Si son personas distintas, la que promete la penal, y la deudora de la obligación principal, es posible independizar y no comunicar el vicio de nulidad de uno con el otro:

a) si el deudor es menor o incapaz, y el que promete la pena es capaz, puede que la pena prometida cumpla una función parecida a la del fiador capaz de un deudor incapaz.

b) por el contrario, si el promitente de la pena es incapaz, siendo capaz el deudor, la estipulación penal es en principio anulable.

(153) *Vid* POTHIER, Obligaciones, 340.

3) Windscheid (154) distinguía a su vez entre aquellos supuestos en que la nulidad de la obligación principal es conocida (155) por el deudor de los casos en que el deudor considera válida la obligación principal.

Siendo nula la pena en el caso último, en el primero, cuando el deudor conoce la nulidad, será válida la cláusula penal siempre que no persiga un fin prohibido por la norma.

La invalidez de la cláusula penal, por el principio de accesoriedad, parece implicar nulidad parcial del negocio donde estaba inserta la estipulación, de forma que subsiste la obligación reforzada y el contrato, salvo que la causa de nulidad sea común a ambas o que razonablemente pueda pensarse que el acreedor no habría contratado de haber estado el negocio desprovisto de un refuerzo. No obstante, y aunque los usos hagan impensable hoy un contrato de obra entre profesionales sin cláusula penal, declarar la nulidad de la estipulación penal no excluye ni mucho menos la acción indemnizatoria, si bien el acreedor no está entonces exento de la prueba del daño.

5.4.2.2. La cláusulas penales usurarias

Por otra parte, la Ley de represión de la usura rompe el principio de accesoriedad y declara nulo el préstamo (art. 1) o negocio de análogas características (art. 9), en que se pacten intereses usurarios o se declare recibida una cantidad mayor de la realmente obtenida, abusando el acreedor de la especial situación de necesidad del deudor.

La pregunta que se suscita es si la Ley Azcárate declara nulo el préstamo cuya cláusula penal o cuyos intereses moratorios son usurarios. Habida cuenta del art. 1155, C.C. que, sin embargo, es ley anterior, y del principio *pro negotio*, cabría interpretar que el acreedor no presta al interés de incumplimiento sino al interés de cumplimiento. Por eso, si son sólo usurarios los intereses de demora, no siéndolos también los de cumplimiento, es posible considerar que la pena es nula, pero que el préstamo o la obligación pecuniaria reforzada con la pena nula subsiste.

El segundo inconveniente, es quizá menor, por mucho que se quisiera ver en el art. 1 de la Ley de 1908 una norma sancionadora de interpretación restrictiva. (No creo que sea sancionadora una norma que protege a prestatarios acuciados por la necesidad, como

(154) Lehrbuch des Pandekten, 286.

(155) Esta cuestión parece zanjada hoy en Alemania a la vista del parágrafo 344 BGB: «Si la ley declara ineficaz la promesa de una prestación, es también ineficaz el acuerdo concertado de una pena para el caso de no cumplimiento, incluso si las partes han conocido la ineficacia de la promesa».

otras normas tuitivas de incapaces, arrendatarios, consumidores, etc.). Como sabemos, el art. 9 de la citada Ley establece un supuesto objetivo de aplicación amplio por vía de la analogía. Creo, sin embargo, que la aplicación a supuestos análogos a los del art. 1.1 LU no alcanza a los intereses de incumplimiento o demora, sino a operaciones o negocios jurídicos que, ya por ser complejos, ya de forma indirecta, comportan una obligación pecuniaria para el deudor aunque no se llamen exactamente préstamo o crédito, sino, como podemos pensar, financien (hablando en términos modernos) la obligación de pagar de uno de los contratantes, frente al cual nace un derecho de crédito en favor del otro contratante (vendedor, por ej.) o un tercero (financiera).

Por ello, es posible apreciar nulidad parcial de la cláusula penal usuraria, subsistiendo el préstamo u obligación pecuniaria e integrar la laguna con la norma del artículo 1.108: los intereses legales. Creo que esta solución además es más satisfactoria para el deudor.

5.5. Eficacia de la cláusula penal. Exigibilidad

Establece el artículo 1152, II C.c. que la pena será efectiva cuando sea exigible conforme a las disposiciones del Código.

Se ha interpretado unánimemente que la pena será exigible de forma similar a cuando es exigible al deudor que responda por el incumplimiento del contrato o de la obligación. Esto implica recordar y aplicar al caso los supuestos, primero, de subsistencia y extinción de la obligación, y en segundo lugar, los criterios de imputabilidad. Parece asimismo necesario exigir, cuando la obligación principal consista en un hacer o dar, que el deudor debe haber sido colocado en situación de mora (156), conforme al pacto y ley aplicables.

La jurisprudencia de nuestro TS ha completado la interpretación del art. 1152. II en dos reglas básicas: que subsistan los supuestos para los que se pactó expresamente la pena y que el incumplimiento de la obligación sea imputable al deudor.

5.5.1. Subsistencia de los supuestos para los que se pactó

No ofrece gran problema este requisito, pues significa, por un lado, que la obligación principal subsista, esto es, que no se haya extinguido, y que la *específica* forma de incumplimiento prevista en la estipulación

(156) Con la opinión aisladísima en contra de TRIMARCHI, Encl. Dir.

penal sea la que efectivamente provoca la reclamación de la pena por el acreedor.

5.5.1.1. Incumplimiento específicamente pactado

No hay comunicabilidad entre distintas formas de incumplimientos o entre distintas obligaciones principales.

Así es razonable que los tribunales desestimen la pretensión de un acreedor que reclamaba la pena estipulada por no haber desalojado el deudor el inmueble, cuando este desalojo ya se había producido hace muchos meses, no siendo exigible la pena por otro tipo de incumplimiento no previsto en la cláusula penal.

5.5.1.2. Subsistencia del incumplimiento específico

Se considera que no subsiste, por ejemplo, el supuesto para el que específicamente fue pactada la pena, si se alteran sucesivamente los planes de la obra encargada; los términos implícitamente o no, han sido modificados de forma que no es exigible la pena por ejecutar una obra cuando la obra a realizar ya es otra por acuerdos ulteriores del acreedor y deudor (STS 16.9.1986).

El alcance e intensidad del incumplimiento imputable al deudor es también presupuesto para el cálculo de la pena exigible. Por eso, creo incorrecta una decisión judicial (157) que dice moderar una pena porque el retraso de unas obras se había debido a causas no imputables del todo al deudor.

En mi opinión, no es un supuesto de moderación, porque esto implicaría que rigurosa o literalmente aplicada la estipulación penal, el deudor sí debía la pena moratoria de dos años de retraso. Creo más razonable afirmar que literal y rigurosamente el deudor de aquella, lo es sólo por el tiempo de retraso a él imputable.

Esto es, para la liquidación de una pena moratoria, normalmente establecida según una fórmula (multiplicación normalmente), uno de cuyos factores es el tiempo, es imprescindible presupuesto de aplicación de la pena que la base de cálculo de la pena exigible sea el tiempo que real y efectivamente le fue imputable al deudor el incumplimiento, es decir, el tiempo en que subsistió el supuesto para el que fue pactada la pena.

(157) Sent. 5.6.1991, JPI n.º 1 Pamplona. Y la pena es que la decisión es notable porque, siendo en Navarra, el Juez considera que determinadas circunstancias excepcionales le mueven a moderar la pena, a pesar de que la Ley 518 prohíbe la moderación.

5.5.1.3. El problema de la extinción de la pena

Aun dándose los requisitos objetivos necesarios para que sea exigible la pena, se ha planteado la posible extinción de la misma (158).

Por un lado, se discute si es posible que la pena decaiga o se extinga por un acto posterior al incumplimiento del deudor, que daría derecho a reclamarla.

No suele haber duda en admitir que la pretensión de cumplimiento se extingue cuando el acreedor ejercita la pretensión sobre la pena (158 bis), en aquellos casos en que no se pueden acumular. Por eso, se suele admitir la extinción de la pretensión penal que ha nacido con el solo hecho del incumplimiento, si el deudor ofrece el cumplimiento antes de la decisión del acreedor de optar por una u otra cosa (159).

Por otro, cuál es el número de veces que puede reclamarse una pena cuando la obligación reforzada se incumple numerosas veces, en los casos de contratos de tracto sucesivo o en las obligaciones de no hacer.

Aunque a veces se propone el criterio de la suma de la pena para estimar exigible una o más veces, habrá que examinar en cada caso si hay continuidad de actos o si los distintos incumplimientos son perfectamente aislables (160). Por regla, se entiende que a menos que la pena se haya estipulado expresamente por CADA incumplimiento, debe entenderse exigible sólo una vez.

5.5.1.4. La buena fe como criterio de valoración de la exigibilidad

Desde el punto de vista del acreedor, se ha considerado contrario a la buena fe que se reclame una pena por incumplimientos insignificantes que a su vez provocan daños insignificantes.

(158) Un tratamiento monográfico del principio *semel commissis poena non evanescit* en GUARNERI CITATI, *BIDR*, XXXII, 241, y en KNÜTEL, *AcP*, 175 y KNÜTEL, *Stipulatio...*, 147 y ss.

(158 bis) No se permite la «vuelta atrás», pues las partes han perdido interés en el cumplimiento, con apoyo legal expreso (340 I BGB) o analógico (1124 II C.c.).

(159) SOERGEL/LINDACHER, 339, 22; LARENZ, *Schuldr.* 24 II a, 350; MUNCH. *Komm.* SOLLNER, 339, Rdnr 21, quien considera esta regla conforme a la buena fe; KNUTEL, *AcP*, 175 (1975), 44 explica detenidamente como una propuesta de Celso recogida en D, 4,8,23, pr., ha dado lugar a admitir esta posibilidad. Pues aunque el aforismo *semel commissis poena non evanescit* significaba que es inextinguible la pena por un cumplimiento posterior del deudor, se distinguían aquellos supuestos en que el término de la obligación había sido fijado, en cuyo caso sólo si el acreedor aceptaba el cumplimiento posterior, podría defenderse el deudor de una pretensión ulterior sobre la pena con la *exceptio doli*, de aquéllos en que no existía plazo. En estos casos se consideraba un *modicum tempus* y en él tuvo acogida la idea de que la pena se «desvanecía», que se extinguía con el ofrecimiento del deudor anterior a la demanda.

(160) SOERGEL/LINDACHER, 339, 20; STAUDINGER/KADUK, 339, 53; PALANDT/HEINRICH, 339, 4 b).

Desde el punto de vista del deudor, la doctrina alemana ha subrayado la posibilidad de eludir la obligación principal reforzada por la pena y ésta, por medio de maniobras indirectas o por subterfugios que llevan a resultados no queridos por la estipulación: es conforme a la buena fe que el deudor respete en su finalidad la prohibición u obligación reforzada con la cláusula penal. De lo contrario, es exigible la pena.

5.5.2. *Imputabilidad del incumplimiento*

Nuestro Tribunal Supremo ha establecido de forma constante que para que sea exigible la pena, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso debe ser imputable al deudor: la expresión recurrente del Alto Tribunal es que el incumplimiento sea debido a dolo, culpa o cualquier otra causa imputable a la parte que asumió la responsabilidad accesoria (STS 4.7.1988, entre otras muchas). Parece que establecido un criterio de imputabilidad al deudor que sea admisible, no hace falta culpabilidad, aunque puede admitirse que éste es el criterio supletorio a falta de pacto.

La pregunta que debemos plantearnos es si es admisible el establecimiento de penas por dolo y por caso fortuito, pues parece que no hay problema en prometer la pena por culpa.

5.5.2.1. Incumplimiento doloso

Si se estima que la pena por incumplimiento doloso es un subterfugio o un artificio del deudor para eludir la responsabilidad por dolo o para limitarla en parte, pues es posible que la pena (estimación anticipada) no cubra los daños causados por el incumplimiento doloso, es probable que digamos que la pena establecida vulnera la prohibición del art 1102 C.c.

Como el juicio de validez y la calificación de la cláusula deben hacerse al momento de pactarse, y no cuando se incumple la obligación (en ese momento ya se sabe si la pena es mayor o menor que el daño indemnizable), la ignorancia de si la estipulación limita o agrava la responsabilidad del deudor debe llevarnos a afirmar que no es una limitación de responsabilidad, además de otras diferencias antes estudiadas. Más aún si se considera indemnizable el mayor daño, caso de probarlo el acreedor. En consecuencia debe admitirse la validez de la pena por dolo, no siendo en mi opinión admisible que *a posteriori*, en vista de los daños irrogados por el incumplimiento, se consideren válidas las penas que superen o iguallen el daño indemnizable y nulas las restantes.

De considerar nula dicha estipulación por la eventual posibilidad de que la pena no cubra los daños, nos veríamos en la paradójica situa-

ción de que un acreedor debe probar el daño producido por el deudor doloso (pues la cláusula penal sería nula), pero no debe hacerlo al reclamar contra un deudor culposo (cuya estipulación es válida).

Parece que es contra el deudor doloso contra quien más sentido tiene la institución de la pena contractual. Como veremos más adelante, la eventual superación de la pena por los daños indemnizables derivados del incumplimiento doloso, dará acción al acreedor para su completo resarcimiento.

5.5.2.2. Pena por caso fortuito

Dado que, según el art. 1152.I C.c., en las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización, salvo que otra cosa se pacte, es posible concebir que, a tenor del pacto previsto en el art. 1105 C.c., se acuerde (161) que el deudor cumplirá la pena por incumplimientos debidos a caso fortuito.

La cuestión no es clara ni pacífica. En la doctrina germana, mientras para Savigny (162) no es admisible que el deudor responda de una pena por hechos que no dependen de su voluntad, porque entonces la pena convencional pierde su razón de ser, que es conminar al deudor al cumplimiento, y extraño valor preventivo-punitivo tiene las penas que castigan hechos ajenos a la voluntad, para Windscheid la cuestión es ambivalente, pues si por una parte, afirma que en caso de duda, el deudor está libre de la imposibilidad no culpable de cumplimiento, pues no se puede pensar, en caso de duda, que las partes han querido derogar uno de los criterios legales (163), por otra, afirma que, a menos que la imposibilidad de cumplir no se deba al mismo acreedor, no debe considerarse «buena» (no libera al deudor) la imposibilidad no culpable de cumplir a tiempo, pues debe considerarse, en la duda, que las partes han acordado la pena para asegurar al acreedor en todo caso frente a las desventajas del cumplimiento tardío (164). Gierke, en fin, admite el pacto de asunción del riesgo, pero nunca comprenderá causas imputables al acreedor (165).

Ya en la doctrina actual, Von Tuhr (166) considera admisible la promesa penal por incumplimientos no culpables del deudor, pues será

(161) LAURENT. *Principes*, XVII, 440.

(162) *Obbligazioni*, II; par. 80, 259.

(163) *Pandekten*, 285, 101 y Nota 9.

(164) *Pandekt en*, 285, 101, Nota 10.

(165) *Deutsches Privatrecht*, 371, Nota 71.

(166) *Tratado de las obligaciones*, II, 238, nota 4; idea mantenida en VON THUR/ESCHER, 281. Para el Derecho austríaco habría que añadir la opinión semejante de sus tribunales. DITTRICH/TADES, ABGB, 1336, E.16.

una forma usual de recibir del acreedor contraprestaciones más ventajosas, al asumir el deudor un mayor riesgo. Larenz (167) añade que las partes pueden, incluyendo los incumplimientos no culpables, darle a la pena convencional una función similar a la de garantía. Y al disentir de opiniones (168) que consideran imperativo el requisito de la imputabilidad, en sentido subjetivo y no objetivo, recuerda que la pena contractual, a pesar de su nombre, no es una auténtica pena, sino un medio del Derecho civil para asegurar pretensiones civiles. Por último, se distinguen los casos en que la obligación incumplida era positiva o negativa. Aunque existe mayor coincidencia en que tratándose de un deber de no hacer, la culpabilidad del deudor es inexcusable, sin embargo, se dan resoluciones de los tribunales que han aceptado también incumplimientos no culpables como criterio de imputación de la pena (169).

En la doctrina francesa la cuestión es tratada mucho más superficialmente, si bien hay que advertir que, desde el Código, la cláusula penal tiene una casi unánime consideración de cláusula indemnizatoria, por lo que apenas se plantean diferencias de imputabilidad respecto al régimen general de responsabilidad contractual. Pothier se limita a decir que no puede haber lugar a la pena cuando es por el hecho del acreedor (170). Touillier nada dice al respecto. Durantón (171) excusa al deudor por fuerza irresistible o por hecho del acreedor. Laurent exime al deudor de cumplir la pena por incumplimiento debido a fuerza mayor y a caso fortuito, pero, en este caso, admite un pacto formal de asunción del riesgo (172).

Ya en la doctrina actual, se impone la idea de que no cabe pactar la pena por incumplimiento no imputable al deudor (173), lo que, en rigor, no excluye el caso fortuito asumido por aquél.

(167) *Schuldrecht*, cit, 347, Nota 52.

(168) Como la de LINDACHER, *Phaenomenologie*, 87, ratificada después de la réplica de LARENZ, en SOERGEL/Lindacher, 339, 19.

(169) Como se señala en STAUDINGER/KADUK, 339, 27 y ss.

(170) *Obligaciones*, 350.

(171) *Course*; II, 356, 357.

(172) *Principes*, 17, 439-440.

(173) MARTY/RAYNAUD: *Les obligations*; 1, 623 bis; WEILL/TERRE. D Civil, IV, 459.I.º a; CARBONNIER, 9.ª ed, vol 4., 78, p. 283, que sólo mencionan la fuerza mayor al poner ejemplo de lo no imputable al deudor y CHEVALLIER, J.C.P., voz *Clause pénale*, 19, que añade también el hecho propio del acreedor y el caso fortuito pero advierte que la jurisprudencia es restrictiva, si bien los ejemplos puestos no evidencian que los tribunales descarten el caso fortuito como eximente de la pena, sino que no era aplicable al caso: una huelga de seis meses comenzada seis meses después de haber expirado el plazo no justifica un retraso de un año (Cass 16.5.77), ni le eximen de la pena los retrasos de arquitectos y auxiliares del contratista sin averiguar si se debió a fuerza mayor (aquí quizá muy rigurosa, Cass 13.10.1971), ni le eximen causas extrañas no contempladas en el acuerdo. (Cass. 7.3.1968).

En la doctrina italiana, asimismo, es constante la idea de que el incumplimiento debe ser imputable al deudor para hacer exigible la pena, lo que excluiría el caso fortuito o cualquier otra causa no imputable al deudor. Hay sin embargo discrepancia en la admisibilidad de un pacto que impute la pena al deudor incluso por hecho fortuito. Mientras Trimarchi (174) y Magazzu (175) lo consideran admisible y no estima que deje de ser cláusula penal, Mirabelli (176) se manifiesta en contra y la Corte de Casación italiana (177) considera que se trata de una condición o cláusula atípica, que puede ser pactada por el principio de autonomía de la voluntad, pero que resulta inidónea para la función de la penal y que, más bien, resulta una cláusula de asunción del riesgo.

En nuestro Derecho, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse, «a contrario», al admitir que la pena sea exigible si el incumplimiento es imputable al deudor (178), y no a ambos (179), o si el hecho no supone un caso de fuerza mayor (como, por ejemplo, en el caso que origina la STS de 1.2.1989, en que expresamente se estipuló que la huelga se consideraría supuesto de fuerza mayor, a efectos de exigir la pena).

En cuanto a la doctrina, Roca Sastre y Puig Brutau ya admitían el pacto para incumplimientos no culpables, atribuyéndoles en tal caso a la cláusula penal una función de «cubrimiento del riesgo» (180). Quizá puede entenderse lo mismo de las palabras de Castán cuando afirma que la pena sólo podrá hacerse efectiva cuando el deudor incumpla o cumpla defectuosamente «por dolo, culpa o cualquier otra causa» (181). Espín, por su parte, no presume pero admite el pacto que imputa la pena al deudor incluso por caso fortuito (182). Ruiz Vadillo admite sin más la validez del pacto (183). Albaladejo expone un razonamiento parejo al de Von Tuhr, antes mencionado (184) y Lacruz admite dicha posibilidad, aunque en tal caso, no considera que estemos ante una penal y sugiere la reducción de la pena al importe de la prestación principal (185). Por su parte, Dávila, con razonamientos extensos, rechaza la validez del pacto en tanto no compele al deudor a cumplir y habida cuen-

(174) La clausola penale, 38 ; y Nov Dig. Ital. voz Clausola penale, 5) donde, aun más, afirma que el incumplimiento puede ser fortuito, doloso o culposo.

(175) Enc. Dir. Voz Clausola penale, 4, 192, y nota 39.

(176) Commentario al CC, UTET, *Contratti*, 336.

(177) *Cassazione* 4603/1984.

(178) Sents de 4.7.1988 y 20.2.89.

(179) Sent. de 5.4.1988.

(180) *La cláusula...*, 275 y 283.

(181) *Derecho civil...* 186.

(182) *Manual...*, 6.^a ed., 301.

(183) *Algunas consideraciones...* 402.

(184) *Comentarios...* 472.

(185) *Elementos*, II, 2.^o, 369.

ta del principio pro debitoris y de la interpretación restrictiva de la pena (186).

La Resolución del Consejo de Europa, (78) 3, de 20.1.1978, por último, excluye expresamente que la pena sea debida por incumplimientos no imputables al deudor. Su art. 4 dice exactamente por *responsabilidad* del deudor.

En mi opinión, debemos distinguir entre las penas sustitutivas, las penas cumulativas, y las penas moratorias. En el primer caso, es posible que el caso fortuito sea un criterio de imputabilidad de la obligación penal, pues estaremos ante un supuesto análogo al del artículo 1105 C.c. Si el Derecho admite que el deudor responda por hechos de los que no es culpable, mediando pacto expreso, no debe haber inconveniente en que pueda responder por medio de una pena que sustituye a la indemnización.

En cambio, tratándose de una pena cumulativa que se añade a la indemnización que sea procedente, es probable que, en principio, tenga plena vigencia lo apuntado por Savigny. Poca función preventivo disuasoria tiene una pena que castiga por un caso fortuito y que, a diferencia de la pena sustitutiva, no cumple una función indemnizatoria.

Tratándose, por último, de pena moratoria, en las que se reclama el cumplimiento y la pena por el retraso, habrá que recoger probablemente las tesis de los autores antes citados, de manera especial, Windscheid, Von Tuhr y Larenz, y considerar que la pena cumple una función de aseguramiento o garantía del acreedor frente a los retrasos, por lo que el caso fortuito es un criterio de imputabilidad válido si así fue expresamente pactado.

5.5.2.3. Concurrencia de culpas

Es posible que la culpa o el dolo del deudor se vea compensado por el dolo o culpa del acreedor, respectivamente. En una cláusula penal, esto sólo será posible si se refiere a la concurrencia de culpas de ambos para que un mismo incumplimiento se produzca. Lo que no puede significar es que el incumplimiento culposo del deudor de la obligación A, se vea compensado por la culpa del acreedor que no cumplió su respectiva obligación A u otra diferente B.

Si ambas partes estaban penalizadas con sendas multas, caso de incumplir sus respectivas obligaciones A y B, ambos incurrirán en el supuesto de efectividad de la pena aparejada a cada obligación, quedando cada uno libre de exigir al otro como acreedor de la pena, haya sido

(186) *La obligación...* 64.

exigida o no por el otro. Lo único que podrá compensarse será, en su caso, la cuantía de las penas debidas por cada uno.

Por último, no hay culpa ni concurrencia de culpas alguna, sino excepción de incumplimiento, si ambas partes dejan de cumplir lo suyo porque la otra no lo hace. Examinado cada caso, si el incumplimiento de cada uno es procedente, la otra parte no le podrá exigir la pena, pero no porque se compensen las culpas respectivas sino porque no se da el supuesto de exigibilidad de la pena.

6. EFECTOS DE LA CLAUSULA PENAL

Siendo la cláusula penal válida, eficaz y exigible, conviene repasar sus efectos, ciñéndonos a las normas del Código civil español, aunque no sigamos por orden riguroso de aparición de las mismas.

6.1. **La estipulación de una pena convencional tiene carácter accesorio. (1155 Cc)**

De todo lo expuesto hasta el momento, se desprende como imprescindible y esencial de la cláusula penal su carácter accesorio. La unanimidad de la doctrina es total. Y ni siquiera en aquellos países, como notablemente Alemania, donde se concibe una así llamada pena autónoma, la doctrina está dividida pero parece coincidir en llamarla promesa penal no auténtica.

Cuando el Tribunal Supremo afirma en la reciente sentencia de 28.1.1992, anunciada en la introducción de este trabajo que «La literalidad de los términos en que aparece redactado el documento de 20 de enero de 1987, revela que la estipulación de penalizar con un 5% por día de retraso, la entrega de las piezas descritas, efectuada fuera de las fechas concretas señaladas, vino a constituir la obligación primordial y fundamental convenida en dicho documento, razón por la que no cabe configurar como accesorio de otra principal acordada y de aplicación condicionada o en función del parcial o incorrecto cumplimiento de esa principal lo que conduce si necesidad de mayores razonamientos y coincidiendo con el criterio mantenido por el tribunal a quo a la inaplicabilidad de las disposiciones reguladoras de las «obligaciones con cláusula penal»...(Fundamento Quinto), o está cometiendo un enorme lapsus, porque querría decir que la cuestión primordial del pleito es la cuantía de la pena exigible y su moderación en su caso, pero no parece que así sea porque extrae la consecuencia de que a esa obligación penal primordial no le son aplicables los artículos 1152 a 1155 C.c.; o, lo que parece más temible, está desconociendo por completo la naturaleza accesorio de la penal y sobre todo que el hecho de que un pacto posterior al contrato de

suministro entre demandante y demandado (que el TS niega que sea acuerdo novatorio) SOLO contenga una estipulación sobre el 5% de recargo diario por retraso en el cumplimiento de una obligación PREEXISTENTE para nada empeece que sea un acuerdo estipulación o pacto accesorio al negocio principal del que trae causa y que le da el único sentido posible de ser reconocido en el derecho: se penaliza el incumplimiento de una obligación principal contemporánea o preexistente. Por si cupiera alguna duda de que la obligación es penal y accesorio, el documento en que se acuerda la penal tiene como fecha el 20 de enero y la fecha INICIAL tope de cumplimiento el 10 de febrero. De forma que antes del incumplimiento y no después, las partes del contrato de suministro acuerdan la penalización accesorio y exigible SI HAY incumplimiento imputable al deudor. La inexistencia de novación así como la fecha anterior al incumplimiento impide dotar a esta estipulación del carácter transaccional de que el tribunal parece dotarle. Pues el deudor seguía obligado al suministro y no había habido incumplimiento todavía. Por último, si al calificar el Alto tribunal de obligación primordial quisiera decir que sin esa pena no se habría contratado, esto es, que el acreedor considera imprescindible, aunque esto no casa con los hechos pues el contrato original no tenía estipulada la pena, que se acuerda posteriormente, si fuera así (el contrato no se habría celebrado sin estipulación penal) tampoco eso impediría el carácter accesorio de la cláusula penal.

El principio de accesoriedad lo recoge el Código civil en su artículo 1155 C.c., de forma semejante a sus precedentes (187) y a los Códigos modernos (188).

Aunque ya hemos manejado este principio antes al examinar la validez de la cláusula penal estipulada y sus repercusiones sobre el contrato en que se incluyó, parece conveniente resumir el estado de la cuestión en los límites y excepciones al principio de accesoriedad.

La accesoriedad experimenta excepciones cuando se promete una pena por hecho de tercero (189), cuando la nulidad es debida al objeto o para asegurar precisamente las consecuencias derivadas de la nulidad (190) de la obligación principal, como cobertura o garantía del acreedor.

No puede aplicarse a la pena la norma del art. 1824 C.c., cuando la nulidad de la obligación principal se deba a la incapacidad del deudor. Aunque García Goyena (191) parecía sugerir un tratamiento semejante

(187) Artículo 1.080 del Proyecto de 1851, idéntico. El Anteproyecto de 1882 sin embargo sólo contenía la primera proposición: La nulidad de la cláusula penal no producirá la de la obligación principal.

(188) Código francés 1227; Art 1210 del Código italiano de 1865; BGB 344; Código portugués, art 810.2.

(189) POTHIER, *Obligaciones*, 340.

(190) DURANTON, 328 y 332.

(191) *Concordancias*,... artículo 1080.

a la fianza, creo que sólo será posible cuando la pena la prometa una persona distinta del deudor de la obligación principal.

En sentido inverso, hemos visto antes que en algunos casos la nulidad de la pena acarrea la nulidad de la obligación principal, notablemente en los casos de pena usuaria si ampliamos la aplicación del art. 1, en relación con el art. 9 de la Ley de 1908, o cuando se pueda inferir que no se habría otorgado el contrato de no estar provisto de una penal, cuyo objeto, por ejemplo, está fuera del comercio.

En cuanto a los límites del principio de accesoriedad, pueden encontrarse en la transmisibilidad inter vivos de la pretensión. Pero si la cláusula penal es de hacer o *intuitus personae*, la cesión del crédito (192) o la sucesión *mortis causa* (193) no llevará siempre la transmisión de la obligación accesoría.

Probablemente, de la accesoriedad no se deriva que la insolvencia del deudor para cumplir la pena permite, en cambio, apreciar la solvencia respecto a la obligación principal, a los efectos del art. 1529 C.c., porque ésta comprende seguramente el mayor interés posible derivado de la obligación y este interés se conoce al constituirla porque la pena se fija entonces.

Ahora bien, la accesoriedad de la obligación penal no impide que a su vez sea reforzada con otra pena, si el deudor no cumple con lo estipulado en la penal (STS 28.11.78) ni que la pena sea garantizada, en sentido propio, con una fianza, prenda, hipoteca o que sea asegurada.

6.2. La llamada cláusula penal sustitutiva y la indemnización del mayor daño

La llamada cláusula penal sustitutiva (art. 1152.I C.c.) tiene como función indemnizar al acreedor sin dejar de cumplir la función coercitiva sobre el deudor.

Literalmente, lo que dice el primer párrafo del art. 1152 es que «la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento si otra cosa no se hubiere pactado».

Esta redacción ha dado a pensar, casi de forma unánime, que en el Derecho español la acción indemnizatoria está excluida cuando el acreedor ha optado por la pena. Se admite no obstante la posibilidad de que el acreedor obtenga la indemnización del mayor daño, cuando el

(192) DAVILA 152, PANTALEÓN, *La cesión de créditos*. ADC 1988, 1109 y NAVARRO, *La cesión de créditos...*, mantienen criterios distintos al respecto.

(193) La transmisibilidad *mortis causa* de la pena convencional era ya problemática en el Derecho romano (KNUTEL, *Stipulatio...*, 22) para quien el problema se enmarcaba dentro de un debate más amplio sobre la transmisibilidad de las estipulaciones de hacer.

daño probado derivado del incumplimiento *doloso* sea superior a la pena pactada. De negar esto, la cláusula penal constituiría una renuncia anticipada a la responsabilidad por dolo, prohibida por el art. 1.102 C.c. En los demás casos, no parece a la doctrina española admisible la reclamación por el acreedor del daño que exceda a la suma estipulada en la pena (194).

No tiene el Código civil una norma similar a la del Código civil alemán (194 bis) o austríaco (195) en que la suma de la pena se entiende una cuantía mínima y que no se excluye la reclamación por el acreedor del daño que exceda a la pena. Tampoco tiene una norma como la del Código civil portugués (196) o italiano (197), según los cuales es admisible que se pacte, aunque no se presume, la facultad del acreedor para reclamar la indemnización del mayor daño. Por último, tampoco tiene el Código civil la norma introducida por la reforma de 1975 en el Código francés (198) que permite al juez aumentar la pena cuando sea manifiestamente irrisoria (198 bis).

El Código español se limita a decir que la pena sustituye a la indemnización, salvo pacto distinto. Este pacto distinto básicamente puede decir que la pena se acumula a la indemnización debida por los daños indemnizables probados (pena cumulativa) o que la pena es la cuantía mínima indemnizable si no se prueba por el acreedor haber sufrido un daño mayor, o dicho de otra forma, que el deudor deberá la mayor de estas dos cantidades, la pena o los daños probados por el acreedor. En este caso, el acuerdo expreso daría derecho al acreedor a exigir la pena más la indemnización o la indemnización del mayor daño, respectivamente.

En mi opinión, y a pesar de la coincidencia doctrinal (sólo se pronuncian Jornado, Espín y Dávila), creo que el Código civil no está impidiendo que se indemnice el mayor daño, aun a falta de pacto expreso y sólo lo impedirá cuando se pacte expresamente lo contrario.

De manera que es posible indemnizar al acreedor por el daño mayor a la pena estipulada, siempre que se prueben derivados del incumplimiento del deudor, incluso no doloso, y que no se haya excluido esa posibilidad. Queda sin sentido una cláusula penal que no conmina al

(194) Por todos, DÁVILA, 359 y ss.

(194 bis) 340.II BGB.

(195) Par. 1336 ABGB.

(196) Art. 811.2 C.c.

(197) Art. 1382.I in fine C.c.

(198) Art. 1152.2 C.c.

(198 bis) Sin embargo, ESPÍN, *Manual*, II, 307, ve en el apartado 2 de la Ley 518 F.N. una admisión de esta posibilidad: «...el acreedor podrá rechazar la oferta de pago de la pena estipulada y exigir la indemnización que resulte debida por el incumplimiento de la obligación principal».

deudor a cumplir porque la pena es inferior a los daños esperados ni cumple función indemnizatoria alguna.

Se podría pensar que, siendo los daños superiores a la pena, o bien la pena no es válida o se tiene por no puesta, porque carece de sentido alguno, en cuyo caso queda abierta la vía de la pretensión indemnizatoria, o bien que la cláusula penal exime de prueba al acreedor de los daños por la cuantía, pero no le impiden la prueba de un mayor daño.

a) Antecedentes históricos. Se citan dos pasajes del Digesto para admitir la indemnización del daño mayor a la pena cuando queda probado.

D. 17,2,41: Cuando alguno ha estipulado de su socio una cantidad a modo de pena, si su interés no excede de la pena estipulada no podrá demandarle por la acción de socio (Ulp. 20 ed.);

Porque si hubiese conseguido la pena en virtud de la estipulación, al demandar después por la acción de socio recibirá esto de menos, computándosele la pena en el capital (Ulp. 45 Sab.) (D, 17,2, 42).

D. 19.1.28: me vendiste unos predios y se convino que yo hiciese alguna cosa, y prometí una pena para el caso de que no lo hiciese. Respondió: el vendedor, antes de pedir la pena de la estipulación, puede demandar por la acción de venta; si hubiese conseguido cuanto en concepto de pena se hubiese estipulado, la excepción de dolo lo repelerá si demanda por la estipulación, y si tú hubieses conseguido la pena por la estipulación no podrás demandar, de propio derecho, por la acción de venta, A NO SER en la diferencia en que interesase que se hiciera aquéllo (Iul. 3 ad Urs.).

Con base en estos textos, cabría pensar que la finalidad de la pena es asegurar que el acreedor va a tener cubiertos sus daños con la estipulación penal. Si la pena es bastante para cubrirlos, no será admisible: mayor reclamación, pero si prueba un daño mayor, podrá pedir la diferencia entre la pena y los daños reales indemnizables. Habiendo cobrado la pena, ésta se restará del total de daños que pruebe haber tenido. Es posible que el deudor acepte pagar la pena estipulada pero no el daño excedente y, por tanto, que la demanda verse únicamente por la diferencia.

Pothier cita estas leyes del Digesto para concluir su razonamiento ligado al principio de acesoriedad: «Como la obligación penal no puede ocasionar perjuicio alguno a la obligación principal; si la pena que el acreedor ha percibido por la inejecución de la obligación principal no le indemnizaba de un modo suficiente, no dejaría por esto, aunque hubiese percibido esta pena, de poder demandar los daños y perjuicios que resultaran de la inejecucion de la obligación principal, imputando y teniendo en cuenta sobre los dichos daños y perjuicios, la pena que ya hubieses percibido». Sentado esto, el autor citado sugiere la interpretación restrictiva, pues el juez no debe recibir esta pretensión, que parece ir contra la estimación que el mismo acreedor ha hecho, a menos que tenga una prueba en la mano de que el daño por él sufrido ex-

cede de la pena convenida, proponiendo el ejemplo de un carro de bueyes prestado, con 30 libras de pena si no se devuelve el día de la feria, y que el acreedor demuestra que la no devolución a tiempo del carruaje le ha costado alquilar uno de 50 para ir a la feria, y que 50 era el precio común del día en que debía haber sido devuelto (199).

Por su parte Windscheid, en un pasaje ya citado anteriormente, manejó un argumento que se oiría en las discusiones del BGB. Citando los pasajes del Digesto anteriores afirma que aquí la pena tiene la naturaleza de una estimación del interés del acreedor hecha en su favor, que le exime de la prueba de la cuantía de la misma. Y que en la duda, de la voluntad de la parte puede entenderse, que el acreedor, aun cuando ha exigido lo uno (pena o actio contracti), debe poder reclamar el exceso de lo otro (200).

En los trabajos preparatorios del BGB se discute la inclusión de un inciso que resulta ser el final del actual 340.I., del que ya reprodujimos antes un párrafo en la Nota 137: «si hubiera elegido la pena, según el párrafo 6, sólo podría pretender la pena y, con ello, la proporción de indemnización que ésta representase, perdiendo por el contrario la suma indemnizable que excediera de la pena. Este resultado sin embargo, por lo general, puede no haber querido ser previsto por las partes, ya que la *estimación* de los daños causados por el incumplimiento del contrato, contenida en la fijación de la pena es solamente *provisional*, basada en el previsible y probable curso de las cosas, en relación a la cual no hay motivo alguno para establecer una *presunción* de que con ello, el acreedor haya querido *renunciar* a los eventuales daños (sic) resultantes por encima de la estimación hecha, y probablemente no previsible al tiempo de celebrar el contrato».

Pero continúa la Comisión con el siguiente razonamiento: «Por eso establece el párrafo 7 del Proyecto que el acreedor, cuando los daños ocasionados por el incumplimiento superan la cuantía de la pena, puede exigir junto a la pena, el exceso de los daños. Esta disposición tiene la eficacia de que el acreedor, cuando elija la pena, debe dejársele probar la prueba del daño mayor. Esta posibilidad tiene el interés de que si no consigue probar los daños, al menos siempre tendrá (derecho a) la pena, lo que no sería posible».

Citando la concordancia con el Proyecto de Dresden y el párrafo 284 del Código de Comercio, la Comisión considera que «no se rompe el principio de igualdad de trato, aunque no haya moderación judicial, pues la pena tiene la finalidad de establecer una estimación provisional de los daños y, en esa cuantía, liberar al acreedor de la prueba, pero no tiene en modo alguno la consecuencia de limitar la indemnización o de que el acreedor ha querido renunciar a la indemnización de daños pro-

(199) *Obligaciones*, 343.

(200) *Pandekten*, 286, Nota 15.

bados que efectivamente sufrió, pues, entre otras cosas, al tiempo de contratar los daños no son siempre previsibles, por lo que sería inadmisibles una renuncia sobre un objeto no cierto. Del principio de libertad contractual no se deriva», continúa la Comisión, «motivo alguno para el legislador, a admitir un obstáculo para el contrato». La disposición tiene la finalidad de proteger al acreedor de los padecimientos de una pérdida producida por un error, por otra parte excusable, al establecer una estimación mínima del daño (201).

La comisión del BGB parece proteger al acreedor de su error en la estimación provisional, pero no le exige, ni la norma resultante tampoco, que pruebe haber sufrido un error al establecer la pena.

En la discusión parlamentaria se añade la condición de que para indemnizar el mayor daño la pena consistirá en una suma de dinero y es unánime la opinión de que estableciendo una pena no se puede perjudicar la pretensión indemnizatoria del acreedor. Y se trae a consideración el argumento de que, de otra forma (de no admitir la indemnización del mayor daño), el resultado sería que el tráfico se vería inducido o forzado a establecer penas lo más altas posibles. Por otra parte, si se concede al acreedor el derecho frente al deudor moroso, de exigir la indemnización del mayor daño que los intereses de demora, la pena contractual no podía recibir un tratamiento distinto (202).

Hasta aquí la historia doctrinal de la presente cuestión que no dejan de ser muestras ilustrativas de una posición minoritaria. No obstante, conviene advertir que ninguno de los autores que sostienen la opinión mayoritaria ha esgrimido o combatido los argumentos expuestos. Sólo Touillier menciona las tesis de Pothier y considera la pena como una estimación preventiva del daño de carácter vinculante, sin entrar a valorar su valor preventivo o coercitivo sobre el deudor y criticando sobre todo que los tribunales franceses, que consideran inmutable la pena, no la moderen.

Para mí, sin embargo, los argumentos son de bastante peso, incluso para el Derecho español común (203), que, como ya se dijo no contiene ni estipulación legal expresa, ni facultad judicial de aumentar la pena irrisoria.

Si los contratantes quieren establecer una pena y han decidido que es pena y no cláusula de limitación de responsabilidad, es porque deci-

(201) *Die Vorlagen, cit...* 344 ss.

(202) MUGDAN. Die gesamten Materialien zum BGB für das deutsche Reich, 2, Protokolle, par 420, 718.

(203) Otro es el régimen de la pena en Navarra, donde parece imperar un favor creditoris mucho mayor: No habiendo moderación judicial alguna, sin embargo es posible indemnizar el mayor daño. El tercer párrafo de la Ley 518 FN establece, en su segundo inciso, que «Cuando (el acreedor) cobre la pena, y luego exija la indemnización por incumplimiento, la pena cobrada se deducirá de la indemnización que resulte deberse en virtud del contrato».

den que el deudor va a ser conminado con una cuantía o una prestación, que no requiere prueba por el acreedor y que, la mayoría de las veces, superará los daños reales. Si por el contrario, los daños son superiores, no cabe, salvo expresa renuncia, pensar que el acreedor ha querido perder en el acuerdo su derecho a probar los daños.

b) El argumento gramatical. El único argumento sostenible para no admitir la indemnización del mayor daño es el literal, pues el art. 1152.I dice que la pena sustituye, salvo que otra cosa se pacte. La propia literalidad del art. 1152 no es, a mi juicio, definitiva en sí misma, pues si se demuestra que la pena no equivale siquiera remotamente y de forma razonable a la cuantía de los daños derivados del incumplimiento, podría argumentarse que la pena establecida es inidónea como tal y que carece de reconocimiento legal: esa pena no sustituye nada.

La razón por la que el legislador francés permite aumentar la pena irrisoria es porque no son recibibles ni admisibles en juicio excepciones basadas en una pena inútil que ni ha reforzado el contrato, ni ha compelido al deudor a cumplir ni indemniza mínimamente al acreedor.

Tratándose de contratos aleatorios, quizá se podría contestar que el acreedor ha tenido «mala suerte», pero se trata más bien, y por término general, de contratos conmutativos. Por eso, parece que la primera consecuencia es que a veces la pena NO sustituye a la indemnización, si es irrisoria o insignificante.

c) Argumentos en favor de indemnizar el mayor daño. Pero el argumento literal debe ceder en todo caso a los argumentos teleológico, sistemático, constitucional que exige un tratamiento razonablemente igual de situaciones análogas, que, en este caso, justifique la prohibición o la irrelevancia de la prueba del daño, sociológico y procesal.

En primer lugar, la finalidad de la cláusula penal no se ve cumplida si el deudor cree que puede incumplir porque la pena es inferior al valor de la prestación o los daños. Por otro lado, esto no es así, en la medida en que el acreedor opte por la pretensión de cumplimiento. Si el acreedor opta por esto (por ej., cuando la utilidad que le reporte sea 80, mientras la pena sólo es 20), no podemos decir que podrá pedir el cumplimiento, pero si éste resulta imposible después de haber incurrido el deudor en mora o éste sea, rebelde y hay incumplimiento definitivo, sólo puede pedir 20 y no la indemnización de 80 que fue la pretensión elegida. De afirmarlo, diríamos que el deudor puede negarse siempre a cumplir porque acabaría pagando sólo la pena. Una pena con esos efectos no es pena alguna y carece de causa como tal. Como decía Windscheid, cuando el deudor puede elegir, no puede llamársela pena.

En segundo lugar, el art. 1152 dice que la pena sustituye a la indemnización salvo que otra cosa se pacte; el art. 1153 establece por otra parte la presunción de que no puede el acreedor exigir conjuntamente pena y cumplimiento. No es claro que deba interpretarse aislado el art. 1152.I C.c., prescindiendo del art 1153 C.c.

Desde una interpretación sistemática, puede entenderse que el acreedor puede elegir el cumplimiento y lo hará si le reporta más utilidad que la pena. Exigido el cumplimiento, se está admitiendo que puede exigir 100 al deudor aunque la pena sólo ascienda a 40, pero no quiere decir que la indemnización debida por incumplir la pretensión ulterior de cumplimiento sería 40 (pues sustituye a la indemnización, según el art 1152) porque entonces el deudor nunca cumpliría.

En tercer lugar, si cuando el acreedor de una obligación pecuniaria *prueba* (203 bis) el mayor daño sufrido por el incumplimiento, los tribunales españoles y europeos lo admiten ¿por qué van a tener distinto trato los acreedores que refuerzan sus derechos de crédito con cláusulas penales? Si la cláusula penal es un refuerzo y no una debilitación del contrato, no parece razonable que los acreedores vean peligrar su crédito por ello. De igual forma que un acreedor hipotecario puede dirigirse contra otros bienes si el bien hipotecado no hubiere sido bastante para satisfacer el crédito lesionado, parece que el acreedor debe poder pedir aquella cuantía en que la pena no haya cubierto su daño probado e indemnizable.

Desde el punto de vista sociológico, conviene decir que, aunque será raro el caso en que la pena sea inferior al daño, lo más probable es que se trate de un supuesto en que el acreedor es la parte débil del contrato. Si, por falta de medios, tecnología o información, el acreedor ha estimado incorrectamente sus daños o se ha visto forzado a admitir la pena a su favor, en un contrato de adhesión o en situaciones de monopolio, sin haberla discutido, y dicha pena apenas cubre su riesgo, parece razonable dejarle abierta la puerta a la prueba del daño —por otra parte costosa—. Si la diferencia del daño y la pena es mayor que el coste de su prueba, o si por razones morales o de otro tipo, le compensa la reclamación, no existen razones serias de justicia material para cerrarle dicha posibilidad.

En cuanto a los resultados de la interpretación dominante, se desprenden efectos no queridos por el legislador ni por los principios procesales. Como decían los redactores del BGB, si se impide la prueba e indemnización del mayor daño, las penas contractuales —que eximen de la prueba, no lo olvidemos— serán tan altas como la oferta y la demanda toleren, de forma que el acreedor se cubra a todo riesgo de los daños del incumplimiento.

Desde mi punto de vista, dado que la prueba es un requisito general en el proceso y de toda pretensión, la exención de la prueba que otorga la pena debe ser considerada una anomalía. Los factores correctores introducidos a la misma, en favor de deudor o de acreedor, deben ser los deseables. Creo que el deudor, puesto a elegir, prefiere indemnizar unos daños que han sido probados, a indemnizar

(203 bis) Cuando se ha negado, con cierta frecuencia, la indemnización al acreedor pecuniario, es exclusivamente por que el Tribunal no encuentra acreditado el mayor daño, no porque sea imposible o inadmisibile.

unos daños cuya existencia o cuantía se ignora. Por su parte, el acreedor se ve igualmente beneficiado.

d) Aplicación. ¿Cómo se exigiría la indemnización del mayor daño? Si la pena ha sido considerada irrisoria, podría ser considerada nula por el juez si ha sido estipulada en favor de un consumidor, ex art. 10 LCU, pero no así si el deudor no entra en el ámbito de protección de la LCU, a menos que el Juez considere que la pena carece de sentido, pues la finalidad coercitiva-resarcitoria es prácticamente inexistente.

No obstante, la declaración de nulidad de la pena no es aconsejable, sino que debe considerarse su eficacia limitada, salvando la cláusula en lo que sirva al negocio y al propósito propuesto al establecerlo: exime al acreedor de la prueba del daño igual a la cuantía de la pena. De esta forma, es admisible, en caso de que el acreedor no pudiera probar el daño que, al menos, cobre la pena, por insuficiente que sea. Argumentar lo contrario sería decir que el acreedor de una pena insignificante está condenado a la más absoluta desprotección, porque, o consigue probar el daño en su totalidad, o ni siquiera cobra la mínima pena.

Descartando de este razonamiento dilucidar si en el Derecho civil hay un favor debitoris o un favor creditoris, podemos al menos descartar que no interesa al Derecho ni el cumplimiento de las obligaciones ni la indemnización de los daños. Un deudor que no ha cumplido culposamente, quizá porque sabía que la pena era insignificante en relación a los daños y al coste que a él le suponía la prestación incumplida, no puede verse premiado con que la pena que a él le ha inducido a incumplir, al acreedor no le va a valer para probar el daño mínimo, exento de prueba. La pena establecida por debajo del interés de la obligación no puede beneficiar al deudor y perjudicar al acreedor. Buscando un equilibrio razonable, de la misma forma que al deudor no le van a poder exigir más que la pena, a no ser que se pruebe (y en juicio normalmente) un daño mayor, al acreedor no se le puede indemnizar con menos de la pena, por insignificante que sea.

En la práctica, si el deudor hubiese abonado la pena pero se negase a pagar el exceso hasta el daño realmente sufrido por el acreedor e imputable al incumplimiento del deudor, la pretensión sobre el exceso se podría formular con la prueba del daño íntegro y de la cuantía estipulada en la pena.

6.3. La cláusula penal cumulativa (203 bis)

La cláusula penal cumulativa se encuentra reconocida en el art. 1152 C.c., a contrario, y consiste en acumular la indemnización de los daños probados e imputables al deudor, a la pena.

Según el Código es necesario pactarla, puesto que se presume la no acumulación. Para algún autor, en este caso, la pena sustituye a la indemnización por resolución y no por incumplimiento (204).

En este caso cumple la pena una verdadera función coercitiva pues se desconecta por completo de la cuantía de los daños existentes o eventuales. Sin embargo, es posible que la pena cumulativa sea utilizada por los acreedores, además de como presión sobre el deudor para que cumpla, como una estimación aproximada de los daños sin necesidad de ir a juicio ni de practicar la prueba. Si se aprecian daños en el juicio, se acumularían y no compensarían con la pena, como en el caso de la sustitutiva. No obstante esto, hemos descartado antes la idoneidad de una pena cumulativa para caso fortuito.

A efectos de la moderación, veremos que la pena acumulada a la pretensión indemnizatoria puede ser valorada excesiva también en atención a los daños realmente producidos o razonablemente previsibles derivados del incumplimiento sancionado, aunque no sustituye la indemnización. En cuanto a los criterios moderadores puede que sea posible atender a factores subjetivos como el grado de culpa.

Aunque parece igual, no significa la pena cumulativa pedir cumplimiento y pena, lo que a veces se confunde.

Llamar sustitutivas o cumulativa a una pena contractual depende de su relación con la pretensión indemnizatoria. Por el contrario, la facultad del acreedor de pedir cumplimiento y pena, que no se presume, ex. art. 1153, se refiere tanto a casos de pena sustitutiva como cumulativa, y principalmente a la primera.

6.4. Pretensión simultánea de cumplimiento y pena (204 bis)

La cláusula penal no puede reclamarse junto con el cumplimiento (1153 C.c.) salvo que *claramente* le haya sido otorgada esta facultad al acreedor.

Nótese que el Código no exige una expresa atribución sino una clara atribución de esta facultad a este acreedor. Es muy clara y quizá no siempre expresa la atribución efectuada en una pena moratoria: «el deudor deberá abonar 500.000 pts por cada día de retraso en la entrega de la obra». A nadie le cabe duda de que el acreedor podrá reclamar el cumplimiento y la pena por el tiempo de retraso.

(204) DAVILA, *La obligación...* 314.

(204 bis) Esta facultad pactada por deudor y acreedor recibe el nombre en la doctrina americana de cláusula «repicar y andar en la procesión» (Have cake and eat it clause).

La acumulación de la pretensión de cumplimiento y de pena se sobreentiende en casos de pena moratoria, pero no en los de incumplimiento definitivo, por ej., en caso de término esencial:

El frac encargado para una boda, cuyo término esencial fue incumplido, que sin embargo acaba reclamando el acreedor que lo prefiere a la pena, pues desea un frac, descontando quizá parte del precio, como indemnización o pena por el incumplimiento del término esencial.

Dije antes que la pena no es cumulativa cuando se pretende además del cumplimiento. La prueba es que probablemente en el caso del primer inciso del art. 1153 la pena es más sustitutiva que nunca: se pide la pena por el retraso (que sustituye a la indemnización por mora) (205) y el cumplimiento. En este caso, la pena sustituye a la indemnización como dice el art. 1152 I y, de igual manera que en el art. 1124 se puede pedir cumplimiento y la indemnización procedente, según el art. 1153 I, se puede pedir cumplimiento y pena (sustitutiva).

Aunque extraña la diferencia de tratamiento (206) pues el art. 1.124 C.c. establece lo que no se presume el 1.153 C.c., no es imprescindible el pacto expreso. Basta que se desprenda claramente de la obligación.

El art. 1153 C.c. parece tener aplicación universal, y sin embargo sus antecedentes y normas concordantes de Derecho comparado están pensando en un caso muy concreto: el cumplimiento defectuoso en cuanto el tiempo o el lugar. Esto es un tipo muy calificado de incumplimiento en el que no hay duda de la integridad del cumplimiento, sino de su identidad (en el sitio debido y en el tiempo debido).

Es razonable, se afirma, que no se puede pedir la pena y el cumplimiento si aquella representa la valoración del incumplimiento total. Sin embargo es razonable su petición simultánea si la pena es moratoria y se establece por un cálculo, normalmente lineal, sobre el grado de demora. Lo razonable será además que al establecer la pena moratoria, se desprenda claramente la facultad del acreedor.

(205) Por eso, aunque se suelen clasificar las penas en sustitutivas, cumulativas y moratorias (o incluso se añade la cuarta categoría, multa penitencial), parece que las clases básicas son las dos primeras, la llamada pena moratoria suele ser sustitutiva pero podría formularse de manera cumulativa. El problema de esta clasificación tiene entre es que no es homogénea: cumulativa se opone en cierta forma a sustitutiva, pero moratoria no se opone a nada ni se distingue claramente de las otras dos. En todo caso se opondría a la pena de incumplimiento definitivo, que es un término no utilizado.

(206) Que quizá se deba al distinto origen histórico de las normas del art. 1124 (referido a los contratos sinalagmáticos) y del 1153 (estipulaciones).

6.5. La cláusula penal no tiene función solutoria

Por ello si estamos ante la reserva expresa en favor del deudor que exige el art. 1153, 2.º inciso, no estamos ante una cláusula penal, como ya vimos anteriormente, sino ante una obligación facultativa (207).

6.6. La pena estipulada es susceptible de moderación judicial (art. 1154 C.c.)

Establece el art. 1154 C.c. que «el juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido cumplida en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Su redacción ha dado lugar a dos tipos de problemas, relativos a los presupuestos de aplicación de la norma y relativos a su alcance.

6.6.1. Presupuestos de aplicación

1) Naturaleza de la norma: imperativa.

Se suele afirmar que el empleo del futuro imperfecto «modificará» significa un deber del juez y no una facultad del mismo. Por ello se afirma que es una norma imperativa (208). Pero como bien señala Jordano (209), esto no implica necesariamente su aplicación de oficio, sino que las partes del contrato no pueden sortear este efecto por convenio.

No dice el Código civil lo que los códigos alemán (210), italiano (211) y francés (212) o el Proyecto de 1851 (213), que utilizaba el verbo poder: el juez podrá moderar o la pena podrá ser moderada, reducida.

2) Presupuesto procesal

(207) Por ejemplo, *vid.* DIEZ PICAZO, *Fundamentos*, I, 2.ª ed., 585.

(208) Lo dicen claramente los artículos 1152 y 1231 del Código francés. La doctrina alemana (por todos, LARENZ, 348) y la doctrina italiana (por todos CENDON/de Nova, 656) son unánimes.

(209) La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria; Madrid, 1992, 194 y ss. Futuro imperfecto también lo hay, por ejemplo, en el art. 81 C.c. y nadie duda de la aplicación a instancia de parte. Lo que quiero decir es que no es definitivo este dato.

(210) BGB 343: la pena puede ser reducida.

(211) Art. 1384 C.C. italiano: la pena puede ser disminuida equitativamente.

(212) Arts. 1152 y 1231 C.c.

(213) Arts. 1081 y 1085.

El carácter imperativo del art. 1154 C.c. ha llevado a su vez a plantear la cuestión, no resuelta del todo (214) por nuestra jurisprudencia de si la moderación puede realizarse de oficio (215) o si debe moderarse por el juez sólo si se lo pide el deudor (216), so pena de incongruencia.

Dado que el juez va a realizar un juicio de equidad (sopesando las desventajas que va acarrear la imposición de la pena al deudor), es probable que sea más conforme con dicha finalidad su apreciación de oficio. Sin embargo, en la práctica, parece que el deudor realizará algún acto que excite la apreciación judicial de oficio.

Esto es, aunque el deudor no solicite expresamente la moderación de la pena, es muy probable que ésta no se produzca si el deudor no invoca algún hecho o circunstancia relevante que determine bien la inexigibilidad de la pena, que el juez no aprecia pero sí le mueve a moderar su cuantía, bien su situación económica o la prueba de su ausencia de culpa o incluso la prueba (difícil (217) pero no imposible) del daño ocasionado al acreedor por el incumplimiento. Nótese que procesalmente tiene la importancia de que, aun siendo de oficio, el deudor algo tendrá que alegar y probar, para que el juez decida una moderación no explícitamente pedida (218).

3) Presupuesto objetivo: la desproporción de la pena.

En cuanto al presupuesto objetivo de aplicación, parece que la moderación alcanza sólo a los supuestos de cumplimiento parcial o irregular. Sin embargo y coincidiendo con el profesor Jordano Fraga (219), creo que la facultad de moderación judicial es aplicable también a supuestos de incumplimiento total (219 bis).

Comenzando por los supuestos expresamente mencionados por el Código, cabe la moderación en caso de cumplimiento parcial. Esta regla se inspira en dos principios fáciles de entender: por un lado, es concebible que la suma fijada en la pena sea estipulada pensando en el incumplimiento total. Por ello, es razonable, atendiendo a la proporcionalidad exigible a toda norma (sea sancionadora o resarci-

(214) Hay dos sentencias, de 20.11.1970 y 30.6.1981, que, como señala JORDANO *cit.*...196) no decidían sobre si era de oficio o no, sino si era excesiva o adecuada la pena.

(215) Como expresamente contempla el art. 1231 C.c. francés.

(216) Como por ejemplo exige el derecho alemán, 343 .1 BGB y la doctrina y jurisprudencia italianas, casi unánime.

(217) Porque, no olvidemos que al acreedor no le es exigible la prueba del daño y será el que en mejores condiciones esté de probarlo. Recordemos que el acreedor sólo debe probar el incumplimiento de la obligación principal de no hacer o el deudor no tiene que haber probado su cumplimiento de la obligación positiva.

(218) Es posible, pero raro, que el juez dicte diligencias para mejor proveer, en vista de que el deudor ni siquiera ha alegado o probado nada.

(219) La resolución por incumplimiento. . . *cit.*, 199 y ss .

(219 bis) *Vid.* las consideraciones de CAPILLA, *cit.*, 203.

toria), adecuar la pena al cumplimiento en parte ejecutado; por otro, se suele decir que si el acreedor que, en principio no está obligado a aceptar cumplimientos parciales, no puede aceptarlo y además exigir toda la pena estipulada (220).

En segundo lugar, lo que habría que decir, con el autor citado, es que no todo caso de cumplimiento irregular dará lugar a moderación. La razón estriba en la adecuación o proporción de la pena al incumplimiento existente. Por eso, si la pena no es desproporcionada, el juez no deberá moderarla. Fijémonos que de afirmar que todo supuesto de cumplimiento irregular da lugar a la moderación judicial de la pena, significaría que siempre que se establezca una pena moratoria, el juez deberá reducirla.

Sabemos que no es así y que esto no tiene sentido. La clave está en la desproporción de la pena atendidos distintos criterios a tener en cuenta. Porque es esta desproporción el verdadero presupuesto objetivo de la modificación judicial de la pena (221).

¿Cuáles son los criterios que nos pueden llevar a considerar desproporcionada la pena? Parece que de diversa índole: subjetivos, como el grado de culpabilidad del deudor; objetivo-subjetivos, como la situación económica de las partes, en especial, la deudora de la pena; u objetivos: los daños efectivos probables o probados (por el deudor) o incluso la constancia de la ausencia total de daños y el grado de cumplimiento más el grado de satisfacción del acreedor experimentado por el parcial cumplimiento (222). Pero estos criterios deben ser manejados atendiendo a dos razones fundamentales: primero, que la reducción de la pena excesiva no significa reducir la pena a los estrictos daños (que por otra parte, el acreedor no ha tenido que probar) (223); segundo, que los

(220) G. GOYENA, artículos 1084 y 185. Algunos derechos contemplan expresamente esa regla: La Ley 518, párrafo 3.º, primer inciso, de la Compilación navarra: cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación, aunque éste sea parcial, se entenderá renunciada la estipulación penal, salvo que otra cosa se hubiera pactado. Por su parte el BGB 341.3, establece que si acepta el acreedor el cumplimiento, no podrá exigir la pena, a menos que haya hecho reserva expresa sobre esto en la aceptación.

(221) El Proyecto de 1851 establecía la moderación judicial cuando fuere «excesiva» (art. 1081). El Código francés reformó su inmutabilidad para admitir la reducción o elevación de penas manifiestamente excesivas o irrisorias (art. 1152.2). El Código italiano permite la moderación judicial cuando ésta sea manifiestamente elevada o en caso de cumplimiento parcial. (art 1384). Por su parte el BGB, habla simplemente de moderación de una pena desproporcionadamente alta a una cantidad razonable (par. 343).

(222) No podemos estar del todo de acuerdo con DAVILA (*La obligación...* 431), cuando objeta los criterios propuestos por PUIG PEÑA, pues no es verdad que si no hay utilidad alguna para el acreedor es que no ha habido cumplimiento alguno: es posible que un contratista haya construido dos plantas de un edificio de cuatro y que ese cumplimiento parcial no le sea de ninguna utilidad al comitente. En cuanto a la usura, vemos que la cuestión es previa a la moderación.

critérios antes expuestos, de manera especial, el dolo, la culpa o el caso tendrán probablemente mayor incidencia en los casos de pena cumulativa y menor en los de pena sustitutiva.

Por eso, es posible que sean moderadas las penas incluso en casos de incumplimiento total. No hay obstáculos para ello ni en la letra, ni en la finalidad de la norma del art. 1154 C.c. Fijémonos que el citado artículo no dice que el juez sólo moderará o sólo procederá la moderación cuando... cumplimiento parcial o irregular. Lo que está ordenando al juez es una decisión en equidad en caso de cumplimiento irregular o parcial. Pero no impide el art. 1154 C.c. que el juez efectúe dicha moderación (además, teniendo en cuenta el art. 1103 C.c.) en casos distintos de los descritos en esa norma.

Consecuencia necesaria de la conclusión anterior, que el presupuesto de la modificación es la desproporción de la pena, es preguntarse si cabría además aumentar las penas irrisorias (224). La cuestión tiene su importancia pues, aunque hemos admitido la indemnización del daño mayor, cuando el acreedor pruebe que los daños sufridos superan la pena, de admitir la elevación de la pena irrisoria en perjuicio del acreedor, significaría eximirle de la prueba, una vez establecida por la autoridad judicial una pena adecuada al caso (o equivalente a las que la parte beneficiada tenga estipuladas en su contra, para guardar el equilibrio, ex art. 10 LCU). Con todo, parece lógico pedir al acreedor una prueba de lo irrisorio de la pena. Parece difícil afirmar en nuestro Derecho la conversión judicial de la cláusula inútil o insignificante en una cláusula penal adecuada. Pues lo más probable es que una vez declarada irrisoria o desequilibrada, operen las reglas generales de prueba e indemnización del daño, aunque ya se sugirió antes la liberación al acreedor de la prueba por la cuantía de la pena mínima.

4) Presupuesto normativo: que no sea uno de los supuestos excluidos.

Supuestos excluidos de la moderación.

1. Penas regidas por el Derecho navarro.

La ley 518 establece expresamente que «la estipulación de pagar una cantidad como pena... no podrá ser reducida por el arbitrio judicial» (225). La explicación que algunos autores dan a esta inmutabilidad (sólo irreducible, pero siendo indemnizable,

(223) Por ello, entre otras razones, obliga el BGB 343 a tener en consideración todo interés del acreedor, no sólo patrimonial; y el artículo 1384 C.c. italiano obliga a tener siempre en cuenta el interés que tuviera el acreedor en el cumplimiento.

(224) Como permite el art. 1152.2 del Código francés.

(225) Recuérdese la mencionada SJPI Pamplona de 5.6.1991 que dice moderar, a pesar de la ley 518, por las circunstancias excepcionales.

como vimos, el mayor daño) se liga con la habitual solvencia del deudor (226), argumento creo que discutible.

2. Parece que las penas contractuales establecidas por la ley no son moderables (227), aunque no haya expresa disposición que lo establezca. Desde luego, no lo son por debajo del mínimo (art 27.2 LAR) cuando se ha establecido con finalidad protectora. Es probable quizá que en el caso contrario (art 56.2 LAU), sea moderable la pena porque demuestre el inquilino que el arrendador no sufrió ningún daño o todo el daño pretendido, porque alquiló el piso desalojado al mes siguiente (228).

3. Sin embargo, no es obstáculo a la moderación que la obligación sea mercantil o el deudor sea empresario. A diferencia del Derecho alemán, en que su Código de comercio excluye de la moderación a la *Vollkaufmannleute* (según interpretación constante del parágrafo 348 HGB), admitiendo la moderación si el empresario es *Minderkaufmann*. La aplicación supletoria del Código civil al Código de comercio y la ausencia de norma prohibitiva o de exclusión deben incluir a las obligaciones mercantiles con cláusula penal entre las susceptibles de moderación (229).

4) Presupuestos subjetivos: la culpa o el caso fortuito.

Se suele afirmar que en caso de incumplimiento doloso, no cabe la moderación judicial, pues el deudor se la merece» (230). No puedo estar de acuerdo con esta afirmación. Es probable que las desproporciones sean tan apreciables en todo caso de incumplimiento, cualquiera que sea su especie.

6.6.2. Alcance de la moderación

Significado.

Una vez señalados estos dos puntos, conviene recordar que la moderación (y recuerdo que el art. 1154 C.c. emplea el término modificar) no es igual que el control judicial de validez de la estipulación penal pactada, que entre otras cosas puede conllevar la nulidad de cláusulas desproporcionadas o usuarias, y quizá también de las irrisorias, desde luego, en perjuicio de un consumidor. La moderación equitativa del

(226) SALINAS QUIJADA. *Manual de Derecho civil navarro*, Pamplona, 1980, 320.

(227) Esto no obstante, la Corte italiana de casación ha afirmado que también son moderables, ex. art 1384 C.c., las penas establecidas en favor de la Administración (sent. 22.11.76, n 4386. Giust. civ., 1977, I, 250).

(228) Recuérdese, no obstante, la SAP Oviedo 12.6.1989 que modera por analogía la indemnización debida por el art. 56 LAU.

(229) VICENT CHULIA, *Compendio crítico*, 3.^a ed., 42.

(230) DAVILA, *La obligación...* 475

juez es la adecuación material de la consecuencia jurídica de una estipulación penal, hecha por el juez en equidad al supuesto concreto de incumplimiento producido, pero dando por hecho que la cláusula es válida.

Siendo clave la idea de desproporción, es conveniente determinar cuándo es apreciable la desproporción, si al concluir el contrato o al producirse el incumplimiento y subsiguientes daños.

En mi opinión, habría que seguir la propuesta número 6 de redacción del que sería futuro párrafo 343 del BGB, en la que se distinguían los dos momentos, de manera que el juez lo que tendría que invalidar serían las cláusulas penales que de raíz son desproporcionadas y moderar las que, siendo inicialmente razonables, se manifiestan, en el curso de las cosas, y al tiempo del incumplimiento, desproporcionadas en relación con los daños reales, derivados del mismo.

De esta forma vendría explicada la labor del juez: en un primer momento examina la legalidad de la cláusula penal y dictamina sobre su validez, que será negada si es una pena de naturaleza abusiva, usuraria o contraria al art. 10 LCU; en un segundo momento, examina la eficacia de una cláusula válida y adecúa su cuantía a las consecuencias reales del incumplimiento sancionado con la pena.

¿ En qué forma se puede efectuar la moderación?

1) La idea general que se tiene de moderación conlleva la reducción de la cuantía pecuniaria en que suele consistir la obligación penal.

Basada en la idea de proporción, es posible admitir que una pena establecida en 100 para el caso de incumplimiento total puede ser reducida en un 20 o 30% si el deudor ha cumplido esa proporción de la obligación (231). Pero ese dato no es definitivo, pues como hemos visto no todo incumplimiento de la misma proporción reporta al acreedor la misma utilidad (232) y además deben tenerse en cuenta otros factores.

(231) Bien entendido que 100 probablemente excedería a los daños derivados del incumplimiento total, de la misma que 80 ó 70 exceden presumiblemente a los daños derivados del incumplimiento parcial.

(232) El art. 1231 del Código civil francés, tras dos reformas en 1975 y 1985, establece que «siempre que el acuerdo haya sido ejecutado en parte, la pena convenida puede, incluso de oficio, ser disminuida por el juez, en PROPORCIÓN AL INTERÉS que la ejecución parcial haya procurado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del art. 1152 C.c. Toda estipulación en contrario será reputada nula». La reforma francesa ha sido objeto de fuerte polémica, especialmente por la intervención judicial, llegándose a decir que se ha derogado el principio de autonomía privada. *Vid.* SANZ, RTDC, 1977, 268; PAISANT, RTDC, 1985, 647. En Italia también ha interesado la reforma francesa de 1975 (Riv. Dir. Civ. 1977, I, 440: NEGRI).

2) La jurisprudencia española ha establecido también , como moderación, el otorgamiento de un plazo al deudor. que ya vimos en su momento, a propósito de las cláusulas de vencimiento anticipado (sents. de 5.2.1914, 3.7.1915 y 19.5.1958).

3) No es supuesto de moderación a mi juicio, como ya dije, la mera reducción de la cuantía reclamada porque, en realidad, la exigibilidad de la pena tenía un alcance menor que el pretendido (SJIP Pamplona 5.6.1991) o porque no era exigible en absoluto, porque concurría incumplimiento recíproco (STS 30.5.1984).

Reparación y sanción

El cumplimiento de las obligaciones en forma específica

J. A. DORAL GARCÍA

SUMARIO: 1. Introducción. 2.—Incumplimiento de la obligación: la reacción del Derecho ante el incumplimiento. 3.—Cumplimiento debido. 4.—Sistemas de sanciones. 5.—Cumplimiento forzoso o anormal: la realización coactiva por el acreedor. 6.—Formulación tradicional. 7.—Cumplimiento retrasado y cumplimiento defectuoso. 8.—Causa justa. 9.—Consecuencia del incumplimiento. 10.—Incumplimiento y daño: relación de causalidad. 11.—Reglas y excepciones. a) Obligaciones de dar. b) Obligaciones de hacer y no hacer.

1. INTRODUCCION

La progresiva evolución de relaciones sociales y comerciales pone de relieve nuevos problemas de ejecución del contrato y las consecuencias de la inejecución, que denotan la importancia de la realización del contenido de las obligaciones.

Se procura hoy la tutela actuada directamente por el interesado, con el fin de asegurar la automática ejecución de la obligación con independencia de la cooperación del deudor o mediante sanción o coacción indirecta.

Estos remedios pueden ser muy variados, desde la defensa preventiva dirigida a conservar el *statu quo*, a las medidas reparatorias tendentes a restaurar, reintegración del derecho lesionado, o a eliminar el hecho lesivo.

Entre las fórmulas de actuación figuran las medidas de autotutela convencional o consensual, en cláusulas insertas en los contratos o procedimientos, con singular fuerza de expansión, de ejecución cautelar.

De modo que el acreedor insatisfecho o para prevenir efectos de la inejecución pueda acudir para la satisfacción del crédito a la vía judicial o extrajudicial, mediante la creación negocial de figuras de autotutela.

El encuadre sistemático de esas medidas es imposible, no cabe reducir a un esquema único las vías para conseguir un resultado útil por el destinatario de la tutela, si bien acreditan la profunda revisión del Derecho civil y procesal: distorsión en los sistemas previstos, justificación, ámbito, límites de la tutela de los derechos y de los intereses legítimos en la fase ejecutiva.

Pero dichas cláusulas pueden resultar excesivas, si se tiene en cuenta que el *favor debitoris* reclama cumplir con lo *necesario* para liberarse y todo lo demás *excede*, no cabe compensar con prestación excesivamente onerosa.

Así que el estudio del ejercicio coactivo del derecho ofrece hoy especial interés. Los medios de autotutela con función satisfactiva, los actos negociales que prevén el perjuicio derivado de un comportamiento antijurídico del deudor, entran a formar parte del cuadro de la autonomía privada y en esa sede es más fácil asegurar idóneos remedios en cada caso, conforme a los límites intrínsecos y extrínsecos de la libertad de pactos.

Pero, sin duda alguna, aun considerado como Derecho supletorio, la normativa vigente sobre ejecución de obligaciones de hacer resulta inadecuada, sobre todo a derechos nuevos de carácter no patrimonial y a las obligaciones no susceptibles de ejecución específica. Son muchos los inconvenientes y peligros de hacer descansar la ejecución en la cooperación del deudor: condiciones económicas del obligado, caprichos, cinismo, indolencia negativa, pero también la coacción indirecta, la penalidad y sanción, traslada al deudor la eventualidad de esos mismos peligros y abusos, con eficacia coercitiva superior a las formas públicas.

La realización del contenido de las obligaciones se vierte en todas y cada una de las materias del Derecho civil: los derechos de la personalidad, propiedad industrial, obligaciones de asistencia, obligaciones de negociar, las formas de autotutela en función preventiva en la compensación y retención, ejecución específica del contrato preliminar, ejecución continuada de la obligación de negociar.

Son muchas las medidas de garantía o «autotutela consensual» que de suyo válidas y eficaces pueden resultar desproporcionadas a la deuda, pacto comisorio, reserva de dominio, condición resolutoria, que suelen adoptar mecanismos fiduciarios, esa «calamidad social de nuestros días».

Y el aumento progresivo «día por día» de modo automático del interés concretado en la sentencia de condena, la amenaza y penalidad privada acreditan que, si bien no en su formulación personalista originaria, tiene pleno significado actual aquella máxima de que *nemo coactus*, que indica el progresivo avance de «medios compulsorios».

Delimitar esos conflictos de intereses entre el libre ejercicio de la autonomía privada y los límites para eludir abusos y lesiones, la efectiva tutela jurisdiccional, acertar en su valoración y proponer soluciones razonables es sin duda exigencia actual.

Hace ya de esto muchos años, un ilustre jurista, Puig Brutau, refiriéndose a la separación de los «dos grandes sistemas de Derecho del mundo occidental» a la hora de juzgar de la conducta del deudor que no cumple lo debido, porque no quiere o porque no puede, afirmó que éste es un punto «que aconseja reflexionar con la atención puesta en los dos grandes sistemas de Derecho del mundo occidental, porque sospechamos, dice, que la tradición histórica produce el efecto de ocultar con una diferente formulación doctrinal lo que merece ser visto en su unidad más profunda» (1).

La ejecución indirecta es el punto central tratado recientemente en el Congreso de que da cuenta la obra «Processo e tecniche di attuazioni dei diritti», a cura di Salvatore Mazzamuto (2).

En la presentación de ese libro, Salvatore Sangiorgi coincide con aquella impresión de que el problema no se presenta históricamente como fruto de una simple opción cultural sino como consecuencia impuesta del sistema de las fuentes de Derecho y de la política de Derecho («tecnica di normatione»). Posiblemente, dice, subsiste también una razón más profunda, que pudiera ponerse en evidencia con el análisis en cada sistema de la «preeminencia» de remedios.

El transcurso del tiempo arroja nuevos datos y nueva luz en los respectivos sistemas sobre la centralidad del «daño injusto» y del «daño resarcible», ya que con la multiplicación de prestaciones de contenido de hacer y no hacer el problema de la *efectividad* en la ejecución se presenta con mayores exigencias de contraste y armonización de remedios y soluciones, judiciales y extrajudiciales.

*La ejecución de obligaciones de contenido no patrimonial pone en tela de juicio la preeminencia en reglas codificadas de criterios que por referirse al daño resarcible más que al daño injusto pueden arrojar resultados injustos, de no establecerse otros basados en la relación entre el interés de la prestación debida incumplida y la repercusión (perjuicio) no sólo en el patrimonio del acreedor ante el número creciente de intereses merecedores de tutela. A consecuencia del daño éste no debe experimentar beneficio, pero tampoco obtenerlo el deudor con la realización coactiva provocada por dolo. En la valoración de los daños, daños sobrevenidos, el criterio ha de ser riguroso, lo que se opone a generalizar medidas de tutela indirecta que conducen a ese resultado injusto. El *favor debitoris* reclama lo necesario para liberarse, lo demás excede, compensar, subrogado en la prestación debida, excluye por la misma razón prestación excesiva, ya que encuentra en el valor de ésta su contenido.

(1) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. 1, vol. II, *Derecho general de las obligaciones*, Barcelona 1959, p. 419.

(2) *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Jovene editore, Nápoles 1989, 2 tomos, 1406 pp.

2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION: LA REACCION DEL DERECHO ANTE EL INCUMPLIMIENTO

Las obligaciones nacen para ser cumplidas, ya sea por cumplimiento espontáneo o por realización coactiva. De ese modo el incumplimiento enlaza con las fuentes de las obligaciones, que a su vez son aplicaciones de las fuentes del Derecho: cuándo puede decirse de una obligación que ya ha nacido y por qué título, promesa, convenio, contrato, *ex delicto*, *ex novo* del hecho ilícito.

El principio inspirador del régimen jurídico del incumplimiento es el de la tutela efectiva, que introduce un criterio de *efectividad*, de no fácil acomodo a aquellas relaciones obligatorias donde el cumplimiento por equivalente económico no resulta satisfactorio, no adecuado al contenido «normal», ni corresponde al interés de reemplazo de la prestación.

Esto explica la falacia de la «doble fuente»: que el mismo hecho produce el incumplimiento de la prestación debida, *ya nacida*, y *además* fundamenta la regla del equivalente pecuniario, a *falta* de la prestación debida; colocar en el mismo plano la prestación *in specie* o por equivalente dejándolo a la elección del deudor no excluye la consecuencia absurda de dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de una obligación válida, y entendida como alternativa no es indiferente a la *utilitas* del acreedor.

La diferencia entre incumplimiento y daño es importante, porque el incumplimiento supone un *deber* jurídico, una relación preexistente entre las partes, mientras que el daño es un hecho *consecuencia*, *efecto* regido por otros criterios: causación adecuada, encadenamiento de efectos, compensación, moderación, seguro de caución (S. 19 de mayo de 1990).

Es sugerente al efecto la distinción anglosajona entre culpa (*fault*) e incumplimiento (*default*), distinto alcance tiene, en efecto, saber si hay razones de excusa (culpa) o probar simplemente si no se ha cumplido. La culpa forma parte de otra «materia», de los actos torticeros (*torts*), no de la materia contractual. *Tort* es el paradigma del ilícito extracontractual, criterio sancionatorio de conductas dañosas, con los *right-remedy*.

3. CUMPLIMIENTO DEBIDO

Quien debe, debe algo, precisamente «lo debido». Cuestión distinta es que el deudor pueda liberarse (autotutela consensual) entregando algo no debido, *aliud pro alio*.

En ningún caso, de no ser por pacto, obligación alternativa o facultativa, el deudor de una obligación puede cambiar arbitraria y unilate-

ralmente su contenido sin causa justificativa por la misma regla del artículo 1256 C.c. No queda a merced del capricho del obligado a hacer realizar lo debido o el equivalente pecuniario.

El deber jurídico se extiende también al respeto del contenido intrínseco de la obligación: cumplir lo debido conforme a lo debido o un resultado racionalmente adecuado, atendidas las circunstancias del caso (S. 11 de noviembre 1987, R. 8372).

Si el deudor no cumple, según el sistema, puede o no alegar causas que le eximan; si cumple mal se introduce en la relación obligatoria un hecho *nuevo*, que puede ser causa autónoma de responsabilidad a cargo del obligado; no *además*, sino *aparte* de la que le incumbe como sujeto pasivo de la obligación que pretendía cumplir (Puig Brutau) (3).

4. SISTEMAS DE SANCIONES

La distinción se refleja en el cuadro de acciones.

El sistema alemán es de acciones generales y tutela penal de la orden del juez (*Geldstrafen*); el sistema anglosajón de acciones distintas: de incumplimiento y de daño. El sistema latino se basa en el precepto fundamental (art. 1101 del C. español), que señala diversos aspectos atendidas las circunstancias de la obligación y el grado de incumplimiento (art. 1142 y 1146 del *Code*), que permite completar la tutela ejecutiva con medios compulsorios para garantizar la efectividad, sanciones extrañas a la tradición civilista.

La atribución de daños y perjuicios (*damages*) es la sanción normal de todo *breach of contract* en el *common law* (4). Desde el momento en que hay *breach* hay lugar a *damages*, sean estos debidos o no a culpa del causante. La única cuestión es saber cómo van a ser evaluados los daños y perjuicios. A tal efecto se distinguen las clases de daño.

El *common law* excluye como solución *normal* el cumplimiento de las obligaciones en forma específica en naturaleza.

En fecha reciente la S. 12 de diciembre 1990, R. 9999, en uno de los fundamentos jurídicos, insiste que en nuestro Derecho la obligación de hacer ha de ser cumplida en forma específica, de acuerdo con el art. 1098 del Código, entrando en juego el cumplimiento por equivalencia con carácter subsidiario: cuando el deudor no realiza la prestación debida o ésta deviene imposible. Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o *forzoso* de la obliga-

(3) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 424.

(4) René DAVID y David PUGSLEY, *Les contrats en Droit Anglais*, 1985, 2.^a ed., p. 324. JEANDIDLER, *Exécution forcée des obligations contractuelles de faire*, en «Rev. trim. dr. civ.», 1976, 700.

ción de hacer entra en juego el principio «*nemo factum cogi potest*» y la prestación primitiva se transforma en la de indemnizar; la acción de cumplimiento de preferencias al cumplimiento *in natura* sobre el cumplimiento por equivalente (S. 21 noviembre 1990, R. 9012); cumplimiento y resolución son compatibles de forma subsidiaria (S. 9 de septiembre de 1992, R. 1189).

5. CUMPLIMIENTO FORZOSO O ANORMAL: LA REALIZACION COACTIVA POR EL ACREEDOR

Es regla que la prestación debida se realiza en forma específica, lo que no siempre es posible: depende del diverso contenido que determinará en cada caso «lo debido» y el fin desde el punto de vista social y del interés del acreedor (5).

De no poderse ejecutar la prestación debida coactivamente queda obligado el deudor al equivalente en su caso con los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (tutela subrogatoria).

En la esfera extracontractual los interesados no estaban antes sujetos por la relación obligatoria, ya que, en tal caso, la obligación no es *ya nacida*, ésta nace *ex novo* del daño (art. 1092 s.s.) como obligación *ex lege*.

El incumplimiento de la obligación imputable al deudor, dice Castán, se traduce en el cumplimiento forzoso que, a veces, puede ser ejercido en forma específica. Pero hay numerosos casos en que es imposible procurar al acreedor la ejecución en naturaleza, y entonces hay lugar a lo que los autores llaman la prestación del interés (*id quod interest*), que consiste en prestar un equivalente de la utilidad que le hubiere reportado el cumplimiento de la obligación en forma específica, y que, en nuestro Derecho, recibe el nombre de resarcimiento de daños y perjuicios.

Pero esa equiparación no es del todo exacta porque la realizada por equivalente es siempre más débil:

- 1.º El valor de la prestación es *intrínseco*, mientras que el equivalente económico es *extrínseco*, valor de mercado, resultado de una liquidación, *actualización* de gastos (S. de 5 diciembre 1975).
- 2.º Supone una *conversión* automática del valor *en uso*; criterio utilitarista y económico, en valor *en cambio* o de realización sujeto al flujo de los cambios.

(5) El binomio cumplimiento-ejecución y responsabilidad patrimonial tiene su lugar propio en el daño patrimonial, pero no adecuado al daño no patrimonial, derechos de la personalidad y daño ambiental, como daño sufrido por la colectividad, que no tiene carácter patrimonial.

El cumplimiento en forma específica es siempre factible tratándose de deudas de dinero y de un deudor solvente, y no siempre de obligaciones nacidas de contrato donde el daño no sea íntegramente resarcible pecuniariamente. Las nacidas de delitos, de actos civilmente ilícitos y de enriquecimiento injusto esas sí tienen por contenido *normal* una prestación de dinero (6).

De aquí las reglas sobre el cumplimiento forzoso en forma específica, arts. 1096, 1098, que distinguen entre cumplimiento «por equivalente» y la indemnización de daños y perjuicios, reglas compatibles que atienden a la libertad personal del obligado y al interés del acreedor en el cumplimiento de lo convenido, art. 923, 924,1, 925 LEC.

La *sustitución* de la prestación debida por su equivalente (*id quod interest*) tiene origen romano, D. 19,1,1. pr, y requiere la demostración efectiva de los daños y perjuicios sobrevenidos.

6. FORMULACION TRADICIONAL

La ejecución forzosa en forma específica o por equivalente es un corolario de las fuentes de las obligaciones, sobre todo de las obligaciones *ex conventione*. De ahí que la fuerza obligatoria del contrato sea uno de los presupuestos. La ejecución se presenta como *efecto*. En el Derecho contractual se plantea la correlación entre contenido *normal* y ejecución en forma específica; en las de hacer infungible o personalísimo, insustible por la actividad del juez, sólo cabe el resarcimiento de perjuicios que ocasiona la no prestación (S. 25 de marzo 1981) por lo que el contenido normal es dinero (7)

Del vínculo obligatorio deriva que sólo se libere el deudor por causa que no le sea imputable, ya que, en cualquier otro caso, es exigible la prestación.

La obligación de hacer lleva consigo la dificultad de su inherencia a la persona, a la libertad, que o no puede ser coaccionada ni sustituida, realizada a través de actividad sustitutiva, o es más difícil de sustituir que en otras prestaciones que tienen por contenido normal el dinero. El cumplimiento forzoso en forma específica se realiza contra la voluntad del deudor o sin contar con ella, la tutela inhibitoria en obligaciones de

(6) Cfr. J. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 452. J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 16 ed. Madrid 1992, revisada y puesta al día por G. García Cantero, p. 86.

(7) Las medidas previstas en el Derecho tradicional son insuficientes en la ejecución sucesiva, en las operaciones arriesgadas, como un auditorio hostil, en la responsabilidad precontractual, donde no hay otro modo de reparar que reputar el contrato formado.

no hacer cuenta con ella. El éxito de esta forma es creciente pero acaso demasiado gravoso.

Si la obligación es de reparar *in specie*, deshacer lo hecho, si puede serlo por un tercero (S. 16 de octubre 1989) aunque no con medios anormales sino que sea «a su costa» o a sus «expensas». A su costa indica tanto la naturaleza (obligación de hacer) como la extensión respecto al tipo (compensación); a su costa supone que no *exceda* de lo debido, que es, por tanto, su razón de ser y su medida; la tutela resarcitoria tiene estos límites:

1. Es inadecuada a la realización efectiva del derecho violado en la tutela de los derechos de la personalidad y en general al daño injusto no resarcible en dinero.
2. De modo particular a las obligaciones de contenido no patrimonial, obligaciones no patrimoniales. El daño moral no atiende a la reintegración de un patrimonio: es compensación de un sacrificio, *pecunia doloris* (S. de 25 junio 1984, R. 1145).

7. CUMPLIMIENTO RETRASADO Y CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO

Puesto que el cumplimiento se ciñe a lo debido, no es cumplimiento normal el retrasado o el defectuoso. En el retrasado interviene el tiempo que acredita la reclamación o exigencia del acreedor. El pago puntual es el criterio de normalidad (art. 1500 C.c.), interés jurídicamente relevante a la plena y exacta ejecución del contrato (S. 20 de octubre 1984, R. 475 2).

El cumplimiento defectuoso se refiere más bien a la calidad o cantidad. «Defectuoso» es término de «relación a», concepto jurídico indeterminado sobre el que ha recaído abundante jurisprudencia. En S. de 2 noviembre 1987, R. 8127, en un contrato de venta con reserva de dominio, una cláusula de «trabajos a cuenta»; realizarlo de otra manera no es hacerlo mal si racionalmente resulta adecuado (S. 11 de noviembre 1987, antes citada). La ficción de dejar pasar plazo de examinar la cosa, reclamar, muestran que la cooperación del deudor no puede ser criterio único.

8. CAUSA JUSTA

Mientras que el art. 1089 enuncia las fuentes de las obligaciones donde se manifiesta en el deber jurídico el contenido intrínseco de la obligación y en él se basa la ejecución, la liberación del deudor sólo encuentra su fuente, si el deber no es judicialmente exigible, en la cau-

sa justa (art. 1091), el pago espontáneo con el *efecto* (excepción) de la *soluti retentio*, técnicas de la actuación privada de la Justicia y derechos o intereses legítimos, relacionadas con la *causa solvendi*, arts. 1895, 1095 Cc.

Pero es causa justa según la igualdad (justicia conmutativa), no sólo justificable.

Si un tercero intruso causa daño a la propiedad es causa justa no soportar al causante en la reparación, sino convertirla en equivalente pecuniario; causa justa de inobservancia de prestación negativa es el «*factum principis*»; el hecho de tercero; onerosidad por circunstancias imprevisibles, hechos impeditivos del acreedor.

9. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

La primera consecuencia del incumplimiento o del incumplimiento inexacto por deficiencia cualitativa o por retraso en el cumplimiento es la infracción de un precepto, la «fuerza legal», que conlleva la exigible restauración del orden perturbado.

En íntima relación a ella está la desconsideración al efecto social inherente al compromiso pacto o convenio, el interés del acreedor, la utilidad a realizar, la posible actividad sustitutiva.

Desde el punto de vista objetivo también la insatisfacción y las consecuencias de la incidencia en el patrimonio que experimenta un daño, en relación con el interés de restitución de confianza o de cumplimiento o interés en la prestación especial.

La reparación se basa en la igualdad o equivalencia: la misma prestación; diversa (*aliud pro alio*); sucedanea (art. 1099 C.c.). Los daños *compensatorios* son resultado de una liquidación: «ni más ni menos». Así los gastos realizados corren «a costa», «a expensas» (1096), criterio objetivo para garantizar al acreedor un resultado, mientras que la sanción se basa en la desigualdad: admite moderación del más o menos (8).

La reparación se funda en la justicia conmutativa, la sanción en la equidad o en la justicia legal. La equidad no tolera agravio sin reparación.

(8) Las medidas compulsorias de carácter pecuniario aumentan progresivamente día por día la estimación de la sentencia de condena. El modelo francés de *astreinte* multiplica el módulo inicial por el número de días de retraso, la jurisprudencia francesa la admite como sanción efectiva, *astreinte judicial*, cass. civ. I, 20 octubre 1959, actualmente disciplinada por ley, Ley 5 de julio 1972 en relación con los arts. 1156 y 1149 del *Code*. Más cerca de la pena privada que del resarcimiento de daños, dado que puede aumentar, disminuir, ser provisional, definitiva; es complemento de la acción judicial para obtener el resultado venciendo la resistencia del deudor.

10. INCUMPLIMIENTO Y DAÑO: RELACION DE CAUSALIDAD

El incumplimiento en su aspecto objetivo es la inejecución de la prestación, en su aspecto subjetivo la falta de satisfacción del interés de la prestación. Eso permite que un incumplimiento dé origen a uno o varios daños, daño sucesivo o continuado.

Entre el incumplimiento y el daño ha de mediar una relación de causa a efecto. Pero el daño puede ser actual ya causado o temido (*tutela inhibitoria*).

El hecho causante del daño es fuente de la obligación de resarcir; la obligación de indemnizar de *origen* legal. Principio de resarcimiento es reconstruir o restablecer la realización de ése interés admite formas distintas: *reintegración*, modo primario de restablecimiento; *reparación, in specie* o pecuniaria.

11. REGLAS Y EXCEPCIONES

a) Obligaciones de dar

El deudor cumple con dar -traslado- la cosa, la misma cosa, no otra distinta. El incumplimiento lleva consigo la equivalencia a modo de subrogación real, el valor de lo debido (reparación sustitutoria). Dar cosa determinada admite compulsión si el deudor posee la cosa.

b) Obligaciones de hacer y no hacer

Estas prestaciones pueden ser principales o subordinadas, como la obligación de no concurrencia en la venta de empresa.

La regla es la ejecución *in natura*, pero siempre que sea posible; admite reparación *in natura* en las prestaciones de hacer el art. 1098; las de no hacer siempre son inejecutivas, ya que hacer lo prohibido es contradictorio con cumplir (F. Badosa).

Si la fuente originaria es el contrato, la regla es que la ejecución lo sea en forma específica, o la ejecución coactiva no incompatible con la libertad personal.

Cuestión ahora controvertida es la tutela compensatoria, resarcimiento por subrogación, la cláusula penal legal (si se regula) o judicial. La cláusula penal tiene una fuerza impulsiva por la amenaza, pero tampoco el juez puede «obligar» a pagar más.

Forma de tutela inhibitoria es la *acción provocatoria*, que conlleva la declaración a perpetuo silencio («calla y no molestes, y si no, atente a la sanción»). Medidas indirectas son también la acción de jactancia, hacer en un plazo o indemnizar; y la presunción del art. 925 LEC, quien quebranta la condena opta por el resarcimiento de daños.

Modificación del Régimen Económico Matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1.317 CC. *

FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: I. Introducción. Antecedentes. II. La norma del artículo 1.317 CC: A) La modificación del régimen económico matrimonial. B) Realizada constante matrimonio. C) El perjuicio de los derechos ya adquiridos por terceros. D) La previa adquisición del derecho. III. La doctrina del Tribunal Supremo. A) STS de 14 de mayo de 1984. B) STS de 30 de enero de 1986. C) STS de 17 de noviembre de 1987. D) STS de 25 de enero de 1989. E) STS de 6 de diciembre de 1989. F) STS de 21 de julio de 1987. IV. La relación entre el artículo 1.317 C.c. y el art. 144-1 RH. La cuestión registral. A) RDGRN de 16 de febrero de 1987.

I. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES

La introducción en nuestro sistema del Código Civil del principio de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales (de modificación del régimen económico matrimonial) constante matrimonio (reforma, Ley 2 de mayo de 1975) llevó consigo la necesidad de determinar el alcance y los efectos, fundamentalmente frente a terceros, de las posibles modificaciones del régimen económico durante el matrimonio. Las medidas adoptadas, corolarios del principio de mutabilidad, tenderán (y tienden) a dotar de la publicidad precisa a la organización

* El trabajo que ahora ve al luz fue realizado durante la primera mitad del curso 1990-1991. Con posterioridad a su envío al Anuario de Derecho Civil, han aparecido otros trabajos, como el de V. Guilarte Gutiérrez, «Impugnación de capitulaciones matrimoniales en fraude de acreedores», en la Colección Jurisprudencia Práctica, n.º 20, Madrid, 1991, y se han dictado otras sentencias. En el año 1992, se deben tomar en consideración las SsTS de 19 de febrero de 1992 (RAJ, 1320), de 21 de mayo de 1992 (RAJ, 4919) y de 15 de junio de 1992 (RAJ, 5137). Obviamente no se han podido recoger en este trabajo: «Tempus regit scriptum».

económica del matrimonio y sus modificaciones y a evitar el fraude y perjuicio de los acreedores mediante un mecanismo distinto y más sencillo que la vía de la rescisión por fraude de acreedores (ex arts. 1.291 y sigs. C.c.).

Tales medidas se contenían en el art. 1.322 C.c. (tras la reforma de 1975 y antes de la de 1981), cuyo último párrafo coincide con el actual art. 1.317 C.c.:

- a) En toda inscripción del matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieran otorgado, así como de los pactos modificativos. Si aquéllos o éstos afectaran a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria.

La existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones se indicará mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, y el Notario lo hará constar en las copias que expida.

- b) Las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

Por tanto, la protección de los terceros se pretendía por una doble vía: la publicidad registral (y notarial) de las capitulaciones matrimoniales, (los pactos modificativos de las mismas y los modificativos del régimen económico) y la irretroactividad de los efectos de las modificaciones del régimen, realizadas constante matrimonio, frente a los derechos ya adquiridos por terceros. Tales derechos quedan incólumes respecto de la responsabilidad patrimonial de los cónyuges, según los casos.

La publicidad registral se obtenía mediante la inscripción de los capítulos en el Registro civil, y en el Registro de la Propiedad si las capitulaciones o los pactos afectaban a bienes inmuebles (aquí, como ha señalado Amorós Guardiola (1), la novedad residía en que no se hablaba ya de la inscripción del documento en que se modifica el antiguo contrato, sino de las capitulaciones y sus pactos modificativos).

La modificación de las capitulaciones y del régimen económico, decía la propia Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975, «exige una especial protección de los intereses generales y de los intereses de terceros. Esta protección se ha organizado a través de dos fundamentales coordinadas. La primera consiste en el establecimiento de un régimen de publicidad» registral (Registro civil y, en su caso, Registro de la Propiedad). «Una regla complementaria (prose-

(1) AMORÓS GUARDIOLA, M., *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. II, Madrid, 1971, p. 1101, *ad. art.* 1.322.

guía la E. de M.) del sistema de publicidad es la de que la existencia de pactos modificativos ha de indicarse mediante nota en la escritura que contenga la anterior estipulación, haciéndola constar el Notario en las copias que expida».

Respecto de la segunda norma contenida en el último párrafo del art. 1322 C.c. (o segunda vía de protección), decía la Exposición de Motivos: la segunda medida de salvaguardia o de garantía «es tan natural que no requiere ningún comentario. Consiste en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal que en ningún caso perjudicarán los derechos ya adquiridos por terceros».

Con ello, entiende el autor citado (2), se precisa la eficacia del acto de modificación de las capitulaciones en un doble sentido:

- a) la eficacia temporal a partir de la fecha de su celebración;
- b) la eficacia subjetiva o repercusión frente a terceros.

Se trata de una cuestión de oponibilidad/inoponibilidad *erga omnes* del contenido normativo del régimen económico matrimonial adoptado *ex novo* por los cónyuges mediante la modificación del anterior. El alcance de la eficacia no se plantea *inter partes* (entre los cónyuges) sino frente a terceros. Es aquí donde la eficacia de la modificación conoce un límite: no puede perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros. Respecto de determinados terceros y sus relaciones jurídicas con los cónyuges (o con uno de los cónyuges), la modificación actúa *ex nunc*, hacia el futuro, no respecto del pasado.

El antiguo artículo 1.322 C.c. contenía, pues, un principio de irretroactividad de las modificaciones, constante matrimonio, de los capítulos: tal modificación ni incide en los actos anteriores ni afecta a los derechos ya adquiridos por terceros. Mas, como señaló Amorós Guardiola, se puede apreciar una distinta extensión en ambas formulaciones: la mera irretroactividad y la defensa de los derechos adquiridos. «Los actos anteriores, dice este autor, son eficaces de acuerdo con el momento en que se realizaron, y no quedan afectados por el negocio de modificación posterior. Pero, además, las consecuencias de esos actos previos, las relaciones jurídicas que de ellos derivan y los derechos reconocidos a las partes como consecuencia de las relaciones así creadas, subsisten como estaban y no pueden quedar perjudicados por el acto posterior de modificación de capítulos». De esta manera, la aplicación práctica de la norma requerirá, son aún palabras de Amorós, determinar en cada caso:

- i) cuándo existe un derecho adquirido por un tercero con anterioridad a la fecha de modificación;

(2) AMORÓS GUARDIOLA, M., *Comentarios...*, cit., pp. 1110 y 1111; vid., también DE LOS MOZOS, J. L., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVIII-I, Madrid, 1978, pp. 74 y ss., ad art. 1.322.

ii) si la modificación es oponible a terceros en general con base a la oportuna publicidad registral;

iii) si la modificación introducida causa un verdadero perjuicio al incidir sobre una relación jurídica previa (3).

De esta manera, es preciso determinar en qué momento se entiende adquirido un derecho, qué debe entenderse por perjuicio, y si la modificación capitular perjudica a aquel derecho ya adquirido.

No interesa aquí la crítica del derogado (tras la reforma de 1981) art. 1.322 C.c., ni, por tanto, la suficiencia o insuficiencia de las medidas introducidas en tal precepto para garantizar y proteger convenientemente los derechos de los terceros (4) por lo que no entro en tales cuestiones.

II. LA NORMA DEL ARTICULO 1.317 CC.

Tras la reforma del Código civil introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, la norma contenida en el último párrafo del art. 1.322 C.c. se expresa en el art. 1.317:

«La modificación (antes, las modificaciones) del régimen económico matrimonial realizada (antes, realizadas) durante el matrimonio (antes, constante matrimonio) no perjudicará (antes, perjudicarán) en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

No se introduce, pues, ninguna novedad relevante, sino las meramente sintácticas señaladas, entre paréntesis, en el transcrito texto. La norma citada, junto con las concordantes (por ejemplo, arts. 1.318; 1.319; 1.324; 1.335; 1.401 y 1.402 C.c.) completa el círculo de protección de los terceros en general, y de los terceros acreedores en concreto.

Dice Díez-Picazo que el art. 1.317 C.c. contiene dos proposiciones jurídicas de signo distinto: la primera es la regla de la modificabilidad del régimen económico; la segunda es la regla de la irrelevancia de las modificaciones respecto de los derechos de terceros (5). Aquí in-

(3) AMORÓS GUARDIOLA, M., *Comentarios...*, cit., pp. 1111 y 1112.

(4) Aunque referido al régimen legal establecido tras la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, puede verse el estudio de MAGARIÑOS BLANCO, V., «Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores» (1982), *RCDI*, 47 y ss. (en concreto, 47 a 69); y el de CERDA GIMENO, J., «Las capitulaciones matrimoniales tras la reforma de 1981» (1982-1), *Documentación Jurídica*, núm. 33 a 36, 231; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., «La desprotección de los terceros en la mutabilidad de las capitulaciones», (1981-4), *La Ley*, 950. Para antes de la mencionada reforma, GARRIDO PALMA, V., «El matrimonio y sus regímenes económicos» (1979), *RDP*, 413; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Las capitulaciones matrimoniales y su modificación», en *Estudios Varios*, Madrid, 1980, pp. 251 y ss.

(5) DÍEZ-PICAZO, L., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, pp. 1497 y 1498, ad. art. 1.317.

teresa solamente la segunda proposición jurídica. ¿Cuál es el supuesto de hecho?

A) La modificación del régimen económico matrimonial

Es bien sabido que no es lo mismo la modificación del régimen económico que la modificación de las capitulaciones (es lo que en la reforma de 1975 se expresaba con el término «pacto modificativo»). Literalmente el art. 1317 C.c. se refiere a la modificación del régimen económico, pero ello no debe entenderse en sentido estricto (disolución y liquidación de un determinado régimen económico y adopción de otro diverso, o de ninguno si se disuelve el matrimonio), sino incluyendo también los pactos modificativos o de modificación de las capitulaciones (6). Así, en este sentido, Lacruz Berdejo (7) y Cerdá Gimeno (8) entienden que bajo el término «modificación del régimen» debe comprenderse tanto el establecimiento de nuevas reglas como la liquidación del régimen anterior, ya que esta última es una consecuencia de la modificación y debe seguir su misma suerte.

¿Subyace en el art. 1.317 C.c. una presunción de fraude de los acreedores? La respuesta afirmativa parece ser mantenida por Cerdá Gimeno (9) y Puig Salellas (10). Según el primero de los autores citados, el tema de la protección de los acreedores oculta el presupuesto que subyace: «la presunción de existir entre los cónyuges una relación patrimonial oculta o simulada que al exterior se presenta o disimula de manera diferente»: tal presunción es discriminatoria y, como toda valoración, debe ceder ante el supuesto de hecho concreto. Frente a tal presunción de fraude, concluye Cerdá, puede y debe operar la presunción de inocencia o buena fe del cónyuge adquirente en el sentido de la realidad o verosimilitud de su adquisición cuando dicho cónyuge disponía de los medios económicos adecuados. Al coincidir dos presunciones de carácter contrario, se produce su recíproca neutralización por lo que el conflicto debe resolverse con base en favor de la apariencia jurídica.

No obstante la anterior opinión, no parece que la norma del art. 1.317 C.c. contenga, siquiera de manera subyacente, una presunción de fraude, ni tan siquiera una presunción genérica de perjuicio. La finalidad de la norma es previa: evitar, en todo caso, el perjuicio (no sólo

(6) En contra, parece, ROJAS MONTES, L., «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», (1986), *AAMN*, t. XXVI, p. 323, nota 22, donde dice [p]ara que opere el artículo 1.317 ha de tratarse de un verdadero cambio del régimen económico del matrimonio, no simplemente un cambio relativo a atribuciones particularizadas».

(7) LACRUZ BERDEJO, J. L., (y Sáncho Rebullida, F.), *Elementos de Derecho civil*, IV (Derecho de Familia), Barcelona, 1982, pp. 333 y ss.

(8) CERDA GIMENO, J., «Las capitulaciones...», *cit.*, p. 279.

(9) CERDA GIMENO, J., «Las capitulaciones...», *cit.*, p. 277.

(10) PUIG SALELLAS, J. M., «La reforma de la Compilació en materia de relacions economiques entre conyuges», en *II Jornades de Dret català a Tossa*, 1982, 102 y ss.

el fraude) de los derechos ya adquiridos por terceros. Tal finalidad se extiende esencialmente al ámbito de la responsabilidad patrimonial. Aunque la finalidad sea previa o preventiva, es cierto que la protección que otorga es posterior al perjuicio realmente irrogado: se trata, como ha dicho Garrido Palma (11), de una protección judicial «a posteriori».

Asentado el principio de mutabilidad de las capitulaciones, acaso no podría ser de otra manera, pues casa torpemente dicho principio con una presunción general e indiscriminada de fraude con base en la (permitida) modificación del régimen económico matrimonial.

La norma del art. 1.317 C.c. alcanza el fraude de acreedores, pero no solamente al fraude sino a cualquier perjuicio que se irroge a los derechos ya adquiridos. La distinción entre el fraude acreedores y la presunción de fraude es clara y no parece pertinente insistir. ¿Y entre la presunción de fraude, fraude y el perjuicio de que habla el art. 1.317 C.c.? Amén de la distinción que introduce la sola idea de presunción, parece que entre las dos últimas figuras hay una relación de género (el perjuicio) a especie (el fraude), toda vez que si hay fraude hay perjuicio, pero puede haber perjuicio sin haber fraude (falta, por el ejemplo, el requisito del *consilium fraudis*), salvo que se pretenda una objetivación total de la idea de fraude (12).

La norma del art. 1.317 C.c. no es una norma presuntiva ni, por tanto, procesal (no invierte la carga de la prueba del fraude al presumirlo) sino una norma, si se me permite la expresión, de «derecho transitorio»: determina el régimen de responsabilidad patrimonial de las relaciones jurídico-económicas de los cónyuges con terceros en el supuesto de modificación de las «normas» capitulares que rigen la economía familiar. En este sentido, no se presume fraude alguno, ni subyace tal idea en la norma, sino que se limita a asentar, en general, el principio de irretroactividad del nuevo régimen económico, entendido, como veremos, como mantenimiento de la responsabilidad patrimonial que soportan las distintas masas de bienes.

Igualmente, la cuestión es distinta desde la perspectiva de los efectos: si hay fraude (y en opinión de aquellos autores lo hay mientras no se pruebe lo contrario, ya que se presume) procede la rescisión ex arts. 1.291 y ss. C.c. El art. 1.317 C.c., sin embargo, no contempla una cuestión de validez o invalidez de las capitulaciones y de su modificación: esta cuestión la resuelve el art. 1.335 C.c. mediante una remisión a las reglas generales de los contratos. Si la modificación del régimen económico matrimonial perjudica a un tercero cuyo derecho lo adquirió antes de la mutación capitular, tal modifica-

(11) GARRIDO PALMA, V., «El matrimonio y su régimen económico», en *El nuevo Derecho de familia español*, Madrid, 1982, pp. 212 y ss.

(12) Vid., en general, ORDUÑA MORENO, F. J., *La acción rescisoria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1988, *passim*.

ción no es ineficaz ni adolece de invalidez, salvo que sea nula, anulable o rescindible por fraude, sino inoponible a dicho tercero determinado y sólo a él, el cual ejercerá su derecho ya adquirido de acuerdo con el régimen económico matrimonial vigente en el momento de su adquisición y, por tanto, de acuerdo con el concreto régimen de responsabilidad patrimonial de los cónyuges en tal momento. En este sentido, además de las sentencias que citaré posteriormente y en las que me detendré, pueden verse las SsTS de 4 de mayo de 1987 y de 25 de enero de 1989. Así, la primera de las sentencias citadas (de la segunda me ocupó más tarde) establece que es «inconcuso que la aplicación del art. 1.317 C.c. determina que la responsabilidad del patrimonio ganancial, existente con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad del mismo carácter, perviva al efecto de que sobre los bienes que integran dicho patrimonio puedan hacerse efectivas las deudas contraídas por el marido en el ejercicio del comercio que, con conocimiento y sin oposición expresa de la esposa, venía desarrollando» (13).

Se trata, pues, de mantener la «incolumidad de los derechos de terceros en los cambios de régimen» (14) mediante el principio en cuya *virtud tempus regit actum*. En alguna medida, en la norma del art. 1.317 C.c. se concreta el principio de la buena fe (15) y, en particular, la prohibición de *venire contra factum proprium* (derivación de aquel principio). Como señaló Díez-Picazo en su ya clásica monografía, la buena fe comporta una serie de limitaciones al ejercicio de los derechos, el cual es contrario a la buena fe «cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal, según las reglas que la conciencia social impone en el tráfico jurídico» (16). Frente al tercero que adquirió el derecho, la posterior modificación del régimen económico matrimonial debe considerarse un acto desleal en tanto en cuanto le perjudica. En estas coordenadas, la modificación no le afecta: la nueva modificación le es, en el sentido ya señalado, inoponible (17).

(13) STS de 4 de mayo de 1987, en (1987-3), *La Ley*, 688.

(14) La expresión es de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, p. 202.

(15) En este sentido, DE LOS MOZOS, J. L., *Comentario...*, cit., pp. 97 y 98.

(16) DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 141 y ss.

(17) Recuérdese que la esencia del art. 1.317 C.c. no se halla en la modificación del régimen económico sino en el perjuicio que ésta cause al tercero. Por ello, no tiene amparo en la norma del art. 1.317 C.c. la modificación del régimen que favorece a los terceros en cuanto pueda ampliar el ámbito objetivo de la responsabilidad del cónyuge deudor (en su caso, por ejemplo, el paso, de un régimen de separación a uno de comunidad, v.gr., universal). Es decir, la norma del art. 1.317 C.c. no es invocable por los cónyuges (o por uno de ellos) en su propio provecho y beneficio.

B) Realizada durante el matrimonio

A salvo diversas consideraciones que aquí eludo por obvias, cabría plantearse la cuestión no de la modificación del régimen y subsiguiente modificación por otro, alterando así la responsabilidad patrimonial, (normalmente, de un régimen de comunidad a uno de separación) sino la cuestión de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial (v.gr. sociedad de gananciales) por la disolución del matrimonio. Aquí, el régimen económico no es sustituido por otro sino extinguido y liquidado (mejor: disuelto, liquidado y extinguido). El art. 1.317 C.c. parece pensado para el supuesto de modificación, bien convencional (v.gr., art. 1392-4 C.c.), bien legal o forzoso (v.gr. art. 1.392-3 C.c.), pero no para el supuesto de disolución y liquidación del régimen por disolución del matrimonio. Aunque en principio es pensable que tal supuesto sea subsumible en la norma del art. 1.317 C.c., no parece que sea ésta una solución acertada. De un lado, el precepto que me entretiene se refiere a la modificación de un régimen por otro o de determinadas cláusulas capitulares sin modificación del régimen. Por otro lado, la disolución y liquidación del régimen (en el ejemplo, de gananciales) tiene sus propias normas organizativas y de protección de los (intereses y derechos de) terceros (así, los arts. 1.396 y ss. C.c., en concreto los arts. 1.401 y 1.402). Por tanto, el art. 1.317 C.c. contempla como supuesto de hecho la modificación del régimen económico (o de concretos pactos capitulares) constante matrimonio y su consiguiente sustitución por otro régimen matrimonial (o por otras cláusulas capitulares), ya la modificación se produzca por la voluntad de los cónyuges (convencionalmente, ex art. 1.325 y concordantes C.c.), ya por imperativo legal (modificación legal o judicial).

C) El perjuicio de los derechos ya adquiridos por terceros

¿Qué es perjudicar en el art. 1.317 C.c.? Ya he adelantado anteriormente que la expresión perjudicar («perjudicará») no coincide necesariamente con el fraude de acreedores, salvo que se objetivice la idea de fraude y se entienda que cualquier perjuicio es un fraude; también he señalado antes que en el art. 1.317 C.c. no subyace, siquiera indirectamente, una presunción de fraude.

El art. 1.317 C.c. abarca un catálogo de ineficacia más amplio que el de la ineficacia contractual (nulidad, anulabilidad, rescisión) y no coincide sino coyunturalmente con cada una de estas categorías.

Por un lado, ya lo he dicho antes, el régimen de ineficacia de las capitulaciones matrimoniales lo establece el art. 1.335 C.c., el cual se remite a las reglas generales de los contratos. Pero, por otro lado, la modificación (el resultado de la misma) puede ser válida y perjudicar, sin embargo, derechos ya adquiridos por terceros. En este caso, la vía

parece ser la del art. 1.317 C.c.: inoponibilidad de la modificación del régimen al tercero. Por ello, aunque la garantía que el art. 1.317 otorga a los terceros con derechos adquiridos exige la buena fe de tales terceros (18), no requiere, sin embargo, la mala fe de los cónyuges, ni siquiera del cónyuge deudor. La existencia de la mala fe es un elemento determinante del fraude (a salvo las presunciones) y legítima, por tanto, a los terceros al ejercicio de la correspondiente acción rescisoria; pero aquí ya estamos fuera del art. 1.317 C.c. y entramos en el ámbito del art. 1.335 C.c. en relación con los arts. 1.291 y ss. C.c. Pero si además hay una causa de nulidad (nulidad de las nuevas capitulaciones más perjuicio al derecho ya adquirido por un tercero) o el perjuicio consiste precisamente en el fraude de acreedores, ¿qué vía debe seguir el tercero cuyo derecho, adquirido antes de la modificación, ha sido perjudicado por ésta? La solución parece que deba hallarse en las normas generales de los contratos porque a ellas se remite el art. 1.335 C.c.

Si la causa es la nulidad, el tercero podrá instar directamente la invalidez de la modificación. Si hay fraude de acreedores, en cambio, la naturaleza subsidiaria de la acción de rescisión parece que impedirá el ejercicio de dicha acción sin haber perseguido previamente los bienes que deban responder de las deudas del cónyuge deudor (aunque se hallen inscritos a nombre del otro cónyuge) y si no carece de otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (cfr. arts. 1.111, 1.290 y 1.294 y conc. C.c.).

En este sentido se ha manifestado una constante jurisprudencia, de la que se separa la STS de 30 de enero de 1986, a la que me referiré posteriormente. Entre las SsTS que avalan las anteriores afirmaciones, se hallan las de 15 de febrero de 1986, de 25 de enero de 1989 (de la que me ocupó más adelante), de 20 de marzo de 1989, de 27 de octubre de 1989 y la de 9 de julio de 1990. La primera de las citadas, STS de 15 de febrero de 1986, tras afirmar que no puede mantenerse que el acreedor no tuviera otro recurso para hacer efectivo su crédito que la acción rescisoria, establece que «debe decaer la pretensión del recurrente (el acreedor), alegando la infracción del artículo 1.297-1 C.c., según el cual se presumen celebrados en fraude de acreedores los contratos, en el caso capitulaciones matrimoniales, en virtud de los cuales el deudor enajena bienes a título gratuito, pues aunque se aceptase hipotéticamente la gratuidad de las capitulaciones, su impugnación a través del cauce rescisorio, exigiría el agotamiento previo de los recursos legales que la ley pone a su disposición» (19).

La sentencia de 20 de marzo de 1989, en un supuesto de deuda de naturaleza ganancial, afirma que para la subsistencia y efectividad de la garantía que el art. 1.317 C.c. otorga a los acreedores (terceros con derechos

(18) Vid. ROJAS MONTES, «Efectos...», *cit.*, p. 323.

(19) STS de 15 de febrero de 1986, en (1986-2), *La Ley*, 876.

ya adquiridos) no es «necesario acudir a la rescisión o nulidad de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente» (20).

Tal doctrina es reiterada por la STS de 27 de octubre de 1989, la cual señala que «no se trata de rescindir el contrato de capitulaciones matrimoniales, sino de declararlo ineficaz frente a la vía de apremio instada por quienes, en aquel momento, ostentaran créditos vencidos, con la lógica expectativa de una responsabilidad patrimonial consecuente a un régimen económico-matrimonial cuya modificación no puede perjudicarles» (21).

Finalmente, la STS de 9 de julio de 1990 establece que para la subsistencia y efectividad de la garantía que el art. 1.317 C.c. establece no es necesario acudir a la rescisión de las capitulaciones matrimoniales en que tal modificación se instrumente (en el mismo sentido que las sentencias ahora indicadas), ya que, «aún después de la disolución de la sociedad conyugal, permanece viva la acción del acreedor contra los bienes que, antes de aquélla, tenían naturaleza ganancial» (22).

Por tanto, el tercero cuyo derecho ya adquirido es perjudicado por la modificación del régimen económico deberá remediar tal perjuicio:

i) Alegando la inoponibilidad, frente a él, de la modificación (art. 1.317 C.c.).

ii) Acudiendo a la rescisión por fraude de acreedores (arts. 1.111 y 1.291-3 C.c.) si la vía del art. 1.317 C.c. no remedia el perjuicio que se le ha irrogado.

La solución así apuntada parece demasiado lineal y no deja de suscitar algunas dudas. ¿Cuál es el trámite procesal de la inoponibilidad a que se refiere el art. 1.317 C.c.? Siempre que hay fraude hay perjuicio; si hay perjuicio, se debe acudir, antes que a la rescisión, a la norma del art. 1.317 C.c., ¿cómo volver, entonces, a la rescisión dada la amplitud de la expresión («no perjudicará») del art. 1.317 C.c.? (23). Entendido de una manera estricta, el art. 1.317 C.c. parece impedir, evitar el frau-

(20) STS de 20 de marzo de 1989, en (1989-2), *La Ley*, 554.

(21) STS de 27 de octubre de 1989, en (1980-1), *La Ley*, 802.

(22) STS de 9 de julio de 1990, en (1990-4), *La Ley*, 291.

(23) Sin embargo, la vía de la acción de rescisión no la cierran las sentencias indicadas, sino que la mantienen abierta, bien que con carácter subsidiario. Por todas, la STS de 9 de julio de 1990, *cit.* en la nota anterior, señala expresamente que «no se excluye de modo absoluto la posibilidad de impugnar, por vía revocatoria o rescisoria, la subsistencia o eficacia de unas capitulaciones de un régimen económico-matrimonial anterior, que se estiman hechas en fraude de acreedores, sino que tal posibilidad la condiciona o pospone a que previamente el acreedor haya tratado de obtener la satisfacción de su crédito ejercitando su acción contra los esposos deudores en la seguridad de que la masa de bienes antes gananciales, independientemente en cuyo poder estuvieran después de las capitulaciones habrá de responder de la deuda contraída».

de: si la modificación no perjudica, impide el fraude ya que para el tercero la única situación oponible es la anterior a la modificación. Como veremos en su momento, esta es una de las cuestiones en las que se ha entretenido la jurisprudencia y se trata, en definitiva, de conocer si la norma del art. 1.317 C.c. contiene una mera declaración de principio que se debe concretar (el perjuicio) posteriormente en alguna de las categorías de ineficacia contractual o contiene en sí y *per se* un mecanismo o instrumento de inoponibilidad frente a determinados terceros de aquellas modificaciones capitulares válidas pero que perjudican derechos ya adquiridos por tales terceros (24). Más aún, en este último caso, interesaría determinar si tal mecanismo actúa independientemente de las categorías de ineficacia contractual en todo caso o sólo en aquellos supuestos en que el perjuicio no pueda subsumirse en ninguna de éstas. Con otras palabras, si la inoponibilidad a que se refiere el art. 1.317 C.c. con la expresión «no perjudicará» puede desarrollar su virtualidad abstracción hecha de la causa de nulidad, anulabilidad o rescisión que vicie la modificación del régimen económico matrimonial o solamente cuando la modificación perjudica al derecho ya adquirido por el tercero sin que se constate causa alguna de nulidad, anulabilidad o rescisión. Como veremos, es válido el primer miembro del dilema, según constante jurisprudencia. De esta línea jurisprudencial se apartan la SsTS de 30 de enero de 1986, a la que me referiré posteriormente, y la de 22 de diciembre de 1989. Esta última no sólo confunde la garantía del art. 1.317 C.c. con la acción de rescisión sino también la rescisión con la nulidad. Así, establece una doctrina inadmisibles al señalar que «es patente en el caso el *consilium fraudis* constituido entre los esposos, al disolver la sociedad de gananciales adjudicando a la esposa un inmueble, luego de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales sin fijación del pasivo social, no obstante la existencia de la deuda para cuya garantía se ofreció dicho inmueble..., lo cual contraviene no sólo los arts. 1.396 a 1.402 C.c., sino que contradice mucho más abiertamente el art. 1.317 C.c., que niega el perjuicio de los acreedores resultante de la modificación del régimen matrimonial en todo caso, y desde luego, cuando implica la modificación de las reglas de responsabilidad existentes al tiempo de contraer la deuda, cuya efectividad es ahora, evidentemente, más gravosa, por lo que procede mantener la nulidad de dichas capitulaciones matrimoniales (25).

¿De qué manera, se pregunta Díez Picazo, puede un negocio capítular perjudicar los derechos de terceros? La respuesta, continúa el ci-

(24) Parece claro que la norma del art. 1.317 C.c. contiene un principio (dos si se toma en consideración el principio de mutabilidad del régimen económico-matrimonial insito también en tal precepto) que debe concretarse, no en alguna de las categorías de ineficacia del contrato, sino en cada uno de los regímenes económicos matrimoniales y sus posibles modificaciones.

(25) STS de 22 de diciembre de 1989, en (1990-1), *La Ley*, 855.

tado autor, no es fácil de saber. El perjuicio de los derechos debe referirse a su subsistencia y a la incolumidad de su contenido, no tanto a la probabilidad de su satisfacción (26). Así, no hay perjuicio por el hecho de que se modifique la capacidad de quien creó tales derechos cuando fuera uno de los cónyuges, o se modifica el poder de disposición (27): tales modificaciones no afectan (y, por tanto, no perjudican) al derecho ya adquirido.

Perjuicio es, en definitiva, la pretendida alteración del régimen de responsabilidad patrimonial que deben soportar las diferentes masas de bienes. Dicha alteración se quiere alcanzar precisamente a través de la modificación del régimen económico del matrimonio. En el supuesto paradigmático: disolución y liquidación del régimen de sociedad de gananciales con adjudicación de los bienes inmuebles al cónyuge no deudor y adopción del régimen de separación de bienes, existiendo deudas de las que deba responder el antes patrimonio ganancial. En este sentido, las citadas sentencias TS de 4 de mayo de 1987, 25 de enero de 1989 y 9 de julio de 1990.

Una vez determinado qué sea perjuicio, se debe concretar quién sea tercero en el art. 1.317 C.c. En principio, puede pensarse que tercero es quien no ha sido parte en las capitulaciones matrimoniales. Pero esta afirmación no parece correcta. Por un lado, el art. 1.317 C.c. se refiere, en general, a la modificación del régimen económico del matrimonio, lo cual no coincide necesariamente con la modificación de las capitulaciones matrimoniales (que pueden no existir previamente y que pueden no existir incluso tras la modificación del régimen económico). Por otro lado, la norma del art. 1.317 C.c. no excluye de su protección a aquellos sujetos distintos de los cónyuges a los que se les concedieron derechos en las capitulaciones matrimoniales. Tales sujetos, que no son necesariamente alguno de aquellos a los que se refiere el art. 1.331 C.c., deben ser considerados respecto de la modificación como terceros con derechos, en su caso, ya adquiridos.

Por tanto, deben considerarse terceros los acreedores de los cónyuges (de uno o de cada uno de ellos o de ambos) ya hayan adquirido su derecho de crédito en virtud de las capitulaciones que se modifican ya en un momento posterior (haya o no capitulaciones matrimoniales). También son terceros los titulares de derechos reales sobre bienes propiedad de alguno de los cónyuges o de ambos (usufructo, etc.), y tanto tal derecho real se haya constituido en las capitulaciones matrimoniales que se modifican cuanto se haya constituido en un momento distinto.

(26) Díez-PICAZO, L., *Comentarios...*, cit., p. 1.499.

(27) Díez-PICAZO, L., *Comentarios et loc.*, cit.

¿Y los herederos forzosos? ¿Deben considerarse terceros los legitimarios? Así lo entiende Rojas Montes, quien incluye entre los terceros no sólo a los acreedores sino también a los legitimarios (28). Sin embargo, a mi entender, desde la perspectiva del art. 1.317 C.c. la solución debe ser cabalmente la contraria porque para saber si el legitimario está protegido por la norma contenida en el artículo citado no se debe determinar (o no sólo) si es tercero (que sí lo es), sino si tiene un derecho ya adquirido al que perjudica la modificación del régimen económico. De esta manera no puede entenderse que el legitimario tenga un derecho ya adquirido y que, por tanto, pueda invocar, en su caso, la norma del art. 1.317 C.c. En cuanto legitimario, sólo dispondrá, en su momento, de las acciones y facultades que le son propias en defensa de la legítima (29).

D) La previa adquisición del derecho

El iter adquisitivo del derecho, tanto de crédito como real, se debe haber completado, de manera que el derecho (no la mera expectativa) esté ya en el patrimonio del tercero. Entre los derechos adquiridos, no cabe duda, deben comprenderse aquellos cuya adquisición está sujeta a término inicial. Respecto de los derechos sujetos a condición suspensiva (la resolutoria no plantea cuestiones en relación a la adquisición) parece que igualmente deben entenderse comprendidos en el patrimonio del tercero pues la condición suspende la eficacia, no la validez, de la transmisión. Además, así lo confirmaría la eficacia retroactiva de los efectos *existit conditione* (ex art. 1.120 C.c.). Por tanto, si durante la fase *pendente conditione* se produce la modificación del régimen económico matrimonial, verificada la condición suspensiva dicho nuevo régimen será inoponible al tercero en cuanto perjudique a su derecho.

La adquisición del derecho ha de producirse o consumarse, en principio, antes de la modificación del régimen económico del matrimonio. ¿Cuál es el momento? La constancia registral de las capitulaciones (en el Registro Civil y, en su caso, en el Registro de la Propiedad y en el Registro Mercantil) no es requisito de validez de las mismas (sí, en cambio, su constancia en escritura pública ex art. 1.327 C.c.), sino de

(28) ROJAS MONTES, L., «Efectos...», *cit.*, p. 322.

(29) Cuestión distinta es que tuviere un derecho ya adquirido como, v.g., en el supuesto de mejora irrevocable ex art. 827 C.c. o se trate de un heredero contractual en los ordenamientos en que se permite tal figura. Mas incluso en tal supuesto sería dudoso que pudiera invocar la norma del art. 1.317 C.c. y no, como creo, impugnar la concreta atribución patrimonial que perjudica a su mejora irrevocable, en nuestro caso. El art. 1.317 C.c. no entra en cuestiones de titularidad sino de responsabilidad patrimonial.

oponibilidad frente a terceros (ex arts. 1.332 y 1.333 C.c.) (30). Por lo tanto, el momento a partir del cual las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones (ya pactos modificativos, ya modificación del propio régimen) son oponibles a terceros no es aquel en que se otorgan o modifican sino el de su inscripción en el Registro Civil, en el Registro de la Propiedad (si afectan a inmuebles) y/o en el Registro Mercantil, si es el caso. Así, la DGRN establece que «no debe olvidarse que el art. 77-2 LRC, en paralelismo con el 1.219 C.c., impone un requisito de publicidad registral para que las modificaciones del régimen económico matrimonial produzcan efectos en perjuicio de terceros de buena fe, siendo, en definitiva, el momento decisivo a tomar en consideración la fecha de la indicación hecha al margen de la inscripción del matrimonio, por lo que el Registrador habrá de dar efectividad, frente a cualquiera de los cónyuges, al embargo obtenido por un tercero en ejercicio de las facultades que le confiere el régimen de gananciales, en tanto no le conste que en el momento de practicarse el embargo, y notificarse al cónyuge del deudor, se había producido, con eficacia contra terceros, el cambio del régimen de gananciales» (31).

En tal momento, pues, debe haber adquirido el tercero su derecho, debe haber consumado el iter adquisitivo de su derecho subjetivo patrimonial, sin perjuicio de lo que diré más adelante.

La modificación no afecta a terceros sino desde la publicación en el Registro adecuado; mas si perjudica los derechos adquiridos por terceros, tampoco les afecta aunque haya constancia registral de la modificación si el derecho se adquirió antes de la publicidad registral de la modificación.

Como ha señalado Magariños (32), el tercero deberá acreditar que su derecho es anterior a la fecha de inscripción del cambio, la cual deberá referirse —en principio— al Registro civil. Si la modificación debe inscribirse, ex art. 1.333 C.c., además en el Registro de la Propiedad (por cuanto afecte a bienes inmuebles) y/o en el Registro Mercantil (ex arts. 21-9 y 26 C de c.), la fecha de inscripción habrá que referirla a estos registros por su carácter especial respecto del Registro civil.

(30) La cuestión, no obstante, no es absolutamente pacífica. Para el período entre reformas, 1975-1982, la DGRN entendió que la publicidad de las capitulaciones era un requisito, no de validez, sino de oponibilidad del régimen económico frente a terceros (así, por ejemplo, RDGRN de 6 de mayo de 1977), a pesar del tenor literal del antiguo art. 1.322 C.c., a cuya virtud (como ahora el art. 1.333 C.c.) «en toda inscripción del matrimonio en el Registro Civil se hará mención... de las capitulaciones...».

Actualmente, el art. 1.333 C.c. se manifiesta con términos idénticos, pero el art. 266 RRC, a pesar de expresar que las indicaciones sobre el régimen económico solamente «se extenderán a petición del interesado», impone que, cuando se quieran inscribir las capitulaciones en otros Registros, «se expresará el Registro Civil, tomo y folio en que consta inscrito...».

(31) RDGRN de 25 de marzo de 1988, en (1988-2), *La Ley*, 897.

(32) MAGARIÑOS BLANCO, V., «Cambio de régimen...», *cit.*, p. 58.

Por «derecho adquirido» debe entenderse el derecho patrimonial en todas y cada una de sus manifestaciones (tanto preventivas o prodrómicas cuanto represivas), de la misma manera que el perjuicio debe referirse igualmente al contenido. Así, como «derecho adquirido» dicen Díez-Picazo y Gullón (33), (de quienes tomo también el ejemplo) ha de conceptuarse el poder de agresión que tienen los acreedores para satisfacerse por la vía forzosa sobre unos bienes, según el régimen imperante cuando nacieron sus créditos. Así, por ejemplo, en un sistema ganancial los bienes que componen el patrimonio de éste carácter responden de las deudas de determinado tipo. La posterior modificación de dicho régimen por otro de separación con la consiguiente de la masa ganancial y la adjudicación privativa de sus bienes a cada cónyuge, no les permite oponer a la agresión del acreedor insatisfecho que no son bienes gananciales los que pretende trabar, sino propios, de manera que no respondan ya de las deudas de la sociedad de gananciales disuelta.

Dicho supuesto, así como los similares, puede plantear una cuestión registral centrada en el embargo y ejecución de determinados bienes, primero gananciales y después (formalmente) privativos, en virtud del art. 144 RH, a lo que me referiré posteriormente.

El art. 1.317 C.c. exige, literalmente, que el derecho perjudicado se haya adquirido con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial. Con ello parece excluir a aquellos supuestos en que el derecho está en vía de adquisición, en cuyo caso el acreedor sólo podrá ejercitar la acción de rescisión por fraude de acreedores. No es ésta, sin embargo, la opinión mantenida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 17 de noviembre de 1987, aunque sí por algún autor (34). De la cuestión, así como de la mencionada sentencia, me ocuparé con algún detenimiento más adelante sub III, C).

III. LA JURISPRUDENCIA (35)

A) STS de 14 de mayo de 1984 (36)

Hechos: El presidente del Consejo de Administración de una sociedad anónima suscribe un aval solidario para conseguir la renovación

(33) DÍEZ-PICAZO, L., y A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, IV, 5.^a ed., Madrid, 1989, pp. 166 y 167.

(34) En este sentido, PASQUAU LIAÑO, M., Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1988, en *CCJC*, núm. 18, p. 1029.

(35) Obviamente el elenco de sentencias no es exhaustivo. La doctrina, solamente la referida al art. 1.317 C.c.

(36) STS de 14 de mayo de 1984, en *ADC*, 1985, pp. 486 y 487, con nota de A. CABANILLAS.

de determinadas letras de cambio no atendidas por la sociedad a su vencimiento. Posteriormente, el presidente-avalista y su mujer otorgan capitulaciones matrimoniales, disuelven y liquidan el régimen de sociedad de gananciales y adoptan el de separación de bienes. El acreedor instó demanda en la que pedía que se declarase la rescisión de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores y se condenara solidariamente al pago de la deuda a la sociedad deudora, al avalista (el presidente) y a su mujer.

En Primera Instancia, el juez acogió íntegramente la demanda; la Audiencia Territorial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la mujer del presidente-avalista y declaró que el fallo impuesto a ésta afectase solamente a los bienes que le fueron adjudicados como propios en las capitulaciones. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la mujer.

Doctrina: Las responsabilidades contraídas en virtud de aval cambiario por el marido no han podido verse alteradas por la escritura de capitulaciones matrimoniales y separación de bienes, con liquidación de la sociedad de gananciales, otorgada meses más tarde de tener lugar el aval, pues el principio de mutabilidad del régimen económico con posterioridad a la celebración de las nupcias no puede perjudicar en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

La doctrina reseñada manifiesta, como señala Cabanillas, que el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial adoptado por el Código civil no implica la desprotección de los derechos adquiridos por terceros (37). Efectivamente, como puse de manifiesto anteriormente, tal protección se pretende mediante una doble vía: a) La inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones frente a terceros mientras no se inscriban en el Registro civil y en los correspondientes de la Propiedad y Mercantil; b) La inoponibilidad de las modificaciones de los capítulos y del régimen a los terceros cuyos derechos ya adquiridos perjudiquen, aunque se inscriban, siempre que la adquisición de los derechos se haya consumado antes de la inscripción.

En el supuesto de hecho, la modificación (paso de sociedad de gananciales a régimen de separación) se produce con posterioridad a la suscripción del aval solidario por el presidente del Consejo de Administración. Tal modificación no podía afectar a la obligación y responsabilidad patrimonial asumida por el avalista; a contrario, no podía perjudicar el derecho del acreedor, ya adquirido frente al avalista desde el momento en que éste suscribió el aval, mediante la sustracción de determinados bienes (normalmente los inmuebles) al juego de la responsabilidad patrimonial imperante en el momento de la adquisición del derecho.

(37) CABANILLAS, A., en nota a STS de 14 de mayo de 1984, *cit.*, p. 487.

En cuanto perjudicaba al derecho ya adquirido por el acreedor (y sólo en esa medida), la modificación del régimen económico del matrimonio le era inoponible.

B) STS de 30 de enero de 1986 (38)

Hechos: Don S.C.M. contrajo, con una entidad bancaria, una deuda de la que eran fiadores solidarios Don J.C.M. y Don E.G.B. hasta la cantidad de 10.000.000 de pesetas. El deudor principal y sus fiadores solidarios otorgaron en actos separados pero en la misma fecha (26 de marzo de 1980) y ante el mismo Notario, participando sus respectivas esposas, tres capitulaciones matrimoniales en las que disolvieron y liquidaron la sociedad de gananciales respectiva, y establecieron un régimen de separación de bienes. Los bienes inmuebles se adjudicaron sistemáticamente a las esposas; a los maridos se atribuyeron unas participaciones escasas en dos sociedades y dinero efectivo. Las adjudicaciones correspondientes no fueron inscritas en el Registro de la Propiedad.

El otorgamiento de las capitulaciones se hizo con plena conciencia del afianzamiento mercantil por 3.000.000 de pesetas en favor de la entidad bancaria, suscrito el 22 de junio de 1979 por Don J.C.M. y Don E.G.B., en favor de Don S.C.M. Los pactos se ocultaron deliberadamente a la entidad bancaria, como demuestra el hecho de insistir todavía el 30 de abril de 1980 los tres demandados (el deudor principal y los dos fiadores solidarios) a la entidad bancaria sobre la propiedad de los seis inmuebles ya adjudicados a las esposas un mes antes; como también fueron silenciadas todas las adjudicaciones convenidas en que se sustituyera su carácter ganancial por el de privativos de las esposas (F.D. 2).

La entidad bancaria pide que se condene a los demandados al pago de la cantidad debida y se declare la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales y la cancelación de los asientos practicados en el Registro de la Propiedad.

En Primera Instancia, el juez acoge íntegramente la demanda; la Audiencia Territorial confirma la sentencia de instancia, mas la revoca parcialmente en cuanto al pronunciamiento en costas. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados.

Doctrina: El art. 1.317 del Código civil trata de evitar el posible fraude a terceros derivado de la modificación de las capitulaciones y que éstas perderán su eficacia en un caso como el debatido, en que to-

(38) STS de 30 de enero de 1986, en *CCJC*, núm. 10, pp. 3395 y ss., con comentario de A. Cabanillas.

talmente destinadas a defraudar a un acreedor de los otorgantes, y desde luego, probado este fraude, como lo ha sido en la instancia, ha de acordarse su rescisión por esta causa, sin que quepa hablar de rescisión parcial, porque como un todo los contratos objeto de rescisión tienen una finalidad unívoca que impide una ineficacia parcial.

La misma Sala de casación ha declarado que es improcedente apoyarse en que el carácter subsidiario de la acción rescisoria impida su ejercicio en tanto el perjudicado no demuestre que carece de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

La cuestión más importante que se plantea (y a la que ya me he referido) es la de la relación entre el precepto del art. 1.317 C.c. y el fraude de acreedores (arts. 1.291-3 C.c.). Si se prefiere, la relación entre la inoponibilidad como tipo concreto de ineficacia relativa (ex art. 1.317 C.c.) y la rescisión por fraude de acreedores.

Si la modificación del régimen económico del matrimonio perjudica al tercero y tal perjuicio consiste precisamente en un fraude de acreedores, ¿qué vía debe seguir el tercero perjudicado? Según De los Mozos el art. 1.317 C.c. no concede al tercero la posibilidad de pedir la rescisión de las capitulaciones matrimoniales (de su modificación), sino el mero recurso de la inoponibilidad (39). Esta afirmación podría basarse en una determinada argumentación positiva: el art. 1.317 C.c. sólo concede el no perjuicio, es decir, la irretroactividad del nuevo régimen y, por tanto, su inoponibilidad a relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio del régimen económico matrimonial ahora modificado. La posibilidad de pedir la rescisión la concede, en cambio, el art. 1.335 C.c. mediante la remisión genérica a las reglas de los contratos. Con otras palabras, el art. 1.317 C.c. no entra en la cuestión de la validez o no validez de las capitulaciones matrimoniales (a ello se refiere el art. 1.335 C.c.) sino en la de la eficacia de su modificación frente a determinados terceros: se trata, como he dicho antes disculpando la expresión, de una regla de «derecho transitorio».

El art. 1.317 C.c. establece una determinada consecuencia jurídica («no perjudicará») que debe configurarse como de ineficacia (es cierto, relativa) que se materializa no en la propia modificación sino en su grado de oponibilidad o retroactividad frente a terceros. Tal perjuicio puede no corresponderse con un fraude de acreedores (en cuyo caso no es posible solicitar la rescisión), pero también es posible que consista precisamente en un fraude de acreedores. En este caso, los acreedores podrán solicitar la inoponibilidad o irretroactividad del nuevo régimen económico (o del nuevo contenido del mismo régimen) y si, incluso a pesar de ello, no satisfacen sus créditos podrán acudir a la rescisión ex arts. 1.291 y ss. C.c. Pero esta doble y sucesiva vía no deriva necesariamente del hecho de que el art. 1.317 C.c. no conceda a los acreedo-

(39) DE LOS MOZOS, J. L., *Comentarios...*, cit., p. 92.

res la posibilidad de exigir la rescisión o revocación de las capitulaciones matrimoniales, sino de la propia naturaleza de la acción rescisoria, la cual es una acción subsidiaria (ex art. 1.294 C.c.).

El art. 1.317 C.c. establece, en definitiva, una vía más sencilla que la de la rescisión y refuerza la protección de los acreedores ya que éstos sólo deberán probar que su derecho (la adquisición del mismo) es anterior a la modificación del régimen y que tal modificación les perjudica. No deberán probar, como en la rescisión, el fraude o la conducta fraudulenta de los cónyuges y/o terceros adquirentes ni el agotamiento de cualquier otra vía para satisfacer su interés jurídico. Así, se objetiviza la protección de los terceros al otorgarles la posibilidad (facultad) de desconocer la modificación del régimen económico cuando tal mutación perjudica a derechos ya adquiridos por ellos. El perjuicio se centra esencialmente en la sustracción de determinados bienes al poder de agresión patrimonial de los acreedores para la satisfacción de su interés crediticio, es decir, en la reducción del soporte objetivo de la responsabilidad patrimonial del cónyuge deudor.

La cuestión radica en que en la mayoría de las ocasiones tal inoponibilidad, irretroactividad o no perjuicio (es decir, el mantenimiento de la situación jurídica anterior) sólo podrá materializarse mediante un mecanismo que no podemos dejar de llamar, bien sea en un sentido amplísimo, resolutorio o de resolución de una transmisión meramente formal: rescisión, revocación, etc. de las adjudicaciones patrimoniales realizadas.

Obviamente la manifestación de tal posibilidad se realizará en el proceso iniciado en virtud del ejercicio de la acción de cumplimiento, en los supuestos de cumplimiento forzoso.

En la doctrina de la sentencia que me ocupa, el TS parece confundir los caminos del art. 1.317 C.c. y de la rescisión por fraude de acreedores. Es evidente, dice, que el art. 1.317 C.c. trata de evitar el posible fraude a terceros derivado de la modificación de las capitulaciones y que éstas perderán su eficacia en un caso como el debatido, en que totalmente destinadas a defraudar a un acreedor de los otorgantes, y desde luego, probado este fraude, ha de acordarse su rescisión por esta causa, sin que quepa hablar de rescisión parcial.

De seguir la doctrina transcrita, concluiríamos que normalmente el art. 1.317 C.c. pierde toda virtualidad en favor de la acción rescisoria ex arts. 1.335 y 1.290 y ss. C.c. Si el perjuicio se traduce en la insolvencia del cónyuge deudor mediante la atribución y adjudicación de los bienes de valor al cónyuge no deudor (en el supuesto paradigmático de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y adopción de un régimen de separación de bienes) y tal perjuicio no se puede remediar a través de la norma contenida en el art. 1.317 C.c. sino mediante la acción de rescisión, entonces cabría preguntarse ¿para qué sirve realmente el art. 1.317 C.c.? ¿Es una mera declaración de principios, como he dicho antes, que necesita materializarse en alguna de las categorías

de ineficacia contractual? Más allá de la insolvencia del cónyuge deudor difícilmente se puede encontrar en la realidad de los hechos otro perjuicio para el derecho adquirido por el tercero, salvo la pérdida de las garantías otorgadas por el deudor. Porque si en la mayoría de los casos (y las sentencias del TS son un claro ejemplo) el perjuicio es insolvencia y, por tanto, frustración del derecho del acreedor, y se remedia vía rescisión habrá que concluir que la norma del art. 1.317 C.c. no es más que la manifestación abstracta y general de un principio (de ineficacia relativa o de determinada inoponibilidad de las modificaciones) que necesariamente debe concretarse y articularse en los tipos conocidos de ineficacia contractual: nulidad, anulabilidad, rescisión. ¿Es esta la verdadera naturaleza del art. 1.317 C.c.? ¿Contiene sólo una declaración del principio que se traduce en un límite al principio de libertad capitular y de modificabilidad de las capitulaciones constante matrimonio? Sería pensable; no en vano, la Exposición de Motivos de la Ley de 1975 decía, refiriéndose a esta medida de protección de los terceros recogida entonces en el último párrafo del art. 1.322 C.c., que era tan natural que no precisaba mayor explicación.

Yo creo que la norma del art. 1.317 C.c. no se limita a una mera declaración de principios que necesariamente deba completarse mediante otros mecanismos (el ya repetido rescisorio). Precisamente su virtualidad consiste en evitar a los acreedores la vía de la rescisión por fraude y ofrecerles una protección más sencilla, más fuerte y objetiva. Esto se entiende si uno se percatara que el perjuicio se refiere al tercero y la inoponibilidad al nuevo régimen económico-matrimonial. Es decir, la irretroactividad o inoponibilidad se refiere no sólo al cónyuge deudor sino a ambos cónyuges. Normalmente la inoponibilidad producirá determinados y relativos efectos pero que no son los efectos propios de la acción rescisoria sino del ejercicio de la facultad que concede el art. 1.317 C.c. a los terceros cuyos derechos sean perjudicados por la modificación del régimen económico.

Por tanto, la norma del art. 1.317 C.c., como dijo Lacruz, es necesaria en el sentido de que, sin ella, los acreedores sólo dispondrían de la vía de la rescisión y deberían, por tanto, demostrar el fraude, la conducta fraudulenta, de los cónyuges (40).

El ejemplo paradigmático es bastante claro: si de la deuda contraída por uno de los cónyuges responden los bienes gananciales en la medida en que deban responder, la posterior modificación del régimen económico y adopción de un régimen de separación no afecta al acreedor, en el sentido de que no tendrá que acudir —en su caso— a la acción de rescisión sino directamente a la facultad que le concede el art. 1.317 C.c. Es decir, si los bienes adjudicados como propios al cónyuge

(40) LACRUZ BERDEJO, J. L. y F. de A. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, IV (Derecho de Familia), Barcelona, 1982, p. 333.

no deudor eran gananciales, mantendrán dicha calificación frente al acreedor aun después de la modificación y, por tanto, en su medida, podrá agredirlo sin necesidad de ejercitar la acción de rescisión (41).

No obstante ello, el TS en la sentencia que me entretiene estima procedente la solicitud de rescisión (que lo es efectivamente) por cuanto el deudor es insolvente y la modificación se produjo en fraude de acreedores. A mi entender, basta la alegación del art. 1.317 C.c., aunque el cónyuge deudor sea insolvente pues, como ha mantenido el propio TS en sentencias posteriores (42), la responsabilidad de la masa ganancial no se elude por el hecho de que alguno de los bienes, entre tales el trabado de embargo, se atribuyeran al cónyuge no deudor al otorgar capitulaciones matrimoniales modificando el régimen económico y adoptando el de separación de bienes. O bien en la STS de 17 de febrero de 1988, al señalar que el art. 1.317 C.c. implica que los acreedores de cualquiera de los esposos no resultarán afectados por la liquidación del régimen económico anterior, ni por los pactos modificativos constante el régimen, si los derechos han nacido antes de la modificación. Respecto de ellos persiste la situación anterior y, por tanto, la responsabilidad frente a las deudas.

¿Cuándo ejercitar entonces la acción de rescisión? Posiblemente, y vigente el art. 1.317 C.c., no sea posible ejercitarla, en sentido estricto, cuando los bienes no salen del ámbito patrimonial de los cónyuges. Aquí vale la norma del art. 1.317 C.c. Entonces sólo es posible su ejercicio si en la conducta fraudulenta interviene un tercero o en el supuesto de deuda propia de un cónyuge y posterior disolución y liquidación de la sociedad de gananciales con adopción del régimen de separación: en este caso, si los bienes del cónyuge deudor no son suficientes, los acreedores podrán solicitar la rescisión de las adjudicaciones patrimoniales realizadas si la liquidación de la sociedad de gananciales se ha realizado en fraude de acreedores, es decir, si las diversas adjudicaciones patrimoniales son desequilibradas en favor del cónyuge no deudor (43).

(41) Si la deuda es propia de uno de los cónyuges, es decir, en el supuesto del art. 1.373 C.c., cabría preguntarse si juega el art. 1.317 C.c. La DGRN ha contestado negativamente; Ragel Sánchez, en cambio, mantiene la opinión contraria al señalar, con acierto, que la norma del art. 1.317 C.c. es aplicable cualquiera que sea el régimen económico matrimonial modificado siempre que se produzca un perjuicio para el derecho adquirido por un tercero. Lo que cambia es el alcance de la aplicación. Vid. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987; y Comentario a la Resolución DGRN de 16 de febrero de 1987, en CCJC, núm. 14, pp. 4538 y 4539. Sobre la cuestión me remito a lo que diré **sub III F**).

(42) Por todas, STS de 20 de febrero de 1987, en CCJC, núm. 13, pp. 4389 y ss., con comentario de RAGEL SÁNCHEZ.

(43) En el mismo sentido, RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Comentario...*, cit., pp. 4538 y 4539.

C) STS del 17 de noviembre de 1987 (44)

Hechos: Don L.F.S. aceptó dos letras de cambio cuyo vencimiento se produjo los días 20 de diciembre de 1980 y 16 de enero de 1981 respectivamente. El 20 de enero de 1981 Don L.F.S. y su esposa otorgaron capitulaciones matrimoniales por las que disolvieron la sociedad de gananciales adjudicando a la esposa los bienes inmuebles y al esposo determinadas acciones de tres sociedades, y adoptaron el régimen de separación de bienes.

Tras el impago de las cambiales, el tomador Don M.N.N. formula demanda de juicio ejecutivo contra el aceptante Don L.F.S., dictándose sentencia de remate el 3 de septiembre de 1981 y trabándose embargo sobre unos saldos de cuenta corriente y un pinar. A la esposa del deudor se le hizo saber la existencia del pleito y del embargo. El Registrador de la Propiedad denegó la anotación preventiva del embargo sobre el pinar, que aparecía ya inscrito a nombre de la esposa. Don M.N.N. formuló demanda suplicando que se dictase sentencia declarando «rescindida la escritura de capitulaciones matrimoniales, liquidación de la sociedad conyugal y modificación del régimen económico matrimonial entre los esposos» por haber sido realizada en fraude de acreedores, ordenando asimismo la cancelación en el Registro de la Propiedad de las inscripciones correspondientes a la adjudicación del pinar a la esposa del deudor. Subsidiariamente, suplicaba que se declarase la inoponibilidad para el acreedor demandante de la modificación del régimen, confirmándose el embargo practicado.

En Primera Instancia, el juez estimó la demanda y declaró rescindidas las capitulaciones matrimoniales y la liquidación de la sociedad de gananciales, ordenando la cancelación de las inscripciones practicadas. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso con base en la doctrina que sigue.

Doctrina: Uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1.291-3 C.c.), pues, dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, que proclama también el artículo 1.294 del mismo cuerpo legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso jurídico para obtener la reparación del perjuicio, requisito que no concurre en el caso de litis, dado que si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente matrimonio... no

(44) STS de 17 de noviembre de 1987, en CCJC, núm. 15, pp. 5162, con comentario de A. CABANILLAS SÁNCHEZ.

perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 C.c.), si el artículo 1.407 (sic) del referido Código dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor, respondiendo también el cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudicado si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicialmente, y si el artículo 1402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias..., es visto que en el presente caso no puede afirmarse que el actor no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria, sin que la normativa hipotecaria constituya obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la referida liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el artículo 144-2 RH, previniendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiese inscrito la participación de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios; y aunque el requisito de la anterioridad del crédito constituya la hipótesis ordinaria, tampoco pueden descartarse los nacidos con posterioridad a la enajenación impugnada si se demuestra que se llevó a cabo en consideración al crédito futuro y a fin de privar de garantías a un acreedor de próxima y muy probable existencia, como ya declaró esta Sala en su Sentencia de 2 de marzo de 1981; finalmente, la ya citada Sentencia de 13 de junio de 1986 señala que, si bien debe resolverse con precedencia la situación de los acreedores la división y adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal, pues antes es pagar que partir, el que se pase a ultimar la liquidación sin aquella previa prescripción no significa que la operación practicada resulte radicalmente nula, sino que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y además el consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, responsabilidad de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción contra los bienes consorciales (art. 144, párrafo 2, RH).

En la doctrina transcrita resalen diversas cuestiones de interés. A alguna de ellas ya he hecho referencia antes, por lo que ahora no conviene insistir; a otras cuestiones, como la registral, me referiré posteriormente, por lo que no es prudente adelantarla ahora.

Básicamente, la sentencia confirma la línea jurisprudencial en cuya virtud la norma del art. 1.317 C.c. impide el juego de la acción rescisoria debido al carácter subsidiario de dicha acción ex art. 1.294 C.c. En esta línea jurisprudencial se encuentran sentencias anteriores, algunas

ya citadas aquí, como las SsTS de 15 de febrero de 1986; 17 de febrero de 1986; y 30 de septiembre de 1987. Con anterioridad, la STS de 30 de enero de 1986, glosada en este trabajo, mantuvo una doctrina diversa al considerar que, aunque subsidiariamente, los acreedores podían ejercitar la acción de rescisión por fraude de acreedores en el supuesto de insolvencia del cónyuge deudor. Ya me he referido varias veces a esta cuestión: el art. 1.317 C.c. no impide la posibilidad del ejercicio de la acción rescisoria, sino la propia naturaleza (subsidiaria) de esta acción. La inoponibilidad supondrá, como también ha señalado, el mantenimiento del régimen de responsabilidad real. Pero si determinados bienes se hallan en poder de un tercero no protegido, frente a éste no podrá invocarse la norma del art. 1.317 C.c. y se deberá acudir a la acción de rescisión.

Por lo demás, dos cuestiones deben resaltarse de la sentencia.

En primer lugar, como ha señalado Cabanillas en su citado comentario, la relación que establece el TS entre el art. 1.317 C.c. y los arts. 1.401 y 1.402 C.c., los cuales protegen eficazmente a los acreedores mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad de gananciales y disponiendo los acreedores de los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de herencias (ex arts. 1.082 a 1.084 C.c.) (45). De ahí se puede derivar la idea de que el art. 1.317 C.c. no hay que relacionarlo tanto con el art. 1.335 C.c. cuanto con los arts. 1.362 y ss., es decir con la regulación de las cargas y las obligaciones de la sociedad de gananciales, y 1.399 y ss. C.c.

Lo que impide el art. 1.317 C.c. es una alteración del régimen de la responsabilidad, mejor, del sustrato patrimonial de la responsabilidad, no sólo mediante la atribución a un bien ganancial del carácter privativo del cónyuge no deudor mediante su adjudicación en la disolución y liquidación de la sociedad conyugal (que parece el supuesto de hecho ordinario), sino también la atribución del carácter de ganancial a un bien privativo del cónyuge deudor de deuda propia.

De esta manera, para determinar el perjuicio, la existencia de perjuicio, se debe concretar primero la naturaleza de la deuda (propia de un cónyuge o de la sociedad) y la masa de bienes que responde de su cumplimiento (el patrimonio personal de un cónyuge —el deudor— o el patrimonio ganancial). Del juego de tales criterios, combinados con las correspondientes adjudicaciones patrimoniales, se derivará la existencia o no de perjuicio para el tercero producido por la modificación capitular.

En segundo lugar, es también una cuestión importante la determinación de uno de los elementos del supuesto de hecho que contempla el art. 1.317 C.c. Decía anteriormente que, en virtud de una

(45) CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentario a la STS de 17 de noviembre de 1987...*, cit., p. 5169.

interpretación literal del artículo citado, el derecho debe ser adquirido con anterioridad a la modificación del régimen, es decir, con anterioridad a la inscripción registral de dicha modificación, pues hasta dicho momento no es oponible a tercero alguno. Ahora es preciso retomar aquel hilo.

Con buen criterio, la Sala extiende tal criterio y lo amplía al supuesto en que la modificación sea buscada de propósito para perjudicar un crédito futuro y privar de garantías a un acreedor de próxima y muy probable existencia. Piénsese —y el supuesto no es descabellado— en la modificación del régimen económico matrimonial producida en el iter adquisitivo del derecho por el tercero o en el momento que puede mediar entre la finalización de los tratos preliminares y la perfección del contrato, etc. En tales supuestos cobra especial importancia y trascendencia cuanto he dicho anteriormente acerca de la buena fe y la doctrina de los propios actos. Con criterio certero, el TS afirma que «aunque el requisito de la anterioridad del crédito constituye la hipótesis ordinaria, tampoco pueden descartarse los nacidos con posterioridad a la enajenación impugnada si se demuestra que se llevó a cabo en consideración del crédito futuro y a fin de privar de garantías a un acreedor de próxima y muy probable existencia». Tal doctrina ya la mantuvo la STS de 22 de marzo de 1981 así como la STS de 17 de febrero de 1986. Con posterioridad, la ha mantenido la STS de 28 de marzo de 1988.

Con ello, se traslada al supuesto normativo del art. 1.317 C.c. la polémica doctrinal surgida a raíz de la posterioridad del crédito respecto del acto impugnado mediante una acción rescisoria (la acción revocatoria ex art. 1.111 C.c.). Entendía De Castro (46) y con él una determinada dirección jurisprudencial (47), que si el acto impugnado es anterior al crédito no cabe el ejercicio de la acción revocatoria sino, en su caso, la derivada del art. 1.902 C.c.

No obstante, la doctrina más reciente, avalada también por una cierta dirección jurisprudencial, mantiene la tesis defendida en la sentencia que me ocupa y no deniega el ejercicio de la acción revocatoria o pauliana aunque el crédito nazca con posterioridad al acto impugnado si tal acto (de enajenación) se realizó en consideración al crédito futuro «y a fin de privar de garantías al acreedor de próxima y muy probable existencia» (48). Así, además de las menciona-

(46) DE CASTRO, F., «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudio de los artículos 1.911 y 1.111 del Código civil» (1932), RDP, 193.

(47) Entre varias, SsTS, de 26 de abril de 1962 y de 14 de junio de 1987.

(48) Entre las SsTS, las mencionadas de 22 de marzo de 1981; de 17 de febrero de 1986; de 17 de noviembre de 1987 (que ahora me ocupa); y de 28 de marzo de 1988. En la doctrina, por último, MORENO QUESADA, Comentario al Código civil y Compilaciones forales, XVII, Madrid, 1981, p. 101; ORDUÑA MORENO, F.J., *La acción rescisoria por fraude de acreedores...*, cit., pp. 88 y ss.

das, la STS de 8 de julio de 1988 dice que «constando en los hechos probados de la sentencia de instancia la existencia de un crédito importante contra el marido, la fecha del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales anterior y muy cercana a aquella en que podía exigirse la obligación cambiaria, la adjudicación a la esposa de todos los bienes de la sociedad conyugal fácilmente localizables y la asignación al marido de dinero metálico únicamente, y la notoria desproporción la cantidad de dinero adjudicado al esposo y el valor real de los bienes adjudicados a la mujer, con arreglo a un criterio lógico se llega al convencimiento de que demandado y demandada consintieron la modificación de su régimen matrimonial de bienes y la adjudicación que se hizo de los hasta entonces bienes gananciales con el fin de procurar al primero una situación de insolvencia o de insuficiencia económica para no cumplir las obligaciones válidamente contraídas» (49).

Por último se ha manifestado en contra de mantener la anterior doctrina en el supuesto normativo del art. 1.317 C.c., Pasquau Liaño (50). Según este autor, tal doctrina jurisprudencial no es aplicable a los casos en que el crédito nace con posterioridad a las capitulaciones matrimoniales que se impugnan. Si lo que se pretende, prosigue el citado autor, con el art. 1.317 C.c. y sus correlativos de Derecho foral es impedir la retroactividad de la modificación en perjuicio de los acreedores, es claro que dicho principio jugará sólo en relación con los acreedores anteriores, pero no con los futuros. Ahora bien, si se consigue probar el fraude en tales supuestos, entonces el acreedor podrá y deberá acudir a la acción pauliana, sin que el principio de irretroactividad frente a terceros de las alteraciones del régimen matrimonial constituya obstáculo alguno.

No es vano el razonamiento de Pasquau Liaño, pero a mi juicio no se coloca en la perspectiva adecuada. Efectivamente es legítimo que los cónyuges modifiquen la organización económica de su matrimonio mediante pactos modificativos de las capitulaciones o a través de la mutación del régimen económico matrimonial (ex arts. 1.325 y 1.326 C.c.); es igualmente legítimo que intenten salvaguardar una parte del patrimonio conyugal y ponerla a salvo de los riesgos jurídico-económicos o de los avatares del tráfico (entiéndase, insolvencia, responsabilidad patrimonial...) que pueda ocasionar la actividad económica de uno o de ambos cónyuges. Este deseo, legítimo y tutelado por el Ordenamiento jurídico, conoce, sin embargo, límites: esencial-

(49) STS de 8 de julio de 1988, en (1988-4), *La Ley*, p. 671.

(50) PASQUAU LIAÑO, M., *Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1988...*, cit., p. 1029.

mente, los derivados del art. 1.317 C.c. y de los arts. 1.401 y 1.402 C.c. en orden a la adecuada protección de terceros, además de los límites de la autonomía privada ex. art. 1.255 C.c.

El límite, por tanto (abstracción hecha ahora del 1.255 C.c.), está en el perjuicio. Esta es la perspectiva correcta. Porque la irretroactividad o inoponibilidad no es la finalidad de la norma contenida en el art. 1.317 C.c., sino un medio para alcanzar la verdadera finalidad: evitar el perjuicio del tercero, conceder a éste una determinada protección o garantía frente a inopinadas modificaciones capitulares. ¿Que el derecho no está ya o aún adquirido cuando se produjo la modificación del régimen económico? Claro, de lo contrario no estaría haciendo este razonamiento pues nos halláramos ante la hipótesis ordinaria del art. 1.317 C.c. No se trata, pues, de forzar el contenido de este precepto ni de extender su supuesto de hecho a todos los créditos ni a todas las hipótesis sino solamente a aquellas en que se verifica un efectivo perjuicio con causa en una modificación capitular para un derecho ya adquirido o cuya adquisición sea inminente, próxima «y de muy probable existencia». Si vale esta doctrina para la acción revocatoria o paulina, ¿por qué no para la facultad de oponibilidad que concede el art. 1.317 C.c. al tercero perjudicado? Insisto, no se trata de extender la hipótesis del art. 1.317 C.c. hasta el punto de neutralizar, siquiera en grado mínimo, los principios de libertad y mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, sino de extenderla a todos los supuestos en que la modificación se busca de propósito para causar un perjuicio a un tercero. ¿Por qué condenar a estos terceros a la tortuosa vía de la rescisión por fraude de acreedores, aliviada ciertamente por el juego de las presunciones, y negarles la más objetiva, sencilla y segura del art. 1.317 C.c.?

Obviamente, no se trata de la hipótesis ordinaria en que el acreedor debe probar el perjuicio y la anterioridad de su derecho respecto de la modificación capitular. Aquí, además del perjuicio, deberá probar la relación de causalidad entre éste y la modificación del régimen económico matrimonial del que deriva, relación más fácil de demostrar cuanto más próximas se hallen en el tiempo la modificación del régimen y la (posterior) adquisición del derecho. Piénsese que, además, el cónyuge deudor manifestará a su inmediato futuro acreedor la situación económica matrimonial anterior a la modificación, bien porque aún no se ha producido la modificación (aunque ya pensada) bien porque (aun producida) todavía no se ha inscrito.

D) STS de 25 de enero de 1989 (51)

Hechos: Una entidad bancaria demanda a José F. y a Rosa M. suplicando la rescisión de las capitulaciones otorgadas por los demandados en cuya virtud disolvieron y liquidaron la sociedad de gananciales. La entidad bancaria entendió que la modificación del régimen económico se produjo en fraude de acreedores e interesa su rescisión así como la cancelación de las inscripciones y anotaciones practicadas en el Registro de la Propiedad.

En Primera Instancia no se estimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó la sentencia de la instancia y estimó la rescisión de las capitulaciones por fraude de acreedores y las cancelaciones oportunas. El TS declara haber lugar al recurso de casación con base en el carácter subsidiario de la acción de rescisión por fraude de acreedores.

Doctrina: La disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de ganancias como consecuencia de las capitulaciones matrimoniales otorgadas vigente matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, pues si mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, también el cónyuge no deudor responde con los bienes que se le hubiesen adjudicado, toda vez que exista una responsabilidad real de la masa de bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados.

Exigiendo el artículo 1.291 del Código civil, en su número tercero, para que pueda decretarse la rescisión de un contrato en fraude de acreedores que éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les debe, la jurisprudencia de esta Sala dictada en interpretación de tal precepto tiene declarado que la acción rescisoria es siempre subsidiaria y sólo puede ejercitarse cuando el perjudicado carezca de todo otro medio o recurso legal para obtener la reparación del perjuicio.

La doctrina transcrita consolida una dirección jurisprudencial ya asentada en nuestro sistema en virtud de la cual se entiende que la norma del art. 1.317 C.c. impide el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores en los supuestos de mutación del régimen económico matrimonial, no por la propia naturaleza del mecanismo que contiene el artículo ahora citado sino por el carácter subsidiario de la acción de rescisión (ex. arts. 1.291-3 y 1.294 C.c.). En esta línea jurisprudencial (abandonada sólo por la STS de 30 de enero de 1986, recogida supra) se hallan, entre muchas varias, las SsTS de 15 de febrero de 1986; 17 de febrero de 1986; 30 de septiembre de 1987; 17 de noviembre de 1987 y 8 de julio de 1988.

(51) STS de 25 de enero de 1989, en CCJC, núm. 19, pp. 121 y ss., con comentario de A. CABANILLAS.

Con ello parece consolidarse también otra posición que antes he planteado en forma de dilema: ¿contiene la norma del art. 1.317 CC una declaración de principios que debe concretarse y subsumirse casuísticamente en alguna de las categorías de ineficacia del contrato o expresa un tipo concreto y propio de ineficacia relativa para el caso de mutación del régimen económico del matrimonio? De la línea jurisprudencial apuntada se desprende claramente que la proposición correcta del anterior dilema es la segunda pues, si el perjuicio (que es siempre insolvencia, haya o no fraude) se condujera necesariamente a la rescisión por fraude de acreedores, no tendría sentido siquiera plantearse la prioridad en el ejercicio de las acciones, es decir, el carácter subsidiario de la acción de rescisión frente a cualquier otra acción, medio o recurso legal destinado a obtener la reparación del perjuicio. Con otras palabras, el hecho de plantearse la disyuntiva entre ejercitar principalmente la facultad de inoponibilidad a que se refiere el artículo 1.317 CC o la acción rescisoria ya manifiesta la independencia y separación de ambas posibilidades. Disyuntiva, por lo demás, resuelta en favor de la norma del art. 1.317 CC, como acabo de señalar.

También es importante en la sentencia que me ocupa la relación que mantiene entre la norma del art. 1.317 CC y los correspondientes de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, en concreto el art. 1.401 CC. Con ello reitero una idea que ya ha expresado antes: el art. 1.317 CC debe ser puesto en relación no con el art. 1.335 y concord. CC sino con los artículos que regulan las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales (arts. 1.362 y ss. CC) y los que regulan la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (arts. 1.392 y ss.).

E) STS de 6 de diciembre de 1989 (52)

Hechos: Con fecha de 1 de julio de 1977, un matrimonio otorga capitulaciones matrimoniales mediante las que disuelve y liquida la sociedad de gananciales y adopta el régimen de separación de bienes. Entre las adjudicaciones, una determinada finca que era ganancial se atribuye a la esposa. Con anterioridad, el marido había aceptado una letra de cambio emitida el 10 de febrero de 1977 y exigible el 10 de diciembre de 1977, en virtud de una deuda propia. La modificación capitular se produjo, pues, entre la fecha de emisión de la cambial y la fecha de exigibilidad de la misma.

La entidad bancaria acreedora del marido traba de embargo la finca adjudicada a la esposa en las capitulaciones matrimoniales. La esposa interpone tercería de dominio.

(52) STS de 6 de diciembre de 1989, en CCJC, núm. 22, pp. 91 y ss. con comentario de A. CABANILLAS.

En los Tribunales de instancia se estima la tercería de dominio. El TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad bancaria.

Doctrina: (No transcribo la referida a la tercería de dominio). Es desechable la tesis de incluir en el pasivo del inventario la deuda contraída por el esposo, ya que ha de tomarse en consideración la fecha de la deuda y no la de iniciación del juicio ejecutivo. Conforme a lo expuesto, la deuda del esposo no era ganancial, y además a su vencimiento ya estaba liquidada la sociedad de gananciales y adjudicada la finca a la tercerista. El Banco recurrente no goza en caso alguno del «status» de acreedor de la sociedad, sino del esposo deudor.

La toma de razón en el Registro de la Propiedad del otorgamiento del pacto modificativo carece de relieve constitutivo o habilitante de ese pacto, sin perjuicio de que sea una previsión ajustada para publicidad de los derechos de terceros, como auténtica regla de terceros y no «inter partes».

Breve debe ser, por fuerza, el comentario a la doctrina establecida en esta sentencia. Abstracción hecha de la cuestión de la tercería de dominio que aquí importa relativamente, aunque es la cuestión central de la sentencia, es relevante el fundamento utilizado por el Tribunal para estimar dicha tercería toda vez que toma en consideración el juego de criterios a que me referí anteriormente para determinar la existencia o no del perjuicio.

La modificación del régimen económico matrimonial se produjo entre la fecha de libramiento de la letra de cambio y la fecha de exigibilidad de la misma. Ello significa que el derecho ya estaba adquirido y que, por tanto, una mutación del régimen podía perjudicarlo. En las capitulaciones matrimoniales que disuelven y liquidan la sociedad de gananciales y adoptan el régimen de separación, se adjudica a la esposa una determinada finca. Tal finca es posteriormente trabada de embargo por la entidad bancaria acreedora del marido. Frente a dicho embargo se interpone, por la esposa, tercería de dominio. ¿Por qué se estima la tercería de dominio? No sólo por reunir los requisitos exigidos para que prospere, a saber, la existencia de un justo título de dominio; la identificación del bien reclamado; y que el embargo o la traba se verifique para asegurar responsabilidades ajenas al tercerista. No sólo por eso; también porque la modificación del régimen económico no perjudicó el derecho adquirido por el acreedor. Efectivamente, aquí se halla el quid de la cuestión: no perjudicó el derecho adquirido por el acreedor, por lo tanto no era invocable el art. 1.317 CC. ¿Por qué? Porque la deuda no era ganancial, mejor, no era una deuda de la que respondían los bienes gananciales, sino una deuda propia del marido y, por tanto, de la que respondía él con su patrimonio personal. Estamos, por tanto, ante la hipótesis del art. 1.373 CC: cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privados no fueran suficientes para hacerlas efectivas; el acreedor podrá

pedir el embargo de bienes gananciales (aquí ya no porque la sociedad fue disuelta y liquidada), que será inmediatamente notificado al otro cónyuge (no deudor) y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla.

Por tanto, la entidad bancaria acreedora hubiera debido trabar de embargo los bienes del cónyuge deudor, según resultas de las adjudicaciones. Constante la sociedad de gananciales, los únicos acreedores que tienen derechos, en su caso, ya adquiridos de los que responderán los bienes gananciales son, precisamente, los acreedores de la sociedad conyugal, los acreedores de aquellas deudas que son a cargo de la sociedad de gananciales ex arts. 1.362 y ss. C.c.

¿Qué vía queda, entonces, a los acreedores del cónyuge deudor de deuda propia? Ciertamente, no la vía del art. 1.317 CC sino la de la rescisión de las concretas adjudicaciones cuando se han realizado fraudulentamente (v.gr. notable desequilibrio en las atribuciones patrimoniales entre los cónyuges).

A mi entender esto no significa, como ha mantenido alguna doctrina (53), que la norma del art. 1.317 C.c. sólo desarrolla su virtualidad en sociedad de gananciales, es decir, en la modificación del régimen de sociedad de gananciales y adopción de un régimen de separación de bienes. Caben también otras hipótesis. En primer lugar porque lo fundamental es que se altere el régimen de responsabilidad de determinados bienes en perjuicio de terceros con derechos ya adquiridos y que dicha alteración se produzca a través de una modificación del régimen económico matrimonial; y, en segundo lugar, porque la norma del art. 1.317 C.c. se contiene en sede de Disposiciones generales del régimen económico matrimonial (arts. 1.315 a 1.324 C.c.). Cabe incluso imaginar algún supuesto: el paso de un régimen de separación a uno de comunidad (por ejemplo, universal) en el que el patrimonio común está compuesto exclusivamente (o casi exclusivamente) por todos los bienes del cónyuge deudor por deudas propias. Parece que no hay duda en que tal modificación del régimen económico puede perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros acreedores del cónyuge deudor, máxime si a aquel régimen de comunidad se le aplican por analogía determinadas normas del de sociedad de gananciales.

En definitiva, lo importante de esta sentencia es el triunfo de la tercera de dominio interpuesta por la esposa (cónyuge no deudor) con base en el argumento de que, aun producida la modificación del régimen económico del matrimonio y aun considerándose ya adquirido el derecho del tercero, no hubo perjuicio de tal derecho porque la deuda

(53) Entre otras, *vid.* RrDGRN de 29 de mayo de 1987, de 28 de octubre de 1987 y de 6 de noviembre de 1987.

era propia de uno de los cónyuges o, lo que es lo mismo, la deuda no era a cargo de la sociedad de gananciales (ex arts. 1.317, 1.362 y ss. y 1.373 CC). Así, no son invocables el art. 1.317 CC ni los arts. 1.401 y 1.402 del mismo cuerpo legal.

F) En sentido contrario resolvió la **STS de 21 de julio de 1987**, pero en el supuesto la deuda sí era ganancial. Dice el TS en la citada sentencia: en el caso procede rechazar el argumento de que si la tercera actuada ha de fundarse en el dominio de los bienes embargados, y tal dominio aparece acreditado en la escritura pública de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales, es manifiesto que la tercera debe prosperar, conclusión insostenible pues no puede olvidarse que *en el caso no se trata de cuestionar la propiedad de unos bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en las referidas capitulaciones, sino de hacer efectivos sobre ellos los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial*, modificación que a tenor del art. 1.317 CC no puede perjudicar en ningún caso tales derechos, por lo que si la sentencia afirma, afirmación no desvirtuada en el recurso, que los créditos por los cuales se embargaron los bienes cuyo dominio exclusivo alega la tercerista eran anteriores a la escritura de capitulaciones, en virtud de la cual se pasó del régimen legal de gananciales al de separación de bienes, *con adjudicación a la esposa de las fincas reivindicadas, que eran gananciales y si no se ha discutido la facultad del marido para obligarlos en el ejercicio de su profesión*, es manifiesta la improcedencia de la tercera para liberar tales bienes de las trabas a que están sujetos (54).

Por tanto, como he venido insistiendo, la determinación del perjuicio (que es insolvencia o privación de garantías, normalmente) se debe realizar concretando primero la naturaleza de la deuda, consorcial o propia del cónyuge, y si la modificación capitular implica una alteración del sustrato patrimonial de la responsabilidad del deudor. Por ello, normalmente, el precepto del art. 1.317 CC desarrollará su virtualidad en el supuesto de modificación capitular con adjudicación al cónyuge no deudor, como privativos, de bienes gananciales valiosos, siendo la deuda a cargo de la sociedad de gananciales. En cambio, no será invocable normalmente si la deuda es propia de uno de los cónyuges pues sus acreedores no tienen sobre el patrimonio ganancial un derecho ya adquirido (cfr. art. 1.371 CC).

En contra se manifiesta Ragel Sánchez (55). Según este autor, debe admitirse la aplicación del art. 1.317 CC al supuesto de deuda privativa anterior a la modificación del régimen de gananciales por el de separa-

(54) STS de 21 de julio de 1987, en la Ley, 1987-4, pp. 723 y 724.

(55) RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, cit.; también, *Comentario a la RDGRN de 16 de febrero de 1987...*, cit., pp. 4538 y 4539.

ción de bienes, si bien precisa el alcance de su aplicación que, claramente, no puede ser el mismo que en el supuesto de deuda ganancial: el acreedor, dice Ragel, debe seguir ostentado, por imperativo del art. 1.317 CC, el derecho de ejecutar sobre la mitad del valor de los bienes gananciales (ex art. 1.373 CC), traducido en la parte adjudicada al deudor en la liquidación.

Realmente no se entiende muy bien la posición de Ragel ni la relación que establece, como base de su razonamiento, entre los arts. 1.317 y 1.373 CC. En virtud de este último precepto, de las deudas propias de un cónyuge responde su propio patrimonio y, si éste es insuficiente, el acreedor puede pedir el embargo de bienes gananciales, a salvo la facultad conferida por el propio precepto al cónyuge no deudor.

De ahí deriva el citado autor que los derechos adquiridos por el acreedor en el momento del nacimiento del débito están limitados a la posibilidad de ejecutar sobre la mitad del valor de los bienes gananciales cuando el cónyuge no deudor defienda adecuadamente sus derechos. Hasta aquí estoy de acuerdo, aunque no sé cómo actúa el art. 1.317 CC salvo manteniendo el carácter ganancial de los bienes adjudicados. Dicha mitad del valor se traduce, según el autor, en la parte adjudicada al deudor de la liquidación. Aquí ya me surgen dudas: en primer lugar, si se mantienen las adjudicaciones patrimoniales hechas en la liquidación habrá que determinar si perjudican o no al derecho ya adquirido por el tercero para conocer la virtualidad del art. 1.317 CC; en segundo lugar, si se mantienen las adjudicaciones y, por tanto, la modificación del régimen económico, no puede invocarse, a mi entender, el art. 1.373 CC, salvo que previamente se haya mantenido, invocando el art. 1.317 CC, la inoponibilidad del nuevo régimen (o, es lo mismo, la sobrevivencia del antiguo) frente al acreedor (56).

El remanente adjudicado al cónyuge deudor puede ser suficiente o insuficiente, en el momento mismo de la adjudicación, para satisfacer la deuda propia. En el primer caso, no se produce perjuicio, al menos no se produce perjuicio derivado de la modificación del régimen. En el segundo caso, a juicio de Ragel Sánchez, el acreedor privado únicamente podrá impugnar la adjudicación incorrectamente realizada, cuando la parte adjudicada al deudor resulte de valor inferior a la mitad del remanente líquido. En tal supuesto, podría acudir al remedio subsidiario de la acción rescisoria, pero no si la liquidación se ha realizado correctamente y el valor de la parte adjudicada al

(56) En un sentido similar se manifiesta CABANILLAS, al señalar que, a su juicio, producida la disolución de la sociedad de gananciales por capitulaciones matrimoniales, «no tiene ya sentido la aplicación del art. 1.373 CC, puesto que este precepto sólo es aplicable cuando existe la sociedad de gananciales y, por tanto, no ha tenido lugar su disolución». Así, lo lógico es que, al tratarse de una deuda propia, el embargo se dirija contra los bienes que corresponden al cónyuge deudor tras la liquidación. Comentario a la STS de 6 de diciembre de 1989, en CCJC, núm. 22, p. 101.

cónyuge deudor coincide con la mitad del remanente líquido (57). Abstracción hecha de la bondad del razonamiento, no entiendo cómo actúa o cómo ha actuado la norma del art. 1.317 C.c. Si lo que se pretende es mantener vigente la norma del art. 1.373 C.c. para evitar el perjuicio del acreedor, inexorablemente entraremos en el mundo de las ficciones; y si, además, se mantiene la disolución del régimen de gananciales y las adjudicaciones patrimoniales realizadas en virtud de la liquidación, es decir, si se mantiene el régimen de separación, entonces parece contradictorio invocar el art. 1.373 C.c., el cual funciona constante sociedad de gananciales aunque pueda provocar, por mor de la facultad concedida al cónyuge no deudor, la disolución de la misma.

En definitiva, a mi entender el error en el razonamiento expuesto por Ragel Sánchez se halla en el hecho de admitir que la mitad del valor de los bienes gananciales se traduce en la parte adjudicada al cónyuge deudor en la liquidación de la sociedad, porque entonces:

i) Si la parte adjudicada es suficiente para pagar la deuda, no sucede nada. Si en el momento del cumplimiento los bienes del deudor no son suficientes, el acreedor deberá proceder por la vía ordinaria, pero no podrá atacar la modificación del régimen económico. No podrá, pues, invocar la norma del art. 1.317 C.c.:

ii) Si la parte adjudicada no es suficiente, pero la liquidación se realiza correctamente, el deudor será insolvente. Nos hallamos ante un supuesto similar al del art. 1.373 C.c. para el caso de que no sean bastantes los bienes propios del cónyuge deudor ni el valor de la parte que ostenta en la sociedad de gananciales. Tampoco aquí juega el art. 1.317 C.c. porque, en el planteamiento de Ragel, la mitad del valor de los bienes gananciales objeto del posible embargo ex art. 1.373 C.c. se traduce en la parte adjudicada al cónyuge deudor.

iii) Si la parte adjudicada no es suficiente y la liquidación se realizó incorrectamente, es decir, mediante una serie de atribuciones patrimoniales claramente desproporcionada o desequilibrada, entonces, según Ragel Sánchez, el acreedor sólo puede satisfacer su crédito acudiendo al remedio subsidiario de la acción de rescisión. Tampoco aquí, pues, desarrolla su virtualidad la norma del art. 1.317 CC.

Anteriormente he mantenido la aplicabilidad del art. 1.317 CC a cualquier modificación del régimen económico del matrimonio con base en los argumentos que allí expuse y no conviene reiterar ahora. Mas debe tratarse de una aplicación sin matices cuando concurre el supuesto de hecho previsto por la mencionada norma: que la modificación produzca un perjuicio al derecho ya adquirido por un tercero. La finalidad del art. 1.317 C.c. es preservar a los acreedores o terceros con derechos ya adquiridos (o en vías de adquisición) del perjuicio que les

(57) RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Comentario...*, cit., pp. 4539 y 4540.

pueda ocasionar una mutación del régimen económico matrimonial de su deudor o deudores. El medio para alcanzar dicha finalidad no es una ficción (como parece desprenderse de las palabras de Ragel al invocar al art. 1.373 C.c.) sino el mantenimiento de la situación jurídica anterior a la modificación a través de la ineficacia relativa de ésta. Es decir, manteniendo el sistema de responsabilidades patrimoniales existente cuando nació la deuda, de ahí la importancia de determinar —para conocer si hay o no perjuicio— la naturaleza privativa o ganancial de la deuda. Porque, siendo la deuda propia de uno de los cónyuges, sus acreedores no tienen derecho alguno sobre los bienes gananciales y la posibilidad que les concede el art. 1.373 C.c. queda extremadamente limitada en el mismo artículo por la facultad concebida al cónyuge no deudor. Más todavía: admitida la aplicación del art. 1.317 C.c. a los supuestos de deuda propia de uno de los cónyuges, su aplicación implicaría —como creo— no la del art. 1.373 C.c. (ya imposible por la disolución de la sociedad de gananciales) ni la posibilidad de ejercitar la acción rescisoria (impedida por su carácter subsidiario y la aplicación del art. 1.317 C.c.) sino el mantenimiento del sistema de responsabilidad patrimonial, lo cual es una idea cercana a la mantenida por Ragel pero con una clara diferencia: aquí no se entiende que la mitad del valor de los bienes gananciales, sobre la que el acreedor tiene derecho a ejecutar, se traduce en la parte adjudicada al cónyuge deudor en la liquidación. De admitir esta coincidencia —como hace el citado autor— imposibilitaríamos la aplicación del art. 1.317 C.c. y estaríamos abocados a seguir la vía del régimen ordinario del cumplimiento/incumplimiento o de la rescisión.

IV. LA RELACION ENTRE EL ART. 1.317 Y EL ART. 144 RH. LA CUESTION REGISTRAL

El art. 144-1 RH, tras la redacción dada por el Real Decreto de 12 de noviembre de 1982, establece que para que sea anotable en el Registro de la Propiedad embargo de bienes comunes durante la vigencia de la sociedad conyugal incluso cuando uno solo de los cónyuges aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges o que el embargo ha sido notificado al cónyuge no demandado, en el supuesto del párrafo siguiente. El segundo párrafo dice que cuando se persigan bienes comunes, a falta o por insuficiencia de los privativos, por deudas propias de uno solo de los cónyuges, en el supuesto previsto en el artículo 1.373 del Código civil, bastará que haya sido notificado el embargo al cónyuge no deudor.

Se trata, por tanto, de dos normas distintas que contemplan supuestos de hecho diversos:

El párrafo primero se refiere al embargo, constante sociedad conyugal, de bienes comunes por deudas comunes, aunque sólo uno de los

cónyuges aparezca como deudor (vid. art. 1.369; y arts. 1.365; 1.368 y 1.371 C.c.).

El párrafo segundo previene también el embargo de bienes comunes, mas en el supuesto del art. 1.373 C.c., es decir, embargo de bienes comunes por deudas propias de uno sólo de los cónyuges, a falta o por insuficiencia de bienes privativos del cónyuge deudor.

En el primer supuesto la anotación del embargo requiere que la demanda se haya dirigido contra ambos cónyuges, lo cual es lógico pues se trata de bienes comunes y de deudas de la sociedad conyugal. En el segundo supuesto, basta que el embargo se haya notificado al otro cónyuge (es decir, al cónyuge no deudor) porque así, en concordancia con el art. 1.373 C.c., se le facilita el ejercicio de la facultad que le confiere este último precepto: exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal.

Nótese que ambas normas (las del art. 144-1 párrafos primero y segundo RH) están pensadas constante comunidad conyugal (58), aunque de la segunda —en relación con el art. 1.373 C.c.— puede seguirse, si es el caso (59), la disolución de la sociedad de gananciales.

Abstracción hecha de los problemas doctrinales surgidos a la luz de la regulación anterior (tanto al Real Decreto de 1982 cuanto a la reforma del Código civil de 1981), por cuanto aquí interesa la cuestión debe plantearse respecto de la relación entre el art. 1.317 y conc. C.c. y el art. 144-1 RH. Desde esta perspectiva, la relación sólo puede establecerse determinando un concreto supuesto de hecho, es decir, el régimen económico del matrimonio, la naturaleza de la deuda, y la modificación del régimen económico. Ello permite despreciar determinados supuestos como aquellos en que se trate de un régimen de separación o aquellos en que la deuda haya sido contraída por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro o aquellos en que la deuda es propia de uno solo de los cónyuges (éste supuesto lo resuelve el art. 1.373 C.c. en relación con el art. 144-1 párrafo segundo RH), así como los supuestos de sociedad de gananciales no disuelta y los de sociedad conyugal disuelta pero no liquidada.

El supuesto paradigmático sería el siguiente: matrimonio cuyo régimen económico es el de sociedad de gananciales; deuda contraída por un solo cónyuge de la que responden los bienes gananciales (se ex-

(58) Tómese en consideración que el art. 144-1, párrafo primero RH se refiere a los bienes comunes y a la sociedad conyugal, por lo que puede entenderse que no se ciñe exclusivamente a la sociedad de gananciales sino a cualquier régimen de comunidad. No obstante, el párrafo segundo sí se refiere a la sociedad de gananciales.

(59) Es decir, si el cónyuge no deudor exige la sustitución de los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor de la sociedad de gananciales.

cluyen los supuestos en que la deuda sea contraída por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro (60); disolución de la sociedad de gananciales (así se excluyen los supuestos de sociedad de gananciales no disuelta y los de sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada (61)) y adopción del régimen de separación con adjudicación de los bienes inmuebles al cónyuge no deudor. Insuficiencia patrimonial del cónyuge deudor. El acreedor pretende el embargo de los bienes que eran gananciales pero que, tras la disolución y liquidación de la sociedad, se adjudicaron al cónyuge no deudor y aparecen inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad. El Registrador deniega la inscripción del embargo alegando que los bienes no figuran inscritos a nombre del embargado sino de un tercero: el principio de tracto sucesivo (arts. 20 y 40 LH) impide la inscripción del embargo. El acreedor alega la norma del art. 1.317 CC y la del art. 1.401 CC. El art. 144-1 párrafo primero RH exige que la demanda sea dirigida contra ambos cónyuges, pero tal precepto se refiere a la anotación del embargo de bienes comunes de la sociedad conyugal y ahora, aquí, los bienes son privativos y el régimen es el de separación.

Ello podría hacer pensar que, entonces, no es aplicable el art. 144-1 RH, pero esta conclusión la impediría el art. 1.317 CC y, al tratarse de una deuda de la sociedad, también el art. 1.401 CC.

Las cuestiones, pues, parecen ser dos: cómo actúa el art. 1.317 CC en relación con el art. 144-1 RH; y si es realmente necesario que la de-

(60) En el primer supuesto, parece claro que la demanda deberá dirigirse contra los dos cónyuges, pues ambos son deudores y, en opinión de De la Cámara, «tanto si se solicita el embargo de los bienes adjudicados a uno de ellos solamente como si se pretende embargar bienes adjudicados al marido o a la mujer separadamente o en pro indiviso ordinaria», DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., «La sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad», (1986-II), ADC, 516. En el segundo supuesto (deuda contraída por un cónyuge con el consentimiento del otro), entiende el citado autor (*op. ult. cit.*, pp. 516 y 517) que liquidada la sociedad de gananciales parece que el acreedor puede optar entre demandar a los dos cónyuges o solamente a uno de ellos, aunque el demandado no sea quien contrajo la deuda (ex art. 1.401 el cónyuge no deudor responde de las deudas de la sociedad pendientes de pago). No obstante, concluye De la Cámara, «lo que no resulta posible es demandar únicamente al cónyuge deudor y pretender que se embarguen bienes adjudicados al otro cónyuge. En la medida en que ese embargo ecuentra su fundamento en lo dispuesto por el art. 1.401... es necesario demandarle también a él (al cónyuge no deudor titular registral de los bienes) para que pueda anotarse el embargo» (De la Cámara, *op. et loc. ults. cit.*). *Vid.*, también PRESA DE LA CUESTA, A.M., «Breve análisis de las capitulaciones matrimoniales en sus relaciones con el Registro de la Propiedad», (1984), RCDI, 1.232, al señalar que cuando el mandamiento de embargo llega al Registro y hay bienes inscritos a nombre del cónyuge no deudor en virtud de capitulaciones matrimoniales, la actuación registral es sencilla, independientemente de los derechos que al acreedor pudieran corresponderle: «denegar el mandamiento por resultar la finca inscrita a nombre de tercera persona, contra la cual, aunque notificada, no se ha seguido el procedimiento».

(61) Tales supuestos los resuelve directamente (con mejor o peor fortuna, según el jurista que los interprete) el art. 144 RH. No hay, por tanto, cuestión alguna respecto de la relación entre el precepto citado y la norma contenida en el art. 1.317 C.c.

manda se haya dirigido contra ambos cónyuges, como preceptúa el último artículo citado.

Respecto de la primera cuestión, la solución debe hallarse en la relación entre los arts. 1.317 C.c. y 1.401 C.c. En virtud del primero, la modificación del régimen económico no perjudica los derechos ya adquiridos por terceros. En virtud del segundo, mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiera formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial.

Por tanto, los bienes adjudicados al cónyuge no deudor siguen respondiendo de las deudas de la sociedad (y si no se ha formulado inventario, responderá con todos sus bienes). Así debe entenderse, en este caso, la norma del art. 1.317 C.c.: los bienes siguen sujetos al mismo juego de responsabilidad a que estaban sujetos en el momento en que se contrajo la deuda. Ello no significa que la inoponibilidad derivada del art. 1.317 C.c. implique que, frente al acreedor de derecho ya adquirido, los cónyuges están aún bajo un régimen de gananciales. Mantener esta posición sería tanto como mantener una ficción que, además, no se halla en ningún precepto. La norma significa, en relación con el art. 1.401 C.c., lo dicho: los bienes soportan, tras la modificación del régimen económico, la misma responsabilidad que durante el régimen económico modificado y frente a los acreedores con derechos ya adquiridos cuando se produjo la modificación.

Lo anterior nos coloca en posición de responder a la segunda de las cuestiones, pues no se trata tanto de un problema de titularidad cuanto de un problema de responsabilidad. El art. 1.317 C.c., a mi entender, no preserva el carácter ganancial de los bienes (ahora ya adjudicados a uno de los cónyuges) sino la responsabilidad o el ámbito de responsabilidad que deben soportar tales bienes o, si se prefiere, el titular de dichos bienes tras la adjudicación de los mismos. En este sentido, no cabe duda que la norma del art. 1.317 C.c. se halla en íntima relación con la del art. 1.401 C.c. Mas ello no parece legitimar a los acreedores perjudicados para quebrar el principio de tracto sucesivo (art. 20 LH) y el de legitimación (art. 38 LH, en concreto y para el caso, su apartado tercero).

Valen aquí las palabras transcritas de De la Cámara porque el art. 144-1 RH está pensando en el supuesto de bienes comunes constante sociedad de gananciales (aún no disuelta o disuelta pero no liquidada) y no si ésta ha sido ya disuelta y liquidada; y porque, a quien corresponde determinar la masa patrimonial sobre la que hacer efectiva la responsabilidad (y, por tanto, previamente si la deuda es propia de uno de los cónyuges o es ganancial) es a los Tribunales y no a los Registradores.

No resulta posible, pues, como ha dicho De la Cámara, demandar únicamente al cónyuge deudor y pretender que se embarguen bienes

adjudicados al otro cónyuge: es necesario demandar también a éste para poder anotar el embargo (62).

¿Cómo actúa entonces el art. 1.317 C.c.? En el caso que me ocupa, de la misma manera que el art. 1.401 C.c. pero determinando los bienes sobre los que hacer efectiva la traba de embargo y, además, eximiendo a los acreedores de la prueba del fraude: les bastará probar el hecho de que la deuda es de aquellas de las que deben responder directamente o solidariamente los bienes gananciales (arts. 1.362 y ss. C.c.), que los bienes sobre los que se pretende el embargo eran gananciales antes de la modificación del régimen económico conyugal, y que dicha modificación —posterior a la adquisición de sus derechos— les ha perjudicado (63).

Por tanto, el art. 1.317 C.c. (así como el art. 1.401 C.c.) mantiene la responsabilidad de los bienes, no su titularidad ganancial. De esta manera:

- a) El acreedor puede demandar al cónyuge deudor y trabar de embargo los bienes adjudicados a éste. En este caso, no debe demandar al cónyuge no deudor no titular de los bienes que pretende embargar. Ni siquiera se le deberá notificar el embargo (64).
- b) Si pretende trabar de embargo bienes adjudicados al cónyuge no deudor, deberá demandar a ambos cónyuges (y no sólo al cónyuge deudor) porque precisamente lo que permite el art. 1.317 C.c. (y el art. 1.401 C.c.) es embargar determinados bienes (antes gananciales) adjudicados al cónyuge no deudor (lo cual no podría hacer sin normas similares a las citadas), pero no quebrar el principio de tracto sucesivo (65).

(62) DE LA CÁMARA, *op. et loc. cit.* ad nota 42.

(63) Acerca de la anterioridad del derecho («derechos ya adquiridos») y del perjuicio, vid. lo dicho supra.

(64) En sentido similar, pero más matizado DE LA CÁMARA, «La sociedad de gananciales...», *cit.*, p. 517, cuando dice «... no debe exigirse para anotar el embargo que la demanda se dirija también contra el otro cónyuge (el cónyuge no deudor no titular registral); debe bastar la notificación y aún este requisito parece tal vez superfluo».

(65) Por lo demás, esta ha sido la doctrina constante de la Dirección General de los Registros y del Notariado antes de la reforma de 1981: en virtud del principio de tracto sucesivo se denegaba la anotación del embargo por deudas (presuntamente gananciales ex derogado art. 1.408-1 C.c.) contraídas por el marido constante sociedad de gananciales si la demanda se había dirigido sólo contra el cónyuge deudor no titular registral de los bienes ya adjudicados al cónyuge no deudor y no también contra éste. Así, las conocidas RrDGRN de 6 de noviembre de 1981, de 10 de noviembre de 1981 y de 19 de noviembre de 1981. En todas ellas, la DGRN mantiene que la inscripción de la anotación preventiva de embargo sobre bienes que antes de la disolución y liquidación de la sociedad eran gananciales, pero adjudicados al cónyuge no deudor tras la liquidación, debe dirigirse contra los dos cónyuges. Y ello con base en los arts. 20 (principio de tracto sucesivo) y 38 (principio de legitimación) LH.

Con otras palabras, el art. 1.317 C.c. no mantiene la titularidad ganancial del bien o de los bienes adjudicados al cónyuge no deudor, lo cual no sería sino una ficción, sino el régimen de responsabilidad de tales bienes. Por ello, como he dicho, se pueden trabar de embargo dichos bienes, pero demandando también al cónyuge no deudor titular de los bienes, sin necesidad de acudir a la rescisión de las adjudicaciones patrimoniales. En definitiva, el art. 1.317 C.c. (como el art. 1.401 C.c. en sede de sociedad de gananciales) se limita a mantener intacto el régimen de responsabilidad de determinados bienes, no el de su titularidad.

En contra, MAGARIÑOS BLANCO, V., «Cambio de régimen económico...», *cit.*, pp. 59 y ss., y ROJAS MONTES, «Efectos frente a terceros de la modificación de capitulaciones», *AAMN*, XXVI, 1985, p. 327, para quienes debe considerarse que no se produce una ruptura del tracto sucesivo sino un tracto modalizado o un relativo cambio de la titularidad.

La RDGRN de 28 de marzo de 1983 así como las STS de 26 de septiembre de 1986 han mantenido que basta demandar al cónyuge deudor y notificar el embargo al cónyuge no deudor ya la deuda contraída unilateralmente sea propia del cónyuge que la contrajo, ya sea de las que responde la masa ganancial.

Así, afirma la STS referida que la locución del art. 144 del Reglamento Hipotecario, exigiendo la interposición de la demanda contra ambos cónyuges para hacer posible el embargo por deudas a cargo de la sociedad, fue matizada por la DGRN en el sentido de que para la salvaguarda de los derechos de la mujer sobre los inmuebles comunes era suficiente que le fuera notificada la pendencia del proceso contra su consorte y el embargo. Más todavía: la exigencia de la demanda conjunta a ambos cónyuges no guarda armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualesquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la ley establece que uno de los cónyuges, como órgano social, puede obligar los bienes gananciales, hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias, que no es sólo la de poder realizar una prestación, sino también la responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso los gananciales, si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente han contratado con uno sólo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso cuando, aunque se vea afectado, no está obligado ni directamente ni como fiador.

Al comentar la señalada sentencia, CARRASCO PERERA (Comentario a la STS de 26 de septiembre de 1986, CCJC, núm. 12, p. 4041) estima incluso que la no necesidad de demanda conjunta es un principio válido, aunque la finca esté inscrita a nombre de otro cónyuge como presuntivamente ganancial, a pesar todo ello de los principios de los arts. 20 y 40 LH.

A pesar de la importancia de la doctrina transcrita, no entro en su exégesis porque, nótese, se trata de un supuesto distinto al que me ocupa. Tanto en el supuesto contemplado por la sentencia TS cuanto en el de la resolución DGRN el embargo se traba constante sociedad de gananciales. En cambio, en el supuesto que me entretiene, aunque la deuda se contrajo constante sociedad, el embargo se traba una vez disuelta y liquidada la sociedad de gananciales y, por tanto, una vez adjudicados los bienes a los cónyuges. Como he dicho antes, el supuesto escapa de la norma del art. 144-1 RH, al que me refiero sólo *per relationem* con el art. 1.317 C.c.

A) RDGRN de 16 de febrero de 1987 (66)

Hechos: V.L.A. avala determinadas letras de cambio aceptadas por MC S.A. Posteriormente, otorga con su mujer escritura pública de capitulaciones matrimoniales por la que disuelven y liquidan la sociedad de gananciales y adoptan el régimen de separación de bienes. A la esposa se le adjudican determinados bienes inmuebles. Tras el impago de las letras de cambio, el acreedor formula demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra MC S.A. y V.L.A. La sentencia es favorable y se traban de embargo los bienes inmuebles adjudicados a la mujer del avalista e inscritos en el Registro de la Propiedad también a su nombre.

El Registrador de la Propiedad deniega la anotación preventiva de embargo ya que los bienes figuran inscritos a nombre de la mujer de V.L.A. (el avalista) como propios, la cual no ha sido demandada. El Presidente de la Audiencia Territorial de Madrid y la Dirección General de los Registros y del Notariado confirman la decisión del Registrador.

Doctrina: No constando que de la deuda hayan de responder los bienes gananciales, rige el principio establecido en el artículo 1.373 del Código civil. Y si bien este mismo precepto prevé que el acreedor privativo puede pedir el embargo de bienes gananciales concretos, no cabe, para conseguir una vez disuelta la sociedad de gananciales, el embargo directo de un bien ganancial concreto, invocar el principio según el cual «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros» (art. 1.317 del Código civil), pues los acreedores privativos del marido no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, ya que del mismo artículo 1.373 del Código civil se desprende que el embargo haya de recaer sobre bienes gananciales concretos o sobre la parte que al cónyuge deudor corresponda en el conjunto de los bienes gananciales es algo que depende de la voluntad del cónyuge del deudor, y que de existir la disolución de la sociedad de gananciales, el embargo sólo es posible sobre la parte que ostente el cónyuge deudor en la sociedad de gananciales.

Una vez disuelta la sociedad de gananciales, cabe, pues, el embargo de la parte que al marido deudor corresponda en la sociedad de gananciales.

Si la partición está ya consumada, lo único que les queda a los acreedores es la impugnación en los términos que la Ley prevé (cfr. art. 403 del Código civil). Si del Registro resulta que la sociedad de gananciales no sólo está disuelta, sino que el patrimonio común está liquida-

(66) RDGRN de 16 de febrero de 1987, en CCJC, núm. 14, p. 4533, con comentario de L. F. Ragel Sánchez.

do y partido, los acreedores privativos de un cónyuge sólo pueden embargar los bienes que integren el lote o porción material que a ese cónyuge haya correspondido en la partición (a salvo las posibles acciones de impugnación de la partición que, en su día, podrá provocar anotación preventiva de demanda).

La importancia de la Resolución radica, fundamentalmente, en la novedad del supuesto: hasta ese momento, como señaló oportunamente Rangel Sánchez (67), no se había planteado la aplicación de la legislación hoy vigente al supuesto específico. Aunque la DGRN ya había aplicado la normativa introducida por la Ley de 13 de mayo de 1981, todavía no se había pronunciado sobre un supuesto como el que me ocupa.

Por contra, el supuesto (y la doctrina de la DGRN) pierde importancia para este trabajo concreto puesto que no se ajusta al tema aquí estudiado: la relación entre el art. 1.317 C.c. y el art. 144-1 RH. Efectivamente, al determinar el carácter propio de la deuda contraída por el cónyuge al avalar determinadas letras de cambio, el problema se centra en la relación (invocada por el acreedor) entre el art. 1.317 C.c. y el art. 1.373 C.c., es decir, si disuelta y liquidada la sociedad de gananciales, los acreedores de uno de los cónyuges por deudas propias de éste pueden trabar de embargo los bienes que con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad y en el momento de contraerse la deuda, eran gananciales. Para ello, se invoca el art. 1.317 C.c. en relación con el art. 1.373 C.c. La doctrina de la DGRN es clara: no cabe tal invocación pues los acreedores privativos del cónyuge deudor no tienen el derecho adquirido a embargar bienes gananciales concretos, como deriva del último de los preceptos indicados (68). En el mismo sentido se manifiesta la RDGRN de 29 de mayo de 1987, la cual, no obstante, apunta que las posibilidades del acreedor sobre los bienes que fueran gananciales —aunque ya adjudicados al cónyuge no deudor (y, por tanto, ya propios de éste) tras la liquidación de la sociedad de gananciales— serían mayores si la deuda fuera de las que debe responder la masa ganancial.

(67) RANGEL SÁNCHEZ, *Comentario...*, cit., p. 4536.

(68) Otras cuestiones plantea igualmente la RDGRN que ahora comento. V. gr., la aplicabilidad del art. 1.317 C.c. a supuestos diversos de la modificación del régimen de sociedad de gananciales por un régimen de separación de bienes (a lo cual contesta negativamente tanto en la presente resolución cuanto en otras posteriores como las Rr. de 29 de mayo de 1987, de 28 de octubre de 1987 y de 6 de noviembre de 1987, entre otras); la posibilidad de que sea el Registrador y no los Tribunales quien determine el carácter propio o ganancial de la deuda cuya efectividad se pretende precisamente mediante el embargo, etc. A tales cuestiones ya me he referido con anterioridad y no parece conveniente reiterarlas ahora. Como fuere, me remito a lo dicho antes así como a la monografía de RANGEL SÁNCHEZ, L. F., *Ejecución sobre bienes gananciales...*, cit., y a su comentario a la Resolución DGRN de 16 de febrero de 1987, también citada.

Nada dice, pues, acerca del supuesto de que la deuda fuera de aquellas de las que debe responder la masa ganancial. En tal caso, como ya he mantenido, sí podrá invocarse la norma del art. 1.317 C.c. y trabar de embargo los bienes que fueran gananciales aunque ahora aparezcan como propios del cónyuge no deudor. Aquí, el problema sería de índole formal: ¿debe demandarse también al cónyuge no deudor titular registral de los bienes que se pretenden embargar? La respuesta a esta cuestión, como ya he señalado, debe ser afirmativa, lo cual no deriva tanto del art. 144-1 RH (por las razones ya expuestas: se refiere al embargo de bienes comunes constante sociedad) cuanto de los citados arts. 1.317 y 1.401 C.c. en relación con los principios registrales de tracto sucesivo y de legitimación (arts. 20 y 38 LH, respectivamente). Mas para ello deberá constar el carácter ganancial de la deuda así como la prueba de la verificación de supuesto de hecho del art. 1.317 C.c.

El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al art. 1.369 C.c.

JOSÉ FERNÁNDEZ VILLA

A Gema: por su sacrificio

SUMARIO: I. Introducción: deuda y responsabilidad del patrimonio ganancial.— II. Inclusión del pasivo definitivo en el pasivo provisional. A) El art. 1.365 Cc. y la deuda de la sociedad. B) El art. 1.366 Cc. y la deuda de la sociedad. C) El art. 1.368 Cc. y la deuda de la sociedad: «la potestad doméstica extraordinaria». D) El art. 1.367 Cc.: irrelevancia de la deuda de la sociedad. E) Los arts. 1.371 y 1.372 Cc. y la deuda de la sociedad: la responsabilidad exclusiva de los bienes propios del deudor.—III. Responsabilidad de los gananciales por las deudas de la sociedad: los arts. 1.369 y 1.362 Cc.—IV. El art. 1.370 Cc.: la deuda por el precio aplazado como deuda de la sociedad.—V. Esquema del ámbito de los patrimonios responsables por deudas de los cónyuges.—VI. Irresponsabilidad de los bienes propios del cónyuge del deudor por las deudas de la sociedad.— VII. Discurso sobre los Proyectos de 4 de octubre de 1978 y 14 de septiembre de 1979.—VIII. Prueba de la condición ganancial o privativa de la deuda: el principio de ganancialidad pasiva.—XI. Conclusiones.

I. INTRODUCCION: DEUDA Y RESPONSABILIDAD DEL PATRIMONIO GANANCIAL

Cumplido un decenio de la modificación del Código civil en materia de régimen económico del matrimonio dentro de la genérica reforma del Derecho de familia, tan necesaria tras la promulgación de nuestra actual Constitución, son numerosos los trabajos doctrinales alumbrados sobre los distintos aspectos que encierra la reforma, algunos de grandes maestros que ya nos han abandonado y que incluso hicieron posible la actual reforma, otros de nóveles juristas a quienes hemos de agradecer que hayan dedicado sus comienzos a la investiga-

ción de tan ardua materia, y todos, en general, de quienes han hecho de su intelecto un instrumento de trabajo al servicio de quienes cotidianamente se dedican a aplicar el Derecho (*).

No obstante, al igual que numerosos preceptos, normas e instituciones que comprende nuestro Código, inalterados desde su publicación en el siglo pasado, no han salido de la penumbra que los envuelve a pesar de la dedicación de la doctrina de ayer y de la de hoy por iluminar posibles soluciones, la aún reciente reforma del régimen económico del matrimonio encierra todavía numerosos puntos oscuros a pesar del esfuerzo de los autores. Precisamente por ello inicie la investigación del tema que titula este trabajo, con la intención de ofrecer nuevas bases a quienes han insinuado algunas de las conclusiones a las que llego, y a quienes, en general, con más experiencia que yo se dedican a esta lid de la investigación. Para ello me introduzco en un tema ya añejo, la deuda y la responsabilidad.

La deuda significa tan sólo el deber del sujeto obligado de realizar el comportamiento previsto, de cumplir la prestación; la responsabilidad significa la necesidad y posibilidad jurídicas de imputar un acto y sus consecuencias a su autor. Cuando este deber lleva el calificativo de jurídico, esta juridicidad no supone una coacción que anule por completo la libertad del sujeto obligado, pero al tiempo que éste puede no cumplir, esa misma juridicidad de la deuda reclama que el incumplimiento no quede sin sanción, sanción que dado el carácter privado de la relación entre deudor y acreedor y la absoluta correlación entre derecho y deber, tiene que consistir en la satisfacción del interés del acreedor a costa del deudor. Y esta satisfacción puede obtenerse mediante la ejecución forzosa del deber del sujeto obligado (lo que la doctrina denomina «ejecución forzosa en forma específica»; arts. 1.096, 1.098 y 1.099 Cc.), siempre que ello no atente contra su personalidad; o, cuando ello no fuere posible, mediante la ejecución forzosa en el equivalente del deber del sujeto obligado, es decir, mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que el incumplimiento del deudor ocasiona al acreedor (el «*id quod interest*»; arts. 1.101 y ss. Cc.).

(*) Quiero agradecer la publicación de este trabajo al Prof. Dr. Don Luis-Humberto Clavería Gosálbez, no sólo porque haya hecho posible que vea la luz, sino también porque es a él a quien debo su elaboración. En puertas de un examen de Derecho de Familia, tuvo a bien examinar unas notas mías sobre el pasivo de la sociedad de gananciales que diferían abiertamente de lo que habían sido sus explicaciones. Aun no compartiéndolas, me aconsejó que profundizará sobre el tema, facilitándome incluso algunas obras que tenía en su poder, y que le presentara mis conclusiones. Obtenidas éstas, volvió a examinarlas detenidamente, y aunque no las compartía, me ofreció la posibilidad de elaborar el presente artículo, aun en contra de sus propias convicciones y de las de su discípulo, Luis Felipe Ragel Sánchez.

También querría agradecer la colaboración prestada a mis compañeros de Licenciatura, algunos de ellos hoy abogados con un prestigio en ciernes, Juan Antonio López Pizarro, Isabel María Velázquez Cardellat, Cesáreo José Hernández Cepeda, Marceliano Pajuelo Delgado y Juan Manuel Góngora Muñozerro.

A su vez, la juridicidad del vínculo obligacional lleva inherente otra consecuencia: la necesidad de que la sanción sea efectiva, de que independientemente de cual sea la voluntad del deudor, el acreedor pueda ver satisfecho su interés. Y esta efectividad se traduce en nuestro Ordenamiento en la posibilidad de que el deudor pierda ciertos bienes de entre los que componen su patrimonio con los que satisfacer ese interés del acreedor. Es con esta intención de afectar bienes en garantía con la que el art. 1.911 C.c. dice que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros» (1).

Cuando el deudor está casado y el régimen económico de su patrimonio es la sociedad de gananciales, esos bienes afectos en garantía, esos bienes presentes y futuros de los que habla el art.1.911 son tanto los que por aplicación de las normas que rigen su régimen económico matrimonial tienen la consideración de privativos, como los que por aplicación de esas mismas normas se califican de gananciales. Y en esta afectación de los bienes que tienen la consideración de gananciales en garantía del cumplimiento de las obligaciones del deudor casado es en lo que consiste lo que tradicionalmente se viene denominando «responsabilidad de la sociedad de gananciales».

Pero sucede que el patrimonio ganancial se halla gravado con una serie de posibles gastos que la ley le ha atribuido especialmente: aquéllos que fundamentan precisamente la necesidad de la existencia de un régimen económico del matrimonio (en general, todos los gastos que origina la vida en común de dos personas que el matrimonio instaura, incluyendo los gastos de alimentación y educación de los hijos que pudieren haber), y aquéllos otros que el legislador ha considerado oportuno en consideración al objeto sobre el que versa la comunidad en que la sociedad de gananciales consiste (los derivados de la actividad, profesión u oficio de cada cónyuge, de la ordenada administración de sus bienes privativos, los de adquisición, tenencia y disfrute de los bienes gananciales). Y en esta especial afectación de los bienes gananciales para la contribución a los gastos citados es en lo que consiste lo que tradicionalmente se viene denominando «deuda de la sociedad de gananciales».

Conceptualmente sería posible que estas «deudas de la sociedad» sólo pudieran hacerse efectivas sobre los bienes gananciales, pero en nuestro actual Derecho positivo también garantizan el cumplimiento de las mismas al menos los bienes privativos de uno o de ambos cónyuges, porque la sociedad de gananciales carece de personalidad jurí-

(1) Para una panorámica general de los problemas que presenta los conceptos de deuda y responsabilidad me he servido del sintético pero no menos brillante análisis de SANCHO REBULLIDA en el t. II, vol. 1.º de los *Elementos de Derecho civil de LA-CRUZ BERDEJO*: «Derecho de obligaciones: parte general; delito y cuasidelito» Barcelona 1985; pp. 19 y ss. Vid. también DíEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t. I, Madrid, 1986; pp. 341 y ss.

dica: los cónyuges no actúan para la sociedad de gananciales realizando actos que comprometen en garantía los bienes gananciales, sino que actúan para sí, vinculando el patrimonio ganancial en cuanto titulares del mismo. Hay así, como suele decirse, sólo dos eventuales deudores, pero tres patrimonios garantes (2).

Y puesto que toda deuda contraída por un cónyuge puede hacerse efectiva, en principio, sobre los bienes gananciales; y puesto que los gastos que están a cargo del patrimonio ganancial pueden sufragarse, en un primer momento, con los bienes privativos de uno de los cónyuges, posteriormente habrá que hacer un ajuste de cuentas entre los tres patrimonios para que el ganancial efectivamente soporte sus deudas y los privativos de los cónyuges las que no son de la sociedad.

En esta misma línea, la generalidad de la doctrina distingue entre el *pasivo provisional* (o responsabilidad en sentido estricto, *erga omnes, prima facie* o inmediata) y el *pasivo definitivo* (o responsabilidad *inter partes*, contribución a la deuda). Con la primera expresión hacen referencia a la situación producida cuando aún no se ha pagado la deuda contraída por uno o ambos cónyuges y hay que elucidar qué patrimonio, de los tres que pueden garantizar su cumplimiento, podrá agredir el acreedor en caso de ejecución forzosa, si el patrimonio ganancial o cualesquiera de los patrimonios privativos de los cónyuges, de modo que si sólo pudiese agredir el patrimonio ganancial, estaríamos ante una deuda de *pasivo provisional del patrimonio ganancial*; si, por contra, sólo pudiese hacerlo sobre los bienes privativos del cónyuge deudor, estaríamos ante una deuda de *pasivo provisional del patrimonio privativo del cónyuge deudor*. Con la segunda expresión hacen referencia a la situación producida una vez que se ha cumplido la obligación, voluntaria o forzosamente, y hay que dilucidar qué patrimonio ha de soportar, con carácter definitivo, el desembolso efectuado, de forma que si este patrimonio fuese el ganancial, estaríamos ante una deuda de *pasivo definitivo del patrimonio consorcial*, y si lo fuese el patrimonio privativo de uno o de ambos cónyuges, estaríamos ante una deuda de *pasivo definitivo del patrimonio privativo*. A la primera cuestión estimo que responden los arts. 1.365, 1.366, 1.367, 1.368, 1.369, 1.370, 1.371 y 1.373 Cc.; a la segunda, los arts. 1.362, 1.363, 1.364, 1.366, 1.371 y 1.373 también del C.c.

Por otra parte, también distinguen los autores, dentro del pasivo provisional, entre deudas consorciales y deudas privativas. Son *deudas consorciales* o *gananciales*, según Ragel, «las que dan lugar a la responsabilidad directa de los bienes gananciales, enumeradas en los arts. 1.365 a 1.368» (3). Las *deudas propias* o *privativas*, según este mis-

(2) Cf. LACRUZ BERDEJO, «Derecho de Familia», t. IV de sus *Elementos de Derecho civil*; Barcelona, 1984; p. 421.

(3) RAGEL SÁNCHEZ, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987; p. 30.

mo autor, «son aquéllas que han sido contraídas por un solo cónyuge, de las que no responde directamente con el patrimonio ganancial» (4); es decir, todas aquellas deudas contraídas por un cónyuge que no puedan subsumirse en los arts. 1.365 a 1.368, aunque sean deudas de pasivo definitivo del patrimonio ganancial. A ellas hace referencia el art. 1.373 Cc.

Entiende también la generalidad de la doctrina que el ámbito del pasivo provisional de la sociedad de gananciales, que estaría formado por lo que RAGEL denomina *deudas consorciales o gananciales*, no coincide exactamente con el ámbito de su pasivo definitivo, pues puede haber deudas consorciales que, sin embargo, en las relaciones internas entre los cónyuges no van a quedar a cargo del patrimonio ganancial (5), expresión con la que se alude al pasivo definitivo de la sociedad. Así, por ejemplo, sería el caso de una deuda contraída en las circunstancias que expresa el art. 1.367 Cc. pero que no es subsumible en alguno de los apartados del art. 1.362 Cc. (6). Y puede suceder, según consideran algunos autores, que pueda haber deudas de cargo del patrimonio ganancial de las que, sin embargo, éste no responde directamente frente a quienes sean sus acreedores; es decir, no serían deudas de pasivo provisional del patrimonio consorcial, sino deudas de pasivo provisional del patrimonio privativo del cónyuge que las contrajo, aunque sean deudas de pasivo definitivo del patrimonio ganancial. En tales supuestos, llegado el caso de cumplimiento forzoso de la obligación, se ejecutarán tan sólo los bienes privativos del cónyuge deudor, naciendo en el patrimonio de éste un crédito frente a la sociedad por el importe de los bienes ejecutados, que se corresponde con la simultánea deuda que comienza a gravar el patrimonio ganancial, todo ello por tratarse de una deuda de pasivo definitivo de la sociedad (art. 1.364 Cc.) (7).

(4) RAGEL SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 31.

(5) Cf. RAGEL SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 33; LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 422; DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, coordinados por ALBALADEJO; t. XVIII, vol. 2.º, Madrid, 1984, p. 257; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, t. IV: «Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones», Madrid, 1989, p. 185; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. IV: «Familia. Matrimonio. Divorcio. Filiación. Patria potestad. Tutela», Barcelona, 1985, p. 149.

(6) Además, tampoco coinciden totalmente los arts. 1.362 y 1.365 Cc. El concepto de «cargas del matrimonio» del primer inciso del primer apartado del art. 1.362 es más amplio que el concepto de «potestad doméstica» del primer apartado del art. 1.365. Por su parte, mientras el art. 1.362.2 se refiere a «la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes gananciales», el art. 1.365.1 alude a la «gestión y disposición» de tales bienes, que son conceptos más restringidos; el de «explotación regular de los negocios» del apartado cuarto del art. 1.362 es también más restringido que el de «ejercicio del comercio» del inciso final del art. 1.365; y mientras el art. 1.362.4 habla de «desempeño de la profesión, arte u oficio», el art. 1.365.2 se refiere al ejercicio ordinario de los mismos. Tan sólo coinciden, en una primera impresión, la «administración ordinaria de los bienes privativos» de los arts. 1.362.3 y 1.365.2 Cf. RAGEL SÁNCHEZ, *Ob. cit.*, p. 33, nota 78.

(7) Esta parece ser la idea que late en algunos pasajes del «Derecho de Familia» de LACRUZ, concretamente en las pp. 436 y 437. Más decididamente lo entiende RAGEL, *ob. cit.*, pp. 33-34 y 37-38.

Podemos inducir, de la opinión de estos autores (8), que el esquema del ámbito de los bienes del matrimonio afectos al cumplimiento de las obligaciones contraídas por uno o ambos cónyuges (pasivo provisional conjunto de los tres patrimonios) sería el siguiente:

- a) deudas de las que responden solidariamente el patrimonio conсорcial y los patrimonios privativos de ambos cónyuges: son las deudas del art. 1.367 Cc. cuando han sido contraídas por los dos cónyuges conjuntamente (9).
- b) deudas de las que responden solidariamente el patrimonio conсорcial y el patrimonio privativo del cónyuge que las contrajo y, subsidiariamente, el patrimonio privativo del cónyuge del deudor: son las deudas contraídas por un cónyuge en ejercicio de la potestad doméstica (arts. 1.365.1 y 1.319 Cc.).
- c) deudas de las que responden solidariamente el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo del cónyuge que las contrajo: son las deudas del art. 1.367 C.c. cuando han sido contraídas por un solo cónyuge contando con el consentimiento expreso de su consorte, y las deudas de los arts. 1.365, 1.366 y 1.368 C.c.
- d) deudas de las que responden un concreto bien ganancial junto con el patrimonio privativo del cónyuge que las contrajo y, subsidiariamente, los restantes bienes gananciales, o el haber del cónyuge deudor en la sociedad: son las deudas del art. 1.370 C.c.
- e) deudas de las que responden el patrimonio privativo del cónyuge que las contrajo y, subsidiariamente, el patrimonio ganancial o el haber del cónyuge deudor en el mismo: son las deudas del art. 1.373 C.c., en las que se incluyen las deudas de juego del art. 1.372 C.c.

II. INCLUSION DEL PASIVO DEFINITIVO EN EL PASIVO PROVISIONAL

Lo primero que puede extrañar en este esquema es el hecho de que determinados acreedores, los que lo sean por deudas de pasivo definitivo de la sociedad (esencialmente las del art. 1.362 Cc.) pero que no son deudas de pasivo provisional del patrimonio ganancial (e-

(8) El esquema que se expone en el texto se ha inducido especialmente de las obras citadas de LACRUZ BERDEJO y RAGEL SÁNCHEZ, principalmente la de este último, pues de Lacruz, como más adelante se verá, se extraen también algunas reservas.

(9) Esta conclusión, sin embargo, no es compartida por Lacruz, quien entiende que «cuando la deuda se ha contraído conjuntamente por ambos cónyuges (caso de los arts. 1.367 y 1.363), responde cada uno por mitad, juntamente ambos con la masa ganancial, que responde por el todo». Vid. «Derecho de Familia» *cit.*, p. 432.

sencialmente las comprendidas en los arts. 1.365, 1.366 y 1.368 Cc.), no contarán con la garantía del patrimonio ganancial en el supuesto de que el cónyuge deudor no cumpla su obligación, sino que deberán acudir a la vía indirecta del art. 1.373 Cc. Resulta difícil comprender por qué si las deudas en uno y otro caso van a ser definitivamente a cargo de la sociedad (las del art. 1.365 porque en su mayor parte están comprendidas en la enumeración del art. 1.362, y las de los arts. 1.366 y 1.368 porque expresamente así lo indican), no sólo cuando se disuelva y liquide el régimen económico —momento en el que despliegan todos sus efectos las normas sobre pasivo definitivo— sino incluso en plena vigencia del mismo (salvo en el supuesto del segundo inciso del art. 1.362.1), se concede a algunos acreedores el privilegio de poder agredir, en caso de incumplimiento, directamente los bienes gananciales, mientras otros acreedores, para obtener la garantía del patrimonio ganancial, deben acudir a la vía indirecta del art. 1373 Cc. o verse forzados a exigir que ambos cónyuges contraten conjuntamente o que el cónyuge no contratante preste su consentimiento expreso a la actuación realizada o que va a realizar su consorte, con el fin de conseguir el amparo del art. 1.367, con los inconvenientes que ello conlleva para el normal funcionamiento del tráfico jurídico.

Frente a ello se puede argüir que el legislador ha pretendido, por respeto a las exigencias del tráfico —principalmente protección del crédito—, gravar el patrimonio ganancial frente a terceros con deudas que pueden no ser definitivamente a cargo de la comunidad. Quizás ello sea así en aquellos supuestos en los que el pasivo provisional del patrimonio consorcial excede de su pasivo definitivo, como sucedía con el anterior art. 1.408.1 Cc., que refiriéndose a las deudas garantizadas con los bienes gananciales incluía en éstas todas las que definitivamente iban a quedar a cargo de la comunidad (10). Pero no se comprende en qué lugar queda el respeto a esas exigencias y la pretendida protección del crédito cuando se pretende concluir que el conjunto de aquellas deudas garantizadas con los bienes gananciales incluye sólo algunas de las que conforman el pasivo definitivo del patrimonio consorcial.

En respuesta a este interrogante argumenta Ragel que el pasivo provisional del patrimonio ganancial «no se relaciona con el activo, sino con la administración de tal activo: si un cónyuge está legitimado para administrar los bienes gananciales, resulta lógico que las actuaciones realizadas dentro de la esfera para la que está habilitado originen que responda directamente con el caudal común. En la redacción primitiva de nuestro Cc., el marido era el administrador de la sociedad

(10) Cf. LACRUZ BERDEJO, *El matrimonio y su economía*, Barcelona 1963, pp. 515-516, para quien el apartado primero del art. 1.408 «establece una norma general de responsabilidad *erga omnes* de todos los bienes comunes por deudas del marido, pero nada dice la responsabilidad *inter partes*. De esto se ocupan los restantes apartados, que, de lo contrario, serían redundantes».

de gananciales (art. 1.412 Cc.) y, en consecuencia, las deudas contraídas por él vinculaban directamente el patrimonio ganancial (art. 1.408.1 Cc.). En la actual redacción, la administración de los bienes gananciales corresponde, como regla general, al marido y a la mujer, con carácter conjunto (art. 1.375) y, por tal motivo, las deudas contraídas por ambos cónyuges determinan la responsabilidad directa de éstos con los bienes de la comunidad (art. 1.367): en tales casos, el acreedor se verá beneficiado por la presunción de ganancialidad pasiva —semejante a la del derogado art. 1.408.1— y no tendrá que demostrar que la actuación de los cónyuges está incluida en algunos de los supuestos contemplados en los arts. 1.365, 1.366 ó 1.368 Cc.».

Por el contrario, continúa el autor citado, «cuando la ley legitima a uno solo de los cónyuges para realizar válidas actuaciones, establece la garantía del patrimonio ganancial a consecuencia de tales actuaciones (art. 1.365 Cc.)», pero, a diferencia de lo que ha denominado «presunción de ganancialidad pasiva», en tales supuestos estima que «el acreedor deberá probar que la actuación individual del cónyuge deudor está respaldada por un precepto legal, que determina la validez de tal actuación y provoca la responsabilidad directa de los bienes gananciales». Así pues, para Ragel «un cónyuge responde con los bienes gananciales cuando lleva a cabo actos de administración para los que está legitimado», de modo que cuando «actúe en esferas distintas de aquéllas para las que no está especialmente legitimado, «no responderá directamente con los bienes gananciales» (11).

En parecidos términos se expresaba Lacruz cuando, refiriéndose a los gastos de adquisición de bienes gananciales como deuda de pasivo definitivo del patrimonio consorcial, señalaba que «el art. 1.362 no vale para hacer a la sociedad inmediatamente responsable del pago del precio porque se refiere principalmente a la responsabilidad *inter partes* o definitiva y no a la *erga omnes* o provisional, y el art. 1.365 habla de disposición, pero no de adquisición» (12). No obstante, en un pasaje anterior, al tratar el tema de la responsabilidad *prima facie* o provisional, el propio Lacruz expresaba que «en principio, responden los bienes gananciales —y, por lo tanto, los acreedores pueden exigir el pago de sus créditos con cargo a cualesquiera objetos de esa condición— cuando la deuda ha sido contraída por ambos cónyuges o cuando el crédito constituye una deuda común, es decir, *una que por su naturaleza es carga de la sociedad*». A lo que añadía, al contraponer los arts. 1.362, en cuanto regulador de las cargas de la comunidad, y el art. 1.365, en cuanto regulador de la responsabilidad *erga omnes* con los bienes comunes, y tras señalar que hay entre ambos preceptos notables semejanzas aunque no identidad, que «todavía cabe pensar que una vez

(11) RAGEL, *ob. cit.*, pp. 35-36. Ha de entenderse también cuando se trate de la administración ordinaria de los bienes propios o del ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio (art. 1.365.2 Cc.).

(12) LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 436.

demostrado que una deuda debe ser carga de los bienes comunes (art. 1.362), podrá hacerse ésta efectiva sobre dichos bienes desde el primer momento, aunque no se halle incluida en los supuestos del art. 1.365, para evitar un rodeo innecesario» (13).

Pero si la argumentación de Ragel podía llegar a comprenderse, no resulta ya tan fácil a la luz del art. 1.369 Cc. El precepto dispone que «de las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta». Al respecto Lacruz entendía que según este precepto «el cónyuge que contrae la deuda común (14) es siempre responsable, sin perjuicio de que respondan asimismo los bienes consorciales: dice el art. 1.369 que solidariamente, con cierta impropiedad, porque no hay aquí dos deudores personales, sino uno solo, respondiendo también de la deuda un patrimonio en parte ajeno» (15).

Para Torralba este artículo «más que establecer la responsabilidad de los gananciales, que ya resulta de otros preceptos (arts. 1.365, 1.366, 1.367, etc.), lo que pretende es dejar claro que de tales deudas responden sin duda los bienes privativos, ya que esto no se dice en ninguno de los otros preceptos, pero queda claramente de manifiesto en el art. 1.369 al decir «responderán, también, solidariamente los bienes de ésta», es decir, responderán los bienes privativos y gananciales indistintamente» (16).

Con esta idea se expresa igualmente Ragel, para quien el art. 1.369 «pretende expresar que toda deuda consorcial es, además, una deuda personal del cónyuge que la contrae; en consecuencia, el deudor responde de la misma con su patrimonio privativo (art. 1.911 C.c.) y con el patrimonio ganancial (arts. 1.365 a 1.368). El artículo 1.369 viene a añadir que se suman los bienes que sirven de garantía» (17).

Por mi parte estimo que no es intención del art. 1.369 establecer la responsabilidad de los bienes privativos del cónyuge deudor por las deudas que enumeran los arts. 1.365 a 1.368, pues la responsabilidad de aquéllos por éstas la da por supuesta, en correcta aplicación del art. 1.911 Cc. Además, el art. 1.369 fija como supuesto de hecho la deuda contraída por un cónyuge que, además de ser deuda propia —y lo son absolutamente todas las que contraiga—, es deuda de la sociedad. Es éste el verdadero supuesto de hecho de la norma, las deudas de la so-

(13) *Ibidem*, pp. 422 y 437.

(14) Para Lacruz, deuda común es la que, siguiendo a Ragel, he denominado «consorcial» o «ganancial».

(15) LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 439.

(16) TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. 2.º, Madrid 1984, pp. 1582 y ss.; en concreto, p. 1717.

(17) RAGEL, *ob. cit.*, pág. 153. En idéntico sentido ABELLÓ MARGALEF, *Notas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales*, en *Revista de Derecho Privado* 1982, pp. 803 y ss.; en concreto, p. 810; y GIMÉNEZ DUART, *Cargas y obligaciones del matrimonio*, en *Revista de Derecho Privado* 1982, pp. 542 y ss.; en concreto, p. 545.

ciudad, no las deudas de un cónyuge, de modo que quedan excluidos de él todas aquellas deudas que contraiga un cónyuge que, aunque sean deudas propias, no lo sean, sin embargo, de la sociedad. Por ello la consecuencia jurídica del precepto no es afectar en garantía los bienes del cónyuge deudor, sino los bienes de la sociedad por unas deudas que son precisamente de la sociedad, y esa afección se fija en grado de «solidaridad» con la que ya pesa sobre los bienes propios del cónyuge deudor, derivada del art. 1.911 C.c., como implícitamente se deduce del adverbio «también». Ahora bien, ¿cuáles son esas deudas de un cónyuge, de las que responde con su patrimonio privativo, y que, a su vez son deudas de la sociedad, de las que ésta, precisamente por ello, responde indistintamente con el patrimonio privativo del cónyuge deudor?

Sabemos que deuda de un cónyuge es toda aquella que ha sido contraída por él personalmente, de cuyo cumplimiento es responsable por aplicación del principio general del art. 1.911 C.c., y sabemos que la sociedad responde del cumplimiento de aquellas deudas contraídas por un cónyuge en los supuestos de los arts. 1.365 a 1.368. Pero qué sea deuda de la sociedad es un concepto que está todavía por definir, pues no está claro que esas deudas de la sociedad sean todas aquellas a cuyo cumplimiento están afectos, en garantía, los bienes gananciales (las de los arts. 1.365 a 1.368, principalmente), que precisamente sí son deudas del cónyuge que las contrae, y a las que se les aplica el principio general del art. 1.911 C.c., pero que por el hecho de que de su cumplimiento responda el cónyuge deudor también con los bienes gananciales no podemos concluir que por ello sean deudas de la sociedad.

El art. 1.369 C.c. recoge, en su supuesto de hecho, una deuda que se caracteriza por cuatro notas:

- a) que sea deuda de un cónyuge, y sabemos que ésta es la contraída por él, salvo cuando actúa en nombre y por cuenta de otra persona, aun su consorte;
- b) que del cumplimiento de la misma responda el cónyuge deudor con sus bienes propios, es decir, que sea una deuda que no esté excluida del supuesto de hecho del art. 1.911 C.c.;
- c) que, aunque se califique de deuda del cónyuge que la contrajo, sea también considerada deuda de la sociedad de gananciales;
- d) que del cumplimiento de la misma responda el cónyuge deudor, además de con sus bienes propios, con los bienes gananciales, no por que se trate de aquellas deudas de un cónyuge respecto de las cuales la Ley concede a sus acreedores la posibilidad de agredir, en caso de cumplimiento forzoso, los bienes gananciales, esto es, no porque sea una deuda de pasivo provisional del patrimonio ganancial, sino precisamente por la nota anterior, esto es, por tratarse de una deuda de la sociedad.

Es en esta última nota en la que va a incidir el ulterior desarrollo de este trabajo, hasta llegar a un concepto de *deuda de la sociedad*, en el que se comprenderán, o bien todas aquellas deudas que los comentaristas de la re-

forma vienen considerando de pasivo provisional del patrimonio ganancial (esencialmente las deudas recogidas en los arts. 1.365 a 1.368 Cc.), o bien, además o al margen de las anteriores, otras deudas que hasta el momento no se calificaban como deudas de pasivo provisional de la sociedad. Para ello comenzaremos por indagar qué entienden algunos autores por el concepto de «deudas de la sociedad» que recoge el art. 1.369 Cc.

Para Blanquer, una deuda de un cónyuge que sea, además, deuda de la sociedad es aquella contraída unipersonalmente por él mismo «en la esfera de actividad en la que, según el régimen de la sociedad de gananciales, puede administrar los bienes comunes, o disponer de ellos, o contraer obligaciones vinculándolos» (18). No obstante, cuando se cumplen los requisitos señalados por este autor (que la deuda la contraiga el cónyuge en el ámbito de legitimación que le está reservado) objeta Torralba que «surge ya la responsabilidad de la sociedad de gananciales en virtud de otros preceptos», ya que son deudas contraídas por un cónyuge con responsabilidad de los gananciales las referidas en los arts. 1.365, 1.366, 1.367 y 1.368 C.c. (19). Analicemos cada uno de

(18) BLANQUER UBEROS, *La idea de comunidad en la sociedad de gananciales. Alcance, modalidades y excepciones*, en *Anales Academia Matritense del Notariado*, t. XXV, 1.982, pp. 43 y ss.; en concreto, pp. 125-126.

Opiniones singulares son las que mantienen VÁZQUEZ IRUZUBIETA y MARTÍNEZ CALCERRADA. Para el primero (*Régimen económico del matrimonio*, Madrid 1982, p. 278), las deudas a las que se refiere el art. 1.369 Cc. son deudas personales del cónyuge con cargo a su patrimonio privativo, pues si no fuese así «esta disposición sobraría en el código». Pero de la expresión «además» deduce que «trátanse de obligaciones de dos patrimonios en igual o distinta proporción, como contrapartida de lo que dispone el art. 1.354 Cc. para las adquisiciones de patrimonios mixtos», concluyendo, en consecuencia, que «la disposición del art. 1.369 se refiere a deudas de patrimonio mixto». Por su parte, MARTÍNEZ CALCERRADA (*El nuevo Derecho de Familia*, t. II: «Régimen sobre filiación y sociedad de gananciales»; Madrid 1981, p. 234) cita como ejemplo de deuda que cabe en el art. 1.369 una «obligación de tipo hipotecario que gravase un inmueble privativo del cónyuge actuante, para garantizar el pago de un préstamo de numerario recibido con el importe de las cosechas producidas por el fundo: al gravar el préstamo hipotecario el inmueble privativo es obligación del cónyuge, pero al tenerse que amortizar con la venta periódica de las cosechas, que son propiedad de la sociedad, también es deuda social, por lo que, en consecuencia, se establece una responsabilidad solidaria de los bienes de ésta»; y alude también al supuesto del art. 1.354.

(19) TORRALBA, *ob. cit.*, p. 1716. Para M. Angel y J. María RUEDA PÉREZ (*Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Cc. de 13 de mayo de 1981*, en *Revista de Derecho Privado* 1982, pp. 556 y ss.; en concreto, pp. 592-593) el art. 1.369 hace referencia a la esfera externa (lo que he denominado pasivo provisional), aludiendo, en concreto, al supuesto de una deuda que es propia o privativa por haber sido contraída por uno de los cónyuges sin la concurrencia del otro, y ganancial, por ser una de las enumeradas en el art. 1.365 y concordantes. En tales casos entienden que frente al acreedor responderían el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo indistintamente, con independencia de que a factos internos (lo que he denominado pasivo definitivo) la totalidad de la deuda fuera de cargo de uno u otro de los patrimonios; y concluyen que «este resultado es el mismo al que se llega por la aplicación conjunta de los arts. 1.365 y 1.911 Cc.».

estos preceptos para saber si la afección de los bienes gananciales que establecen deriva del hecho de tratarse de deudas de la sociedad (art. 1.369), o si, por el contrario, aquélla se fija al margen de este concepto.

A) El artículo 1.365 Cc. y la deuda de la sociedad

Si entendemos, como hacen algunos de los autores citados, que en el conjunto de las deudas a las que se refiere el art. 1.369 Cc. se incluyen las enumeradas en el art. 1.365, nos encontraríamos con que los distintos supuestos de hecho que éste recoge coincidirían con el que establece el art. 1.369, sin que se extrajesen diferencias en cuanto a su consecuencia jurídica: en ambos artículos se estaría recogiendo deudas contraídas por un cónyuge de cuyos cumplimientos responde, además de con sus bienes propios, directamente con los bienes gananciales, y de forma indistinta. Ahora bien, esta identidad desaparecería si entendiéramos que de las deudas del art. 1.365 no responde el cónyuge deudor con sus bienes propios, mientras que de las deudas del art. 1.369 respondería indistintamente con aquéllos y con los bienes gananciales. De esta forma quedaría salva la aparente identidad existente entre ambos preceptos, pero, al mismo tiempo, estaríamos negando que las deudas enumeradas en el art. 1.365 puedan incluirse en el conjunto al que se refiere el art. 1.369, pues recordemos que éste no recoge la responsabilidad de los bienes privativos cuando ya ha quedado fijada la responsabilidad de los gananciales (20), sino, al contrario, la responsabilidad de éstos por una deuda contraída por un cónyuge de la que queda claro que responde con sus bienes propios.

También desaparecería esa identidad si, por otra parte, entendemos que no son combinables las expresiones «responsabilidad directa» del art. 1.365 y «responsabilidad solidaria» del art. 1.369. Pero ello también nos llevaría a negar que las deudas enumeradas en el art. 1.365 puedan incluirse en el conjunto de deudas al que alude el art. 1.369.

(20) Si así fuera, sería posible entender que las deudas a las que se refiere el art. 1.369 son aquéllas que recoge el art. 1.365, y debería, en consecuencia, admitirse como correctos los razonamientos de Lacruz, Ragel, Torralba y Blanquer expresados en el texto. No obstante, conviene insistir en que el art. 1.369 no expresa que toda deuda consorcial sea, además, una deuda personal del cónyuge que la contrae, por lo que de la misma debe responder con sus bienes propios; al contrario, el precepto señala que existe un grupo de deudas contraídas por un solo cónyuge de las que responde, en cuanto deudor, con sus bienes propios; pero, además, de las mismas responde también con los gananciales y de forma indistinta, por tratarse precisamente de deudas de la sociedad.

De estas dos posibles interpretaciones que pueden romper la aparente identidad existente entre ambos artículos, hemos de desechar la primera, a saber: que de las deudas recogidas en el art. 1.365 no responde el cónyuge deudor con sus bienes propios. Y llegamos a esta conclusión porque la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica (21), ausencia de personalidad que entiendo que no es un concepto apriorístico, sino que habría que inducir de la construcción legal de cada figura jurídica, en este caso, la sociedad de gananciales. Y aunque si bien esa ausencia de garantía de los bienes propios del cónyuge deudor podría ser un indicio, no parece que el legislador haya pretendido rematar el tan baqueteado concepto de persona jurídica, aunque la práctica legislativa de reconocer personalidad a una heterogeneidad de entes con la única finalidad de crear patrimonios separados y limitar la responsabilidad de los miembros del grupo (22) —como si en este único carácter se condensará la esencia de la persona jurídica—, puede estar en el origen del art. 1.365, si se acepta la no afectación de los bienes propios del cónyuge deudor en garantía del cumplimiento de las deudas que recoge.

No obstante, podemos aceptar la autorizada opinión de Lacruz y entender que la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica porque para ello sería preciso que el Derecho se la reconociera explícitamente (23), aunque hemos de reconocer que el que esto no suceda no

(21) Para LACRUZ («El matrimonio...» *cit.*, pág. 513) «conceptualmente no sería imposible que estas deudas sólo pudieran hacerse efectivas sobre los bienes comunes, pero en nuestro Derecho positivo lo normal es que responda además el patrimonio de uno de los cónyuges, de igual modo que, para contraerlas, ha de intervenir, en cuanto persona física, uno de los cónyuges, porque el consorcio legal carece de personalidad jurídica. Hay, así, sólo dos deudores, pero (al menos) tres patrimonios que pueden ser responsables».

En parecidos términos, para la regulación actual, *vid.*, LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 421, y RAGEL, *ob. cit.*, pp. 27-28, para quien, además, el responsable es siempre el cónyuge deudor por imperativo del art. 1.911 Cc., dado el vínculo personal que la obligación produce.

(22) Sería el caso de las sociedades anónimas, de las de responsabilidad limitada, de las sociedades civiles, de las compañías colectivas y comanditarias, de los entes paraestatales y hasta de determinados departamentos de la Administración. Sobre la actual crisis del concepto de persona jurídica, *vid.* DE CASTRO, *La persona jurídica*, Madrid 1981 y CAPILLA, *La persona jurídica: funciones y fisifunciones*, Madrid 1984.

(23) LACRUZ, «El matrimonio...» *cit.*, pp. 480-481. Para la anterior redacción de Código argumentaba Lacruz que la teoría de la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales parte de una falsa concepción de este instituto. «Ciertamente en ella —en la persona jurídica— subyace una realidad, pero esa realidad no es específica de las personas morales, sino que es fundamento de muchas situaciones de titularidad colectiva; en particular, este sustrato es el mismo en una asociación reconocida y otra que no lo ha sido. Lo que determina la personalidad, dando forma a la materia social preexistente, es el reconocimiento del Derecho objetivo. Este reconocimiento puede ser otorgado individualmente o por medio de una fórmula de carácter general. Y en vano se tratará de hallar una fórmula semejante referida a la sociedad de gananciales, porque aunque el Código civil presupone en el art. 1.669 la personalidad de las sociedades, es evidente que en él se refiere a las verdaderas y propias sociedades, y que esta presuposición no puede extenderse a la comunidad conyugal, que se halla regulada por normas

puede significar que el legislador no haya establecido el efecto pretendido: que de las deudas del art. 1.365 no responde el cónyuge deudor con sus bienes privativos, sino tan sólo con los gananciales, al igual que, por ejemplo, en el apartado segundo del art. 1.319 Cc. extiende la afección de bienes en garantía a los privativos del cónyuge del deudor, sin que éste, por ello, deba considerarse también deudor y responsable.

Podemos llegar a la misma conclusión que Lacruz pero con un argumento de mayor peso: interpretado sistemáticamente, el art. 1.911 Cc. no se opone al art. 1.365, de forma que el deudor respondería del cumplimiento de las obligaciones que recoge, además de con los bienes gananciales —porque así expresamente lo indica la norma—, con sus bienes propios, por aplicación del principio general del art. 1.911, pues para que estos bienes no quedaren afectos al cumplimiento de tales obligaciones, el legislador debería haberlo establecido así expresamente, para excluir la aplicación de la consecuencia jurídica del art. 1.911 a los distintos supuestos de hecho de la norma del art. 1.365.

En cuanto a la segunda interpretación que rompía la aparente identidad existente entre los arts. 1.365 y 1.369, estos es, la incompatibilidad de las expresiones «responsabilidad directa» (24) y «responsabilidad

distintas, de modo que, aunque se le apliquen subsidiariamente las normas de la sociedad, no puede ser clasificada como tal sociedad ... Aún más: la Historia no ha configurado nunca a la comunidad de gananciales como tal persona jurídica; del lenguaje del Código civil se desprende que no lo es, y aun el sustrato social que se le atribuye tiene no pocas quiebras, como la formación involuntaria de las relaciones de comunidad, la falta de una voluntad colectiva en su funcionamiento y la regulación de las deudas»; vid. LACRUZ, *En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil*, en Revista de Legislación y Jurisprudencia 1.950, pp. 7 y ss.; en concreto, pp. 23-24.

Para la actual redacción, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN («Derecho de Familia...» *cit.*, pág. 174) señalan que «el patrimonio ganancial está colocado bajo una titularidad que no la ostenta una personalidad distinta a la de cada uno de los cónyuges, pues la sociedad de gananciales no es una persona jurídica», prueba de ello, añadido, es que el art. 1.344 Cc. manifiesta que los titulares de los bienes gananciales son los cónyuges, en forma conjunta, sin atribuirlos por tanto al consorcio conyugal en cuanto ente con personalidad propia.

(24) Para RAGEL, *ob. cit.*, p. 24, «se dice que de una deuda responde un cónyuge directamente con los bienes gananciales, cuando los acreedores pueden agredir tales bienes, sin necesidad de hacer excusión del patrimonio privativo del deudor». En el caso del art. 1.365 Cc., este autor considera que la responsabilidad de los bienes privativos del cónyuge deudor también es directa, porque entiende que el art. 1.369 Cc. pretende expresar que de toda deuda consorcial —y lo son las del art. 1.365— responde también el deudor con su patrimonio privativo, de forma directa (*ob. cit.*, pág. 152). Posteriormente, en materia de pasivo provisional del patrimonio privativo del cónyuge deudor, hace una distinción entre *responsabilidad directa*, en el sentido expresado, y *responsabilidad principal*, entendiéndolo que por ésta «el acreedor debe dirigirse indefectiblemente, en primer lugar, contra los bienes privativos del cónyuge deudor (ibídem, p. 160); y, sin embargo, según RAGEL, del art. 1.369 se deduciría que en caso alguno habría responsabilidad principal del patrimonio ganancial por deudas de pasivo provisional del patrimonio privativo del deudor.

solidaria» de los bienes comunes, puede sostenerse en el sentido de que el art. 1.369 estaría refiriéndose a una responsabilidad indistinta de los bienes propios del cónyuge deudor y de los bienes gananciales, mientras que, con la expresión «responsabilidad directa», el art. 1.365 podría hacer referencia a la obligación que se impone a los acreedores por las deudas que recoge de agredir primeramente los bienes gananciales, y sólo ante la falta o insuficiencia de bienes de esta naturaleza cabría que se dirigieran contra los bienes privativos del cónyuge que contrajo la deuda.

Hemos visto que, interpretados sistemáticamente, el art. 1.365 no excluye la afección de los bienes privativos del cónyuge deudor, lo cual no debe significar que ésta deba ser necesariamente primaria, cuestión que no aborda el art. 1.365; pero al establecer éste la afección primaria de los bienes consorciales, interpretándolo sistemáticamente con el art. 1.369, al no caber los supuestos de hecho del art. 1.365 en el del art. 1.369, y dado que la afección que éste establece es solidaria, no puede aquél recoger el mismo grado de afección — porque entonces, recordemos, serían redundantes—, luego sólo puede referirse a una responsabilidad subsidiaria de los bienes propios del cónyuge deudor.

En síntesis, tendríamos que la afección de los bienes privativos del cónyuge deudor en garantía del cumplimiento de las obligaciones que enumera el art. 1.365 es subsidiaria a la afección primaria —directa, según el tenor de la norma— de los bienes gananciales (24 bis).

Esta interpretación podría tener como fundamento el que las deudas que especifica el art. 1.365 derivan de actuaciones en interés de la familia o en beneficio del concorcio, tanto en su aspecto personal como patrimonial, que pueden y deben ser realizadas por los cónyuges, cada uno en sus respectivas esferas de legitimación, de forma que debido a la finalidad perseguida al contraerlas y a la compulsión legal indirecta para actuar en este sentido (deber de los cónyuges de levantar las cargas del matrimonio, art. 1.318 C.c.; deber de los cónyuges de actuar en interés de la familia,

Late igualmente esta idea en Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 188; LA-CRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 432; GIMÉNEZ DUART, *ob. cit.*, pág. 545 y MATA PALLARÉS, *Deuda y responsabilidad en la contratación de persona casada*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXV, 1982, pp. 327 y ss., en concreto, pp. 344-345.

(24 bis) MARTÍNEZ CALCERRADA, «El nuevo Derecho de Familia...» *cit.*, pp. 230-231 y 301-302, interpreta la expresión «responsabilidad directa» del art. 1365 en el sentido de *responsabilidad previa* de la masa común, y sólo ante la falta o insuficiencia de esta masa responderían los bienes propios del cónyuge deudor, «porque es más natural que de estas cargas primarias, en primer lugar, sean los bienes comunes los afectados».

art. 67 Cc.) (25), puede que el legislador articule esa responsabilidad subsidiaria de los bienes privativos del cónyuge que contrae alguna de las mencionadas deudas para facilitar el cumplimiento de esos deberes legales por los cónyuges, de modo que la potencial actuación de cada uno no se vea mermada ante la posibilidad de que los acreedores con quienes se obliguen agredan su, casi siempre, exiguo patrimonio privativo (26).

Puede objetarse a esta interpretación que con ello se estaría limitando en demasía los derechos de crédito, al obligar a los acreedores a esa previa excusión. Entiendo que esta limitación sólo es aparente, pues si mantenemos que el art. 1.365 recoge una responsabilidad indistinta de los bienes gananciales y los privativos del cónyuge deudor, en caso de cumplimiento forzoso el acreedor agredirá, por regla general, el patrimonio común, por conformarlo precisamente el conjunto de bienes de mayor consistencia cuantitativa y cualitativa, en la generalidad de los matrimonios (27), pues en aquéllos en los que el patrimonio privativo de un cónyuge sea de considerable importancia económica, la experiencia nos demuestra que es menos frecuente que el régimen económico del matrimonio sea la sociedad de gananciales, ya que el preferido para estos supuestos es el de separación de bienes (28).

(25) Cf. DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, coordinados por ALBALADEJO, t. XVIII, vol 1.º, Madrid 1982, p. 101; LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*; pp. 105-108 y 113-128, y Díez-PICAZO y GULLÓN, «Derecho de Familia...» *cit.*, p. 149.

(26) Para LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, pp. 354-355), en el régimen de gananciales el patrimonio común juega con enorme ventaja, pues a él no sólo pertenecen los bienes ganados por los cónyuges o producidos por sus capitales, sino también, por presunción legal, todos aquéllos cuya titularidad privativa no pueda demostrarse. Además, al ir a parar los frutos y ganancias a la masa común, los bienes propios de los cónyuges han perdido su fuente natural de aumento, de modo que cada patrimonio conserva, en principio, su posición inicial, sólo modificada por las nuevas adquisiciones a título gratuito, por subrogación real y por los deterioros o pérdidas que lo disminuyen o accesiones que lo aumentan. Por otra parte, «la presunción favorable a la comunidad determina frecuentemente la conversión de los bienes de los cónyuges en créditos contra la masa ganancial. Esto empeora la calidad de los patrimonios particulares de los esposos, quienes dejan de ser propietarios para pasar a la condición de acreedores, y, por tanto, dependientes de la solvencia de su deudor». Además, la presunción de comunidad arrebata a los patrimonios privativos, sin contrapartida, todos aquellos bienes cuya titularidad no pueda demostrarse.

(27) Además que la presunción de ganancialidad del art. 1.361 Cc. obligaría a los cónyuges, para excluir un bien de la agresión por los acreedores, a demostrar la titularidad privativa de los que se ejecutan para poder oponer el beneficio de excusión que el art. 1.365 les concede.

(28) Señala LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, p. 518) que el régimen de separación de bienes, antes de la reforma de 1975, apenas se pactaba, dada la imposibilidad de otorgar capítulos después de celebrado el matrimonio en los territorios de Derecho común. Desde la reforma de 1975 van siendo frecuentes los regímenes de separación pactados por los cónyuges, respondiendo casi siempre a una disociación de la unidad conyugal (separación de hecho) y, en algunos casos, a intereses diversos, como en aquellos matrimonios en los que, a causa de los negocios embrollados o en dificultades económicas de uno de los cónyuges, interesa separar los haberes de uno y otro. Haciendo referencia a Francia, señala LACRUZ que mientras a principios de siglo sólo un dos y medio a tres por ciento de capitulantes adoptaban la separación de bienes, en

Supongamos, de momento, que esta interpretación es correcta —volveré más adelante sobre la misma—; en consecuencia, ante la falta de relación de los arts. 1.365 y 1.369, seguimos sin saber qué deudas son aquellas que, habiendo sido contraídas por un cónyuge, son además deudas de la sociedad, de las que responde el cónyuge deudor, además de con sus bienes propios, solidariamente con los bienes gananciales, por tratarse concretamente de bienes de la sociedad.

B) El artículo 1.366 Cc. y la deuda de la sociedad

Según el artículo 1.366, «las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor».

El precepto contempla una serie de deudas de un cónyuge de las que responde con los bienes gananciales (pasivo provisional del patrimonio conyugal) y que, a su vez, son deudas que en las relaciones internas entre los cónyuges van a quedar definitivamente a cargo de la sociedad (pasivo definitivo del patrimonio consorcial), pues el precepto transcrito expresamente dispone que las deudas que recoge «serán de la responsabilidad y cargo de aquélla», la sociedad de gananciales. Ahora bien, para que ello sea así, la deuda de un cónyuge ha de ser precisamente una obligación extracontractual que derive bien de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal, bien de su actuación en el ámbito de la administración de los bienes, y siempre que, tanto en uno como en otro caso, la obligación extracontractual no fuese debida a dolo o culpa grave del cónyuge deudor.

Por obligación extracontractual entienden algunos autores toda aquélla que no tenga su origen en un contrato, incluyendo tanto los supuestos de responsabilidad civil subjetiva como los de responsabilidad civil objetiva (29). Esta obligación extracontractual, para que sea sub-

1962 esta proporción había subido al treinta y tres por ciento, en un régimen que en la época actual parece tener una clientela especializada: los que contraen segundas nupcias, sobre todo si hay hijos de un matrimonio anterior; los matrimonios tardíos, y, en cuanto a grupos socio-profesionales, es preferente entre los grandes industriales y la burguesía opulenta, en busca de la conservación de sus fortunas dentro de la familia.

(29) Habría que incluir, de esta forma, las obligaciones que tuvieran su origen en la ley, en un cuasicontrato y en los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Cf. GÓMEZ DE LA ESCALERA, *Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge y el nuevo régimen de responsabilidad de los bienes gananciales*, en *La Ley*, t. I 1985, pp. 1.189 y ss.; en concreto, p. 1.190; TORRALBA, *ob. cit.*, p. 1693, y LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 431. En contra, ABELLÓ MARGALEF, *ob. cit.* p. 811, quien excluye los hechos ilícitos penales, de los cuales entiende que responderá el cónyuge causante del daño, «ya que los autores de los delitos o faltas son responsables criminalmente, y éstos lo son también civilmente».

sumible en el supuesto de hecho del art. 1.366 Cc., ha de ser consecuencia bien de la actuación del cónyuge deudor en beneficio de la so-

Por su parte, para DE LOS MOZOS («Comentarios...» vol. 2.º) hay que comprender en la expresión del art. 1.366 las obligaciones nacidas de culpa o negligencia (art. 1.902 Cc.) y las derivadas de responsabilidad civil objetiva (art. 1.903 Cc.). «Los delitos no están propiamente comprendidos dentro de esta alusión a las obligaciones extracontractuales, porque aunque los derivados de un delito lo sean, al contraponer contractuales a extracontractuales, a lo sumo, se pone en juego la idea de «delito civil», pues de haber querido el Código incluir a las derivadas de delito en sentido penal, hubiese hablado de obligaciones extracontractuales y delictuales, pero no sólo de obligaciones extracontractuales».

Ciertamente con la expresión «obligaciones extracontractuales» suele aludirse o bien a las obligaciones derivadas de ilícitos civiles y a las derivadas de riesgo (responsabilidad objetiva), o bien uniendo a las anteriores las que nacen de los cuasi-contratos. Que el legislador haya querido en la reforma de 1981 acoger alguna de éstas acepciones es más que posible, pero aunque ésta haya sido su auténtica intención, no podemos dejar entonces de integrar la normativa de la reforma. Si en los arts. 1.365, 1.367 y 1.368 se habla de obligaciones contraídas y por tales suele entenderse las que han sido voluntariamente asumidas por los cónyuges, todas las que nacen al margen de la voluntad deben tener su acómmodo en otro u otros preceptos, sobre todo porque qué razón habría para incluir en el art. 1.366 la genérica responsabilidad por culpa y por riesgo y, por contra, excluir las obligaciones que nacen de los cuasicontratos.

Con referencia a los ilícitos penales señala LACRUZ («Derecho de obligaciones...» *cít.*, pp. 488-489) que la conducta dañosa del agente puede que esté tipificada como delito o falta por las leyes penales. Se trataría entonces de hechos que por su gravedad y trascendencia social afectan no sólo al interés de los particulares, sino también al orden público: «la comisión de alguno de ellos provoca una reacción del ordenamiento jurídico que lo sancionará con una concreta pena impuesta al sujeto a quien se impute. Tal responsabilidad criminal constituye una relación de Derecho público que excede generalmente del campo de la libre disposición de los particulares. Pero el daño causado obliga a repararlo: tanto si se causa mediante delito o falta como a través de una conducta no delictiva. Cualquiera que sea su fuente, la obligación de reparar es de carácter económico; de contenido fundamentalmente pecuniario; pertenece a la esfera del Derecho privado, dando origen a una relación entre el agente y la víctima cuya efectividad permanece abandonada a la iniciativa de ésta; y puede obedecer, no sólo a un hecho concreto tipificado como delito o falta, sino también a cualquier violación de la norma general que impone a todo miembro de la comunidad jurídica la obligación de no dañar a otro».

Según la S. 20 febrero 1979, «el delito en sí mismo la única consecuencia jurídico-penal que produce es la pena, pues en realidad la obligación reparatoria tiene por causa la acción u omisión generadoras de un ilícito civil que además es delito. Obligación reparatoria que impone de una manera genérica, desde una perspectiva civil, el art. 1.089 Cc. cuando distingue entre «actos y omisiones ilícitos» (penalmente), de una parte, y, de otra, aquéllos «en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia», también ilícitos, pero no punibles».

Añade además LACRUZ (*ibídem*, p. 490) que «la evidente diferencia entre el acto ilícito penal y el civil no se extiende a la cuestión de la indemnización de los daños causados por uno y otro, que obedece a unos mismos principios y, por tanto, debería gobernarse por unas mismas reglas. La culpa civil no constituye una fuente de responsabilidad distinta y aislada de la penal. La diferencia entre ambas, muy clara en el ámbito de la sanción, no se extiende al de la reparación, en el cual la identidad es teóricamente total ..., aun la competencia de los tribunales penales en modo alguno reclama o recomienda un distinto régimen para ambos tipos de responsabilidad civil por delito o por acto ilícito no delictivo que, en esencia, es siempre la misma, puramente civil».

Por su parte, PANTALEÓN, citado por LACRUZ, entiende que «no existen dos acciones, una de responsabilidad derivada de delito y otra extracontractual a aquiliana,

ciudad conyugal, bien de la actuación del mismo en el ámbito de la administración de los bienes. Por actuación en beneficio de la sociedad conyugal entienden diversos autores que no es necesario que el beneficio se haya obtenido, ni siquiera que el acto u omisión que conduzca a un resultado beneficioso haya tenido lugar, si no que basta que el acto u omisión consumado, o incluso pendiente, tienda a un beneficio, sin necesidad de que éste efectivamente se obtenga o no. Y este beneficio no ha de ser puramente patrimonial, sino que basta que se actúe en interés de la familia, ya sea persiguiendo un beneficio espiritual, de mero esparcimiento, etc. (30).

Por actuación en el ámbito de la administración de los bienes entienden los hermanos Rueda Pérez que ya que el precepto no distingue entre administración ordinaria y extraordinaria, ni entre bienes privativos y comunes, cuando esta distinción si aparece en otros preceptos de la misma sección (cf. arts. 1.362 apartados 2.º y 3.º, y 1.365), el intérprete tampoco debe hacerlo, por lo que habría que concluir que el precepto se refiere tanto a actos de administración ordinaria como extraordinaria, ya de bienes privativos, ya de bienes comunes (31).

Frente a esta opinión, otros autores señalan que las obligaciones extracontractuales de un cónyuge consecuencia de la actuación en el ámbito de la administración de sus bienes privativos, si bien están cubiertas por la responsabilidad del patrimonio ganancial (pasivo provisional), sin embargo, no está tan claro que esas deudas deban gravar de forma definitiva el patrimonio ganancial (pasivo definitivo), sino que el cargo definitivo pesará sobre el patrimonio privativo del cónyuge actuante, porque entienden que el art. 1.362.3 sólo pone a cargo de los gananciales los gastos originados por la administración ordinaria de los bienes privativos de ambos cónyuges (32).

de diferente fundamento y naturaleza. No existe concurso de acciones, sino concurso de normas reguladores de una única acción. Es impropio hablar de responsabilidad civil derivada de delito: no es el delito el fundamento de la responsabilidad civil, sino el daño causado al perjudicado, atribuible al sujeto causante del mismo... El hecho de que el sujeto declarado responsable civil sea a su vez responsable criminalmente de un delito o falta no debe confundirnos: no es el delito o falta el criterio de imputación de responsabilidad, sino la culpa llamada civil».

Y que a esa responsabilidad civil derivada de una acción delictual se afecten los bienes gananciales no nos puede llevar a decir, como hace ABELLÓ, que responsable del delito lo sea el cónyuge del delincuente, porque ni éste es responsable criminal ni civil de los daños causados por su esposo, ni lo es de los incumplimientos contractuales en los que aquél incurra y de los que responderá, además de con sus bienes propios, solidariamente con los gananciales.

(30) Cf. RUEDA PÉREZ, M. Angel y J. María, *ob. cit.*, pp. 570-571; GIMÉNEZ DUART, *ob. cit.*, p. 550; TORRALBA, *ob. cit.*, p. 1.694; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *ob. cit.*, p. 1191, y RAGEL, *ob. cit.*, p. 94, quien concreta que esa «actuación u omisión beneficiará a la sociedad cuando estuvieran encaminadas a satisfacer necesidades de la familia enumeradas en el art. 1.365, aunque de hecho tales necesidades no llegaran a colmarse».

(31) RUEDA PÉREZ, *ibídem*, p. 570.

(32) En este sentido, cf. TORRALBA, *ob. cit.*, p. 1.695; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *ob. cit.*, p. 1192, y RAGEL, *ob. cit.*, pp. 94-95.

No obstante, hemos de argüir, con los hermanos Rueda Pérez (33), que, en contra de lo que sucede en los arts. 1.362 y 1.365, el art. 1.366 «no contiene una enumeración con tendencia a la exhaustividad, sino una fórmula que, a pesar de sus dos miembros (actuación en beneficio de la sociedad conyugal y actuación en el ámbito de la administración de los bienes), es bastante general. El fundamento de la imputación del gasto al patrimonio ganancial (pasivo definitivo) estriba en estos casos en su origen familiar», y en que el beneficio de tales actuaciones (incluida la administración extraordinaria de bienes privativos) repercutirá en el patrimonio ganancial, en el sentido de que, en el caso concreto de los bienes privativos, tales actos seguramente provocarán un aumento en los rendimientos de dichos bienes, rendimientos que se concretan en frutos que tendrán carácter ganancial.

Además, que quiera verse en el art. 1.362 Cc. el único de la sección tercera dedicado a regular aquellas deudas que conforman el pasivo definitivo del patrimonio ganancial es tremendamente discutible. Por de pronto el art. 1.363 pone también a cargo de la sociedad «las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo», salvo que medie pacto en contrario; y el art. 1.371 pone asimismo a cargo del patrimonio ganancial «lo perdido y no pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego» siempre que se tenga por moderado. Que quiera excluirse del cargo que recoge el art. 1.366 las obligaciones extracontractuales de un cónyuge derivadas de su actuación en el ámbito de la administración extraordinaria de sus bienes privativos por el simple hecho de que el art. 1.362.3 sólo pone a cargo de la sociedad los gastos que se originen en la administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges no tiene fundamento alguno, pues si no es cierto, como hemos visto, que el art. 1.362 agote todas las deudas que van a quedar definitivamente a cargo de los gananciales, no puede concluirse que porque el art. 1.362.3 se refiere sólo a los gastos de administración ordinaria de bienes privativos, los que surgen de la administración extraordinaria de esos mismos bienes no pueden quedar también a cargo de la sociedad.

El art. 1.362.3 no especifica si los gastos de administración a los que se refiere derivan de obligaciones contractuales o extracontractuales, tan sólo se limita a concretar que esos gastos son a cargo de los gananciales. Por su parte, la finalidad del art. 1.366 es poner a cargo de estos mismos bienes —también afectarlos en garantía— todas las obligaciones extracontractuales de un cónyuge que sean consecuencia de su actuación en alguno de esos dos ámbitos. Luego si la finalidad del art. 1.362.3 es sólo la apuntada, por qué no podemos admitir que el art. 1.366 ponga a cargo de los gananciales todas las obligaciones extra-

(33) RUEDA PÉREZ, *ibídem*, p. 571.

contractuales de un cónyuge, ya sean consecuencia de actos de administración ordinaria o extraordinaria de sus bienes propios.

Si el legislador hubiese querido concretar en dos artículos las deudas que componen el pasivo definitivo del patrimonio ganancial y las deudas que forman su pasivo provisional (fundamentalmente el art. 1.362 para las primeras, y el art. 1.365 para las segundas), como erróneamente tienden a sintetizar algunos autores, se habría ahorrado el art. 1.366 y habría añadido en el art. 1.362.1 las obligaciones extracontractuales de un cónyuge consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal cuando ese beneficio no fuese de carácter patrimonial; y en el art. 1.365 habría incluido la responsabilidad de los gananciales por las obligaciones extracontractuales.

Si, a pesar de todo, el legislador hubiese querido referirse a las obligaciones extracontractuales en un artículo aparte (el art. 1.366), pero respetando ya el art. 1.362, habría excluido del pasivo definitivo de la sociedad los gastos derivados de la administración extraordinaria de los bienes propios, como ya hizo en el apartado primero del art. 1.362 al sustraer del pasivo definitivo del patrimonio ganancial los gastos de alimentación de los hijos de uno solo de los cónyuges cuando aquéllos no convivan en el hogar familiar.

Ya que el legislador no adoptó alguna de estas dos opciones, y puesto que no creo que su única finalidad en el art. 1.366, excluyendo el pasivo provisional, fuese imputar las obligaciones extracontractuales consecuencia de la actuación de un cónyuge en beneficio de la sociedad conyugal al pasivo definitivo del patrimonio consorcial (34) —porque si hemos interpretado la expresión «beneficio de la sociedad conyugal» como comprensiva de cualquier actuación en interés de la familia que tienda potencialmente a la obtención de un beneficio, aunque éste no se actualice, podríamos incluso entender incluido este gasto en el art. 1.362.1 (35) —, considero más defendible sostener que también es finalidad del art. 1.366 poner definitivamente a cargo de los gananciales las obligaciones extracontractuales de un cónyuge que nacen de su actuación en el ámbito de la administración extraordinaria de los bienes privativos, aun los de su consorte.

(34) Pues el cargo al patrimonio consorcial de las obligaciones extracontractuales por actos de administración, ordinaria o extraordinaria, de bienes comunes puede entenderse recogido en el apartado segundo del art. 1.362, y por actos de administración ordinaria de bienes privativos, en el apartado tercero del mismo artículo.

(35) Para RAGEL (*ob. cit.*, p. 42), la actuación en interés de la familia «no tiene relevancia en el momento de calificar el débito, sino en un momento posterior, en la relación *inter partes*, sirviendo de módulo para decidir si el cónyuge que realizó un acto de administración o disposición debe reintegrar a la comunidad el importe al que ascendió el beneficio exclusivo obtenido o el daño dolosamente causado en los bienes comunes», o, por el contrario, es la sociedad la que debe reintegrar al cónyuge.

Para que la obligación extracontractual de un cónyuge sea de la responsabilidad y cargo de la sociedad de gananciales es necesario que en su nacimiento no medie dolo o culpa grave del cónyuge deudor. Lacruz refiere el dolo quizá no a la mera intención de delinquir, «sino a la intención de causar un daño a la comunidad», y la culpa grave al riesgo notable en que el acto delictivo ha puesto los intereses comunes (36). Por su parte, Giménez Duart, frente a la anómala situación que se produciría por el hecho de que ante la concurrencia de dolo o culpa grave quedara excluida la afectación de los gananciales en garantía, de forma que se daría la paradoja de que a mayor grado de ilicitud correspondería una menor responsabilidad, concluye, mediante una interpretación correctora, que la «excepción por dolo o culpa grave se refiere al cargo, esto es, al aspecto interno, mas no a la responsabilidad o garantía de los terceros», de modo que si existe dolo o culpa grave en la conducta del cónyuge deudor, la obligación extracontractual sería de pasivo provisional del patrimonio ganancial, pero de pasivo definitivo del patrimonio privativo del cónyuge deudor (37).

Ambas soluciones no parecen correctas. La de Lacruz, porque choca con el tenor literal del art. 1.366, que refiere el dolo y la culpa grave al hecho fuente de la obligación, esto es, que uno u otro deben concurrir en la actuación u omisión del cónyuge frente al tercero perjudicado, siendo irrelevante, por lo tanto, el añadido de que con esa actuación ilícita el cónyuge se propusiera perjudicar a la sociedad conyugal o poner en peligro los intereses de la comunidad. La de Giménez Duart, porque la redacción del art. 1.366 excluye expresamente tanto la responsabilidad como el cargo de la sociedad cuando concurre dolo o culpa grave en el cónyuge deudor, y porque si se excluye el cargo, también debe excluirse la responsabilidad, porque igualmente merece ser tutelado el interés del cónyuge del obligado a que se evite que la actuación delictiva de su consorte pueda llevar a la familia a la ruina (38). Además de que tampoco se restringiría tanto el interés del lesionado si se salva la responsabilidad del patrimonio ganancial, pues siempre podrá acudir a la vía del art. 1.373 C.c. para obtener la garantía de los bienes que lo componen.

En mi opinión, si hemos sostenido que el art. 1.366 se refiere a todas aquellas obligaciones que no tienen su origen en un contrato, habría ahora que desglosar el concepto de obligación extracontractual. En el mismo estarían incluidas las obligaciones legales (38 bis), las cuasicontractuales, las derivadas de ilícito civil y las derivadas de ilícito penal. Algunas de estas obligaciones extracontractuales requieren

(36) LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 431.

(37) GIMÉNEZ DUART, *ob. cit.*, p. 550.

(38) Cf. GÓMEZ DE LA ESCALERA, *ob. cit.*, p. 1193, y RAGEL, *ob. cit.*, pp. 95-96.

(38 bis) Más que obligaciones «stricto sensu», nos estamos refiriendo a deberes jurídicos.

precisamente la concurrencia de dolo o culpa, no necesariamente grave, para su nacimiento. Así sucede con los ilícitos penales y con los ilícitos civiles que dan origen a responsabilidad subjetiva del agente (la llamada «responsabilidad por culpa»). Las restantes obligaciones extracontractuales pueden originarse concurriendo dolo o culpa grave en el deudor, o incluso la buena fe.

En las obligaciones legales, cuasicontractuales y las derivadas de ilícito civil que dan origen a responsabilidad objetiva del autor del daño (la llamada «responsabilidad por riesgo»), basta al acreedor lesionado demostrar la existencia de la obligación para desencadenar la responsabilidad de los bienes gananciales. Para excluir esta responsabilidad deberá el cónyuge del deudor probar —para lo cual debe dársele entrada en el proceso— que su consorte actuó con dolo o culpa grave, que en los supuestos de obligaciones legales y cuasicontractuales sí podrán consistir, aunque no necesariamente, en lo que Lacruz ha definido como «intención de causar daño a la sociedad o de poner en riesgo notable los intereses comunes» (39). Y en caso de responsabilidad por riesgo, si bien el lesionado demandante, para desencadenar la responsabilidad de los bienes gananciales, sólo debe probar la causación del daño, la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión, y la imputación del evento dañoso al demandado, el consorte del deudor, para exonerar los bienes gananciales de responsabilidad, deberá demostrar que el autor del daño ha actuado con dolo o culpa grave frente al perjudicado (40).

En la llamada responsabilidad por culpa, según el moderno Derecho de daños, se invierte la carga de la prueba de la culpa, de forma que el lesionado demandante deberá igualmente probar solamente la existencia del daño, la relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión y la imputación del evento dañoso al demandado, pero no la culpa o negligencia del agente, sino que, por contra, es el agente quien debe demostrar su diligencia para excluir su responsabilidad. De forma que ni aun en estos supuestos nos encontraríamos en la tesitura, denunciada por Giménez Duart, de que el «damnificado demandante se vería forzado a inculpar al demandado, pero no demasiado, para no perder la afección de los gananciales» (41), pues a su cargo no queda la prueba del dolo o culpa del cónyuge autor del daño —pues la culpa se presume—, sino que, por contra, correrá a cargo del cónyuge del deudor la prueba de la existencia de dolo o culpa grave en la conducta de su con-

(39) Aunque en tales casos quizás sea de preferente aplicación los arts. 1.390 y 1.391 Cc.

(40) En contra, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN («Derecho de Familia...» *cit.*, p. 190), para quienes «la culpa grave y el dolo excluyen la responsabilidad de los bienes gananciales, por tanto, no la simple actuación culposa o negligente, ni la derivada de la responsabilidad objetiva». En parecidos términos, MARTÍNEZ CALCERRADA, *ob. cit.*, p. 232.

(41) GIMÉNEZ DUART, *ob. cit.*, p. 550.

sorte, si quiere excluir los gananciales de la afección en garantía y la imputación definitiva del gasto al pasivo de la sociedad (42).

Por último, si la obligación extracontractual deriva de un ilícito penal, si el delito o la falta cometido por el cónyuge fuese público o semipúblico, además del perjudicado, y sólo en el caso de que asumiese la acusación particular, actuaría el Ministerio Fiscal, que, en su calidad de acusador público, tiene encomendada la prueba del dolo o la culpa del delincuente, evitándose con ello todo posible abuso por parte del lesionado. Y si se trata de delito privado, si bien sólo la víctima, en cuanto acusador privado, debe probar el dolo o la culpa del acusado, será siempre el órgano jurisdiccional sentenciador quien debe graduar el elemento subjetivo del hecho punible, evitándose también con ello todo posible abuso por parte del lesionado.

Volviendo al tema central de este trabajo, observamos que el art. 1.366 no recoge la afección en garantía de los bienes propios del cónyuge deudor, al igual que tampoco lo hacía el art. 1.365. Siguiendo el razonamiento que hicimos respecto de éste, podemos concluir igualmente para el art. 1.366 que el cónyuge deudor también responde de las obligaciones extracontractuales con sus bienes propios, pues el art. 1.366 no obsta la aplicación, al supuesto de hecho que recoge, de la consecuencia jurídica que fija el art. 1.911 Cc.

Pero tampoco especifica el art. 1.366 si la afección de los bienes gananciales que establece es directa, como en el caso del art. 1.365, o se trata de otro tipo de afección. Ante la falta de concreción podríamos entender, entonces, que estas deudas que recoge el art. 1.366 pertenecen al conjunto al que se refiere el art. 1.369, a saber: serían deudas de un cónyuge, porque las obligaciones extracontractuales derivan de su actuación y, en consecuencia, por aplicación del art. 1.911 Cc., de las mismas responde el cónyuge deudor con sus bienes propios; que, además, son deudas de la sociedad, por que el art. 1.366 imputa las mismas al pasivo definitivo del patrimonio ganancial, de las que, precisamente por ello, también responde el cónyuge deudor, además de

(42) De lo expuesto en el texto podría derivarse que, ya que el dolo o la culpa grave excluye el cargo a los gananciales que establece el art. 1.366, pero esta exclusión no existe en el apartado tercero del art. 1.362 —que no especifica si se refiere a obligaciones contractuales o extracontractuales—, a pesar de concurrir dolo o culpa grave en el cónyuge deudor en el caso de obligación extracontractual de un cónyuge consecuencia de su actuación en el ámbito de la administración ordinaria de sus bienes privativos, ésta seguiría siendo de cargo de los gananciales, por aplicación del 1.362.3. Para salvar esta antinomia es preciso entonces concluir que el art. 1.362.3 Cc. tan sólo se refiere a las obligaciones contractuales, de modo que, respecto de éstas, el artículo citado recogería el pasivo definitivo de estas deudas, y el art. 1.365.2 Cc., el pasivo provisional por las mismas. Y en cuanto a las obligaciones extracontractuales que nacen como consecuencia de actuaciones de un cónyuge en el ámbito de la administración, tanto ordinaria como extraordinaria, ya de bienes propios, ya de los que sean comunes, el pasivo definitivo y el provisional se encuentran regulados en el art. 1.366 Cc.

con sus bienes privativos, con los bienes gananciales (art. 1.366) y de forma indistinta (art. 1.369). Es decir, la afectión de los bienes propios del cónyuge deudor deriva de su propia condición de deudor, en aplicación del art. 1.911; pero la afectión de los bienes gananciales deriva precisamente del hecho de que se trate de deudas de pasivo definitivo del patrimonio ganancial (art. 1.366: «serán de la responsabilidad y cargo de» la sociedad): el art. 1.369 lo único que viene a añadir en estos casos es, en palabras de otros, que se suman los bienes afectos en garantía, de forma que el acreedor podrá dirigirse contra cualesquiera de una u otra condición, sin que ni el cónyuge deudor ni su consorte puedan exigir la previa excusión de los bienes gananciales o de los privativos del deudor.

C) El artículo 1.368 Cc. y la deuda de la sociedad «La potestad doméstica extraordinaria»

El art. 1.368 C.c. señala que «también responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales».

La finalidad del precepto transcrito es recoger la afectión de los bienes gananciales en garantía del cumplimiento de las obligaciones que cita, pero no imputar tales gastos al pasivo definitivo del patrimonio ganancial, pues esto último ya resulta del apartado primero del art. 1.362, y del propio art. 1.368, que con la expresión «gastos que estén a cargo de los gananciales» —entendiendo que el cargo se refiere a los gastos, no a los hijos (43)— no pretende fijar el pasivo definitivo del patrimonio ganancial, sino remitirse a los gastos que ya componen este pasivo por prescripción de otros preceptos (en concreto, el art. 1.362.1).

Puede, no obstante, resultar extraño que el art. 1.368 recoja la responsabilidad de los gananciales por esos conceptos cuando a la misma conclusión se llegaría, sin necesidad de precepto expreso, aplicando el apartado primero del art. 1.365 en la referencia que hace a la potestad doméstica (44), que no excluye la posibilidad de que el matrimonio se encuentre separado de hecho. Sin embargo, no podemos entender que

(43) Los hermanos RUEDA PÉREZ (*ob. cit.*, p. 579) entienden al respecto que los hijos no pueden, en ningún caso, estar a cargo de la sociedad de gananciales; «es ésta una expresión económica, no personal: los hijos estarán bajo la patria potestad de los padres, y los gastos que su sostenimiento, previsión y educación devenguen, éstos, si serán de cargo de la sociedad de gananciales».

(44) Cf. GIMÉNEZ DUART (*ob. cit.*, p. 551), quien, desde una perspectiva puramente técnica, califica el art. 1.368 de «inútil», «pues de las obligaciones de este tipo siempre responderían los bienes comunes a través del art. 1.365». En el mismo sentido, ABELLÓ MARGALEF, *ob. cit.*, p. 809; TORRALBA, *ob. cit.*, p. 1710, y RUEDA PÉREZ, *ob. cit.*, pp. 579-580.

ello sea así, porque las deudas que se contraigan en ejercicio de la potestad doméstica y que puedan imputarse al pasivo definitivo de la sociedad son más limitadas que las que detalla el art. 1.362.1, lo que la doctrina ha venido a denominar «cargas del matrimonio».

Nos explicamos. La potestad doméstica viene a cumplir una función de legitimación en el tráfico, que por ello mismo proyecta toda su eficacia en las relaciones externas de los cónyuges, esto es, frente a terceros. Su finalidad es la de motivar la confianza del tercero que contrata con una persona casada cuando ésta pretende cubrir necesidades ordinarias de su familia, de forma que el tercero queda protegido cuando la actuación del cónyuge se encuentre, en apariencia, dentro del ámbito de ejercicio de la potestad doméstica (45).

Sin embargo, en las relaciones internas entre los cónyuges, cuando hay que determinar al pasivo de qué patrimonio —si al ganancial o al privativo del cónyuge que contrajo la deuda en el ejercicio de la potestad doméstica— se carga la misma con carácter definitivo, el artículo que despliega toda su eficacia es el 1.362.1, que recoge el concepto de «cargas del matrimonio» (46). De esta forma, si la deuda contraída por

(45) Cf. RAGEL, *ob. cit.*, p. 58. Para la redacción primitiva del Código señalaba LACRUZ que si *inter partes* lo que rige es el tren de vida real, de modo que el marido no puede pretender que los gastos excesivos de su mujer, ocasionados por haberse colocado en un nivel social que él mismo marcó, sean impugnables, o bien de la exclusiva cuenta de ella; *erga omnes* ese tren de vida ha de entenderse no tal cual es, sino tal como aparece ante los terceros. Acto doméstico, por tanto, es el que aparece normalmente como tal a los proveedores y demás contratantes, habida cuenta de la categoría social y económica de la familia. Se trata de un concepto objetivo, independiente de la voluntad concreta del marido en cada evento. Vid LACRUZ, *La potestad doméstica de la mujer casada*, Barcelona 1963, p. 97. Para la redacción actual tras la reforma de 1981, vid. LA CRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 295, donde mantiene su opinión, pero refiriéndola ahora a ambos cónyuges, tras la igualdad que se instaure con la reforma, y GORDILLO CAÑAS, *La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de Familia*, en Anuario de Derecho civil 1982, pp. 1.111 y ss.; en concreto, pp. 1150-1151.

(46) Para LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, p. 114), «se entiende por cargas del matrimonio el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes, y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia», si bien a esos usos y circunstancias se han de acomodar, «no sólo las atenciones de previsión, sino el nivel de alojamiento, vestido, alimentación, educación, esparcimiento, vacaciones y, en general, la vida familiar. En suma, entran en el concepto de cargas cualesquiera gastos, aun extraordinarios, con tal que sean de «sostenimiento de la familia» en su más amplio sentido».

Este concepto de «cargas del matrimonio» es mucho más amplio que el de deuda doméstica, al que se refiere el apartado primero del art. 1.319: las necesidades ordinarias de la familia. Aquél «comprende, por de pronto, todas estas deudas en cuanto sean realmente domésticas; pero comprende, asimismo, las atenciones personales de cada uno de los cónyuges, que entran dentro del concepto de «sostenimiento de la familia» del art. 1.362; y, en general, todo lo referente a las necesidades vitales de quienes integran el hogar en sentido estricto: los hijos de uno de los cónyuges también se consideran familiares cuando convivan en el hogar conyugal (art. 1.362)». En el mismo sentido que LACRUZ, vid. RAGEL, *ob. cit.*, p. 59. Por su parte, identifican el contenido de las cargas del matrimonio y de la potestad doméstica GIMÉNEZ DUART (*ob. cit.*, p. 545) y los hermanos RUEDA PÉREZ (*ob. cit.*, p. 575).

un solo cónyuge, en ejercicio legítimo de la potestad doméstica (deuda de la que, por tanto, responde el deudor frente al acreedor directamente con los bienes gananciales) puede considerarse incluida en el concepto de cargas del matrimonio del art. 1.362.1, será también una deuda de pasivo definitivo del patrimonio consorcial. En caso contrario, cuando no se considere carga del matrimonio, aun siendo una deuda de pasivo provisional del patrimonio ganancial —pues no se excluye la aplicación del art. 1.365.1 por el simple hecho de que la deuda no sea de cargo de la sociedad—, será una deuda que se imputará al pasivo definitivo del patrimonio privativo del cónyuge deudor.

El art. 1.368, sin embargo, afecta los bienes de la sociedad en garantía del cumplimiento de las deudas contraídas por un cónyuge, en caso de separación de hecho, para atender al levantamiento de las cargas del matrimonio, sin tener en cuenta si esas deudas han sido contraídas en ejercicio de la potestad doméstica o rebasando sus fronteras. Es decir, el art. 1.368 afecta los gananciales en garantía del cumplimiento de las deudas recogidas en el art. 1.362.1 cuando las mismas han sido contraídas por un solo cónyuge en caso de separación de hecho, sin necesidad de tener que averiguar, como cuando existe convivencia normal, si esas deudas tienen consideración doméstica (47).

Tendríamos, de esta forma, que mientras en situación de convivencia normal en el matrimonio no coinciden el pasivo provisional y el pasivo definitivo por las deudas contraídas por un cónyuge para el levantamiento de las cargas del matrimonio (arts. 1.362.1 y 1.365.1) (48), cuando los cónyuges se hallan separados de hecho, el pasivo provisional y el pasivo definitivo por esas mismas deudas serán uno mismo (mejor, coincidirán completamente). Por su parte, el pasivo provisional y el pasivo definitivo de las restantes deudas que enumera el art. 1.362, no siendo coincidentes, no variarán tanto en caso de convivencia normal como en el supuesto de separación de hecho.

(47) Además, el art. 1.368 no puede entenderse sin el art. 1.367. Este afecta los bienes comunes en todo caso, es decir, siempre, cualquiera que sea la finalidad pretendida al contraer la obligación, cuando la misma lo haya sido por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro. El art. 1.368 comienza su redacción con el adverbio «también», adverbio que hay que referir al artículo anterior, y entender que también responderán los gananciales, en todo caso, es decir, siempre que se trate de una deuda contraída por un cónyuge, en caso de separación de hecho, para atender los gastos que cita y que están a cargo de los gananciales. Vid., en el mismo sentido, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *ob. cit.*, pp. 268-272.

(48) De modo que habrá ocasiones en las que el pasivo provisional sea más amplio que el pasivo definitivo (cuando un cónyuge actúa en ejercicio de la potestad doméstica, pero la deuda no es subsumible en el art. 1.362.1 C.c.), y veces en las que el pasivo provisional será más estricto que el pasivo definitivo (cuando una deuda contraída por un cónyuge excediéndose del ejercicio de la potestad doméstica, por no tratarse de una necesidad ordinaria de la familia, sin embargo pueda subsumirse en el art. 1.362.1 por tratarse de una carga del matrimonio).

Al igual que sucedía en el art. 1.366, tampoco el art. 1.368 indica si el cónyuge deudor responde del cumplimiento de tales obligaciones con sus bienes propios y si la afección de los gananciales que recoge es directa, como en el supuesto del art. 1.365, o de qué otro tipo de afección se trata. En cuanto a la primera cuestión, y al igual que para los antecedentes arts. 1.365 y 1.366, podemos concluir que el art. 1.368 no obsta la aplicación del art. 1.911 C.c., por lo que, de igual modo que para las deudas que aquéllos detallan en sus supuestos de hecho, del cumplimiento de las obligaciones contraídas por un solo cónyuge, en caso de separación de hecho, para atender al levantamiento de las cargas del matrimonio, responde el deudor con sus bienes propios.

En cuanto a la segunda cuestión, ante la falta de concreción del art. 1.368, y por igual razonamiento que respecto del art. 1.366, podemos concluir que las deudas a las que aquél se refiere pertenecen también al conjunto de débitos a los que va dedicado el art. 1.369: serían deudas de un cónyuge, porque por él y por su cuenta han sido personalmente contraídas, de cuyo cumplimiento, en consecuencia, y por aplicación del art. 1.911 C.c., responde con sus bienes privativos; que además son deudas de la sociedad, porque el art. 1.368 se está refiriendo a una serie de deudas que en las relaciones internas entre los cónyuges se imputarán al pasivo definitivo del patrimonio ganancial, de donde resulta la afección en garantía, también, de los bienes comunes, de modo que el cónyuge deudor responde, además de con sus bienes propios (art. 1.911), con los gananciales (art. 1.368), de forma indistinta (art. 1.369), sin que, al igual que sucedía en los supuestos del art. 1.366, ni el deudor ni su cónyuge puedan exigir la previa excusión en los bienes propios de aquél o en los gananciales.

Al margen del problema de la deuda y responsabilidad de la sociedad de gananciales cuando los cónyuges están separados de hecho, cabría preguntarse si subsiste la potestad doméstica en esa situación anormal en la convivencia de la pareja. Si la situación del matrimonio es normal, hemos dicho que la potestad doméstica, en lo que respecta al pasivo definitivo del patrimonio ganancial, es un concepto más restringido que el de cargas del matrimonio, además de que, según el sentido que le hemos dado a la expresión «responsabilidad directa» del art. 1.365, de las deudas contraídas por un cónyuge, no separado de hecho, en ejercicio de esa potestad, respondería primeramente con los gananciales, y sólo ante la falta o insuficiencia de éstos respondería con sus bienes propios; mientras que si se halla separado de hecho y la deuda se encamina al levantamiento de las cargas del matrimonio, respondería el deudor de su cumplimiento con los bienes gananciales (art. 1.368) y los suyos propios (art. 1.911) de forma indistinta (art. 1.369).

Entonces podría plantearse la duda, ante esta disyuntiva, si esa deuda contraída por un cónyuge en caso de separación de hecho lo ha sido en ejercicio de la potestad doméstica —en cuyo caso respondería directamente con los gananciales, por aplicación del art. 1.365.1— o al

margen de esta potestad familiar —en cuyo caso respondería indistintamente con los gananciales y con los suyos propios, conforme los arts. 1.368 y 1.369—.

Entiendo que la potestad doméstica subsiste en caso de separación de hecho, pero su ámbito ya no se contrae a lo que se tenga por «necesidades ordinarias de la familia conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma», sino que se amplía a lo que se entiende en la doctrina por «cargas del matrimonio», las que para Lacruz son el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia», esto es, a los gastos que enumera el párrafo primero del art. 1.362. Es ésta la que podría denominarse *potestad doméstica extraordinaria o potestad doméstica en caso de separación de hecho* (49).

Ante las opiniones enfrentadas que se han dado en la doctrina, entiendo que el ejercicio de esta potestad doméstica extraordinaria, al igual que la ordinaria, incumbe a ambos cónyuges —aun separados de hecho—, no sólo al cónyuge que tiene a los hijos comunes en su compañía y disfruta junto a los mismos del hogar familiar (50), pues el art. 1.368 no especifica a qué cónyuge se refiere, y aunque lo normal será, como señalan los hermanos Rueda Pérez, «que las obligaciones de esa naturaleza las contraiga el cónyuge que tiene a los hijos en su compañía», esa normalidad no debe impedir al otro cónyuge obligarse para subvenir al levantamiento de las cargas del matrimonio —que aun separado de hecho, sigue siendo verdadero matrimonio—; «incluso no sería impensable el caso de que ambos cónyuges se repartieren el cuidado de los hijos» (51), o que, a pesar de la separación de hecho, se mantuviere la convivencia de los cónyuges en el mismo domicilio, cuidando ambos de sus hijos (art. 87 Cc.) (52).

(49) En similares términos se expresa RAGEL (*ob. cit.*, p. 64), para quien la potestad doméstica, en caso de separación de hecho, y en lo que se refiere a las atenciones relativas a los hijos, no sólo permanece vigente, «sino que se amplía en la esfera de los hijos, que ya no va a estar ceñida a la satisfacción de las necesidades ordinarias, sino que comprenderá aquellas atenciones que, una vez pagadas, sean de cargo de la sociedad de gananciales».

(50) Al contrario de lo que entienden LACRUZ, «Derecho de Familia...» *cit.*, p. 435; GIMÉNEZ DUART, *ob. cit.*, p. 551, y RAGEL, *ob. cit.*, p. 62.

(51) RUEDA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 579. En el mismo sentido, MANRIQUE PLAZA, *Responsabilidad por deudas en la sociedad de gananciales*, en Academia Sevillana del Notariado 1989, pp. 13 y ss.; en concreto, p. 34.

(52) El Proyecto de Ley sobre régimen económico matrimonial en el Código civil, publicado en el B.O.CC.GG. de 4 de octubre de 1978, en el apartado cuarto de su art. 1.362 sí especificaba que tales obligaciones debían ser contraídas «por el cónyuge a cuyo cargo hubiera quedado el sostenimiento de la familia». Posteriormente, en el Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, publicado en el B.O.CC.GG. de 14 de septiembre de 1.979, desaparece toda referencia al cónyuge a cuyo cargo hayan quedado los hijos en caso de separación de hecho, y el entonces art. 1.368 se dedicaba sólo

Lo que sí puede suceder en caso de separación de hecho, al igual que en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria, es que los cónyuges se distribuyan internamente las facultades para el levantamiento de las cargas del matrimonio, pero este reparto —que puede llegar incluso a la concentración en uno y al vaciamiento en el otro—, de igual forma que en la potestad doméstica ordinaria, es sólo interno, es decir, que no podrá limitar las posibilidades de actuación *erga omnes* de cada uno de los esposos, ya que éstos se hallan legitimados en el tráfico para contraer todo tipo de deudas, en caso de separación de hecho, con las que subvenir al levantamiento de las cargas del matrimonio, pues la distribución de funciones no será tan aparente, ni podrá ser conocida por los contratantes, que a mayor abundamiento pueden incluso desconocer la separación de hecho, y a quienes no se les puede imponer la carga de realizar averiguaciones al respecto (53).

a establecer la afección de los gananciales «por las deudas contraídas en caso de separación de hecho, para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad legal de gananciales». Con esta redacción no está claro si el precepto permitía la actuación individual de un cónyuge, aun sin consentimiento de su consorte, o debía tratarse de actuación conjunta o de uno con el consentimiento, aun tácito, del otro, porque el art. 1.368 comenzaba su redacción con el adverbio «también», como hilvanando este artículo con el anterior, el art. 1.367, a cuyo tenor, «los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro». El motivo por el que se incluyó en la redacción definitiva del art. 1.368, que pasó a ser el texto vigente, la expresión «un solo cónyuge» no se debió al interés de que tales deudas fuesen contraídas por el cónyuge que tuviese a los hijos en su compañía, pues si así se hubiese querido se hubiera dicho claramente, evitando la ambigüedad -como hacia el anterior Proyecto de 1.978-, sino que la finalidad de esa adición consistió en aflojar el hilvan que unía el art. 1.368 al 1.367, ante el temor de los parlamentarios de que, en caso de separación de hecho, se respondiese con los gananciales tan sólo de las deudas comprendidas en el art. 1.368, eludiéndose la afección de los mismos que fijan otros preceptos.

(53) Para VÁZQUEZ IRUZUBIETA (*ob. cit.*, p. 271), la actitud que asuman voluntariamente los cónyuges separados de hecho no debe perjudicar en forma alguna los derechos de los terceros contratantes de buena fe, «porque para ellos, las cuestiones patrimoniales derivadas de tales actitudes conyugales y pese a todas las complicaciones que en su virtud puedan producirse, siempre será respecto de esos terceros *res inter alios acta*. Esas situaciones conflictivas y de difícil solución patrimonial respecto de los cónyuges, siempre serán atribuibles a ellos mismos y de ninguna manera puede ser transferida a otras personas», porque ellos son los únicos causantes de esa separación de hecho, «y si de ello debe derivar algún perjuicio, a nadie más que a los cónyuges es atribuible esa consecuencia».

Por ello, podemos llegar a admitir, con RAGEL (*ob. cit.*, p. 63) que «cuando el acreedor conoce que el cónyuge que contrata con él está separado de hecho y no tiene a los hijos en su compañía —*rectius*: que no tenga encomendado el levantamiento de las cargas del matrimonio— la actuación de tal cónyuge, tratándose de atenciones enumeradas en el art. 1.368, no desencadena la agredibilidad de los bienes gananciales, pues el deudor no tiene encomendada a su cuidado la satisfacción de esas necesidades».

Sobre el reparto interno de competencias en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria, vid. LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 293.

Ese reparto interno de competencias no puede servir de base a una pretendida acción de anulación ejercitada por el cónyuge del deudor cuando éste se ha extralimitado en el ejercicio de las funciones que le competen. Únicamente podrá tenerse como base para elucidar al pasivo de qué patrimonio, si al ganancial o al privativo del cónyuge deudor, se va a cargar el gasto producido. De esta forma, si la deuda ha sido contraída por el cónyuge a quien no correspondía y el cumplimiento forzoso de la misma se ha hecho efectivo sobre los bienes gananciales, por aplicación del art. 1.368, el desembolso efectuado se imputará, con carácter definitivo, al pasivo del patrimonio privativo del deudor, mientras que en el activo del patrimonio ganancial surgirá un crédito contra aquél por idéntico valor al del abono efectuado (art. 1.364 Cc.).

En definitiva, y como concluyen numerosos autores, la finalidad del art. 1.368 es reforzar la solvencia de los cónyuges, separados de hecho, en el tráfico jurídico (pues la responsabilidad directa de los gananciales, según el art. 1.365.1, se transforma en responsabilidad solidaria con los bienes propios del cónyuge deudor), y la de reforzar la confianza de los proveedores de la familia al extender el ámbito de los contornos normales de la potestad doméstica —los definidos en el apartado primero del art. 1.319 C.c.— a los que delimitan el concepto más amplio de las cargas del matrimonio, los del apartado primero del art. 1.362 Cc.

D) El artículo 1.367 C.c.: irrelevancia de la deuda de la sociedad

El artículo que titula este epígrafe establece que «los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro». Diseña el precepto transcrito un régimen de afección de los bienes gananciales en garantía frente a terceros en dos supuestos distintos: cuando la deuda la contraigan conjuntamente ambos cónyuges y cuando la contraiga uno solo pero con el consentimiento expreso de su esposo. En cuanto al primero de los supuestos, entienden los hermanos Rueda Pérez que el art. 1.367 no sólo exige que las obligaciones se

Sobre la certeza de la separación de hecho, TORRALBA (*ob. cit.*, p. 1.711) señala que «dado el sentido que se le atribuye al precepto —el 1.368—, hay que entender, por supuesto, no sólo que la separación de hecho no es necesario que conste con fehaciencia, sino que tampoco parece exigible la certeza, especialmente en lo que a los terceros se refiere, pues si todos los bienes gananciales van a seguir respondiendo en los términos señalados en los arts. 1.362 y 1.365 y la única finalidad del art. 1.368 es la de afirmar tal responsabilidad en lo que se refiere a los gastos de los hijos, parece evidente que a los terceros les es indiferente que tal separación de hecho conste o no conste con certidumbre».

contraigan por ambos cónyuges, sino que lo sean conjuntamente, en el sentido de unión en el acto de contraerlas (54). Ahora bien, a esa actuación conjunta hay que equiparar, de acuerdo con Torralba, el supuesto de deuda contraída por un cónyuge por sí solo y con poder del otro, y también el supuesto de actuación de un solo cónyuge ratificada posteriormente por el otro, de modo que no parece estrictamente precisa la simultaneidad (55). Y de estas deudas responderán ambos cónyuges con el patrimonio ganancial y con sus respectivos patrimonios privativos, vinculados estos últimos como consecuencia de la posición de deudores que pasan a ocupar (art. 1.911 Cc.) (56).

En cuanto al segundo de los supuestos que contempla el art. 1.367, el de obligaciones contraídas por un cónyuge con el consentimiento expreso del otro, para Mata Pallarés este consentimiento puede tener distintas naturaleza y alcance. En primer lugar habría que considerar el consentimiento prestado por un cónyuge como simple control de un acto enteramente ajeno, cual sería el caso del art. 1.320 si se tratara de vivienda familiar que tuviese el carácter de privativa del cónyuge disponente. En tales casos, de las deudas que surgiesen no respondería el deudor con los bienes gananciales, pues se trataría de una obligación puramente personal del cónyuge disponente (57).

En segundo lugar, habría supuestos en los que el consentimiento se presta en cumplimiento de una exigencia legal derivada del carácter ganancial de los bienes a los que el acto afecta: en esta situación se encontrarían los supuestos no exceptuados de la regla general del art. 1.375 C.c. de gestión y disposición conjunta de los gananciales. En ellos entiende el autor citado que las consecuencias de las obligaciones contraídas por un cónyuge con el consentimiento expreso del otro han de ser paritarias, «de modo que el cónyuge que sólo presta su consentimiento responde también con sus bienes privativos. De otra forma se establecería una distinción entre los efectos de un mismo acto de gestión o disposición de los gananciales, para el que la ley exige actuación conjunta, según que el contrato lo celebren los dos cónyuges —en cuyo caso responderían con los gananciales y los privativos de ambos— o uno solo con el consentimiento del otro» —en cuyo caso no quedarían afectos los bienes privativos del cónyuge que se limi-

(54) RUEDA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 573.

(55) TORRALBA, *ob. cit.*, p. 1704. En el mismo sentido, MATA PALLARÉS, *ob. cit.*, p. 337.

(56) Cf. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN («Derecho de Familia...» *cit.*, 189), para quienes también responden los bienes privativos de quienes contrajeron la deuda, «porque como deudores están siempre sujetos a la responsabilidad universal del art. 1.911 C.c.», cuya aplicación no excluye el art. 1.367 C.c.

(57) En el mismo sentido, ÁLVAREZ-SALA WALTHER, *Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular*, en *Revista de Derecho Notarial*, abril-julio 1981, pp. 7 y ss.; en concreto, p. 34.

tó a prestar su consentimiento, porque no se consideraría deudor; sólo respondería el otro cónyuge, en cuanto deudor, indistintamente con sus bienes propios y con los comunes— (58).

En tercer lugar, habría casos en los que un cónyuge presta su consentimiento a un acto celebrado por el otro que, por no estar comprendido en algunos de los supuestos que destacan la responsabilidad de los gananciales, daría lugar a la exclusiva responsabilidad del cónyuge actuante con sus bienes propios. Por ello, en estos supuestos, el consentimiento prestado por el consorte del actuante se limita a añadir la afección de los gananciales, pero no la de los bienes propios de quien únicamente prestó su consentimiento expreso (59).

Coincidimos con Mata Pallarés en cuanto al ámbito de los bienes afectos en garantía en los supuestos de los grupos primero y tercero, pero disintimos de su opinión en el caso de los supuestos del grupo segundo. Y hay varias razones para ello. Por una parte, como entiende Garrido Cerdá (60), el consentimiento prestado por un cónyuge tiene

(58) De similar parecer es ÁLVAREZ-SALA (*ob. cit.*, pp. 34-36), para quien «cuando el cónyuge que consiente la actuación de su consorte participa jurídicamente de las utilidades del acto, debe hacerse participe correlativamente de las responsabilidades que del mismo dimanen, esto es, su consentimiento lo convierte en parte del negocio jurídico consentido». Por ello, añade, cuando la ley, en orden a la gestión o disposición de bienes comunes, exige la conformidad de los cónyuges, actuando uno con el consentimiento, aun tácito o presunto del otro, «dado que la buena gestión de los bienes comunes les beneficia por igual y que común es también la contraprestación patrimonial que, en su caso, pudiera obtenerse», de tales actos responderá no sólo el patrimonio ganancial, sino incluso los privativos de ambos cónyuges. Incluso cuando cualquiera de los cónyuges puede indistintamente comprometer el patrimonio consorcial, su actuación, si no la veta el otro cónyuge, «envuelve un consentimiento presunto del mismo y, por tanto, una coinervención de los cónyuges; de este modo, el patrimonio que se compromete en responsabilidad frente a los terceros no es sólo el consorcial sino también el privativo de cada cónyuge». Incluso en el caso de actuación de un cónyuge con autorización judicial supletoria ante la falta de consentimiento de su consorte, entiende Álvarez-Sala que si el cónyuge que no consintió no recurre en el plazo legal la resolución judicial que autorice el acto, se entiende que la acepta, y el acto judicialmente autorizado tendría así el consentimiento tácito del cónyuge no otorgante y la garantía que supone la responsabilidad de todos los bienes de matrimonio, tanto los comunes como los privativos de cada cónyuge». Y también en el caso de que devenga firme la resolución judicial que autorice el acto por no estimarse el recurso del cónyuge que no prestó su consentimiento, no cabrá apreciar un consentimiento tácito del recurrente, pero al desestimarse la apelación, se infiere el carácter caprichoso de la oposición del cónyuge recurrente, por lo que, a pesar de su consentimiento forzado y no libre, el acto producirá todas sus consecuencias jurídicas, incluida la afección en responsabilidad ante terceros de todos los bienes del matrimonio, incluidos los privativos de cada cónyuge.

(59) Cf. MATA PALLARÉS, *ob. cit.*, pp. 337-339. En el mismo sentido, TORRALBA, *ob. cit.*, pp. 1.707-1.708; MANRIQUE PLAZA, *ob. cit.*, p. 29, y ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, *La ganancialidad pasiva*, en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre 1982, pp. 7 y ss.; en concreto, pp. 28-29.

(60) Citado por los hermanos RUEDA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 573.

sólo la virtualidad de comprometer los gananciales en garantía, pero no los privativos del cónyuge que presta su consentimiento expreso. Si un cónyuge por sí solo contrae una deuda de aquéllas que no dan origen a la afección de los gananciales, de la misma responderá con sus bienes privativos (art. 1.911) y su cuota de gananciales (arts. 1.373 y 1.911); si su consorte presta consentimiento a dicha deuda, éste se dirige solamente a afectar los gananciales en su totalidad en garantía del cumplimiento de aquélla, pero en absoluto vincula sus bienes privativos, todo ello sin perjuicio de que en fase de prueba se demuestre por el acreedor que ese consentimiento suponía su vinculación, bien como deudor principal junto a su consorte —y entonces se trataría de una deuda contraída conjuntamente—, bien como fiador.

Por otra parte, como señala Giménez Duart, no es posible deducir del art. 1.367, ni de algún otro precepto, la afección en garantía de los bienes privativos del cónyuge que se limita a prestar su consentimiento expreso, pues al no ser contratante, tampoco será deudor personal, por lo que no le alcanzará la imposición de responsabilidad del art. 1.911 C.c. (61).

Además, querer derivar la afección de los bienes privativos del cónyuge que presta su consentimiento expreso para no distinguir efectos respecto a cuando se trata de actuación conjunta puede resultar injusto. Puede suceder que el acto de gestión o disposición para el cual el Código exige actuación de ambos cónyuges (conjunta o de uno con el consentimiento del otro, arts. 1.375 a 1.378 C.c.), haya sido proyectado por uno solo de ellos, el cual, ante la tesitura de que su actuación individual sea anulada por su consorte si la realiza sin su consentimiento (art. 1.322 C.c.), lo ha solicitado del mismo, quien, no obstante no estar plenamente convencido de los resultados beneficiosos para la sociedad o la familia, ha asentido para no limitar la operatividad de su esposo y, posiblemente, para no enturbiar las relaciones personales de entrambos. Que de ello se quiera derivar que el cónyuge que se limita a prestar su consentimiento, en muestra de confianza a su esposo y al tercero que con él contrata de que no ejercerá la acción de nulación, tenga que asumir el riesgo de la actuación de su consorte en su propio patrimonio nos parece desmedido, sobre todo si no ha sido esa su voluntad (62). En el fondo la solución de cada concreto caso dependerá de la interpretación de la voluntad del cónyuge del actuante: si consintió en obligarse o en garantizar la obligación contraída por su consorte, quedarán

(61) GIMÉNEZ DUART, *ob. cit.*, p. 544. En el mismo sentido, RAGEL, *ob. cit.*, pp. 101-102, nota 16, y Díez-PICAZO y GULLÓN, «Derecho de Familia...» *cit.*, p. 189.

(62) Como gestor y titular del patrimonio ganancial es lógico que dado el potencial beneficio para éste que puede derivarse de la actuación de su consorte, el riesgo de esta actuación debe recaer en la totalidad del patrimonio ganancial. No sucede así con el patrimonio privativo del cónyuge que se limita a prestar su consentimiento, pues el acto a realizar por su consorte no producirá beneficio alguno en aquél.

afectos también, en garantía, sus bienes privativos; si se limitó a aprobar la actuación de su consorte para dotarla de plena validez, por ser necesario su consentimiento, no quedarán afectos sus bienes privativos, únicamente la totalidad de los gananciales.

Abundando en esta línea, de seguirse la opinión de Mata Pallarés habría que concluir, por idénticos razonamientos, que también respondería el cónyuge del deudor con sus bienes propios cuando ni siquiera prestó su consentimiento expreso, sino que se limitó a no anular la actuación de su consorte —de donde podría deducirse un consentimiento tácito—, lo cual me parece ya excesivo, porque obligaría a cada esposo a tener que impugnar toda actuación realizada por el otro sin su consentimiento expreso en aquellos supuestos en los que éste no está legitimado para actuar por sí solo, medida que de mantenerse supondría un aumento del riesgo de crisis de las relaciones matrimoniales y una limitación de la capacidad de maniobra de cada cónyuge que no creo que haya sido intención del legislador establecer, sobre todo del legislador de 1981.

Para no perjudicar en exceso al cónyuge que toma la iniciativa, precisamente en compensación por su diligencia y por el riesgo en que ha colocado su propio patrimonio contrayendo un débito que se imputará al pasivo definitivo del patrimonio consorcial, si su actuación persigue como fin, además, el levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1.362.1 C.c.), ante la agresión por el acreedor de sus bienes propios, si no restan gananciales con los que reembolsarse (art. 1.364 C.c.), siempre podrá instar de su consorte, que se limitó a prestar su consentimiento expreso, que contribuya al levantamiento de las mismas, y en caso de negativa podrá hacer uso de la acción que le concede el apartado segundo del art. 1. 318 C.c.

Hemos aseverado que del cumplimiento de las obligaciones contraídas bien conjuntamente por ambos cónyuges, bien por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro, responderán el deudor o los deudores con los bienes gananciales y con los suyos propios. La doctrina ha resaltado al respecto que, por la aplicación combinada de los arts. 1.367 y 1.369, la responsabilidad con los gananciales será solidaria con los bienes privativos de cada cónyuge. Por mi parte entiendo que esta responsabilidad de los gananciales es indistinta —solidaria en la expresión legal— no por influencia del art. 1.369, pues aunque si bien el art. 1.367 hace referencia a la deuda de un cónyuge, o de ambos, de la que responden con sus bienes privativos, sin embargo la responsabilidad de los gananciales que recoge no deriva, como hemos concluido para los arts. 1.366 y 1.368, del hecho de que esa deuda del o los cónyuges sea, además, deuda de la sociedad —que podrá o no serlo, pero que para fijar la sujeción de los gananciales en garantía por las deudas que recoge el art. 1.367 es indiferente—, sino del tenor del propio precepto cuando dispone que «los gananciales responderán en todo caso». Con esta afirmación el art. 1.367 fija la sujeción de los ga-

nanciales con independencia de la finalidad perseguida por el deudor o los deudores al obligarse, esto es, sin considerar si la deuda contraída es o no carga de la comunidad, que puede serlo, pero que también puede tratarse de una deuda de pasivo definitivo del patrimonio privativo de uno de los esposos. En definitiva, si la deuda la contraen los dos cónyuges conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento expreso del otro, responderán los bienes gananciales en todo caso, es decir, tanto si se trata de una deuda de pasivo definitivo de la sociedad, como si lo es del patrimonio privativo de alguno de los cónyuges (63).

Y es sujeción solidaria con los bienes privativos porque en el supuesto de actuación conjunta ambos cónyuges quedan vinculados frente al tercero con quienes contratan en calidad de deudores, y como tales, del cumplimiento de la obligación contraída responden con todos sus bienes, presentes y futuros (art. 1.911 Cc.), teniéndose por todos estos bienes de ambos cónyuges los privativos de cada uno de ellos y los gananciales en cuanto que son titulares de la comunidad conyugal. En el caso de actuación de un cónyuge con el consentimiento expreso del otro, la vinculación de los gananciales resulta, como ya hemos dicho, del consentimiento expreso que presta el cónyuge de quien se obliga, que más que dirigirse a motivar la confianza del tercero con quien se obliga su esposo —y la de éste mismo— en el sentido de que no pretenderá la anulación de su actuación (pues para ello, en puridad, bastaría incluso el consentimiento tácito, como se desprende del tenor literal de los arts. 1.322, 1.376 y 1.377 Cc. además de que los actos de obligación que no impliquen actos de administración o disposición no están vedados por el Código a la actuación unilateral de cada cónyuge), ese consentimiento expreso se dirige —de ahí precisamente la exigencia de que sea expreso— a ofrecer al acreedor la garantía de los bienes gananciales, que se viene añadir a la ya fijada, por aplicación del art. 1.911, garantía de los bienes propios de quien se ha vinculado en cuanto deudor.

Si ambos cónyuges se obligan conjuntamente, hemos dicho que responden, además de con los gananciales, con sus bienes propios. Al respecto entiende un sector de la doctrina, en este caso mayoritaria, que la deuda de cada uno de los cónyuges es mancomunada por aplicación del art. 1.137 C.c., salvo consignación del carácter solidario de la deuda, de forma que ante la falta o insuficiencia de bienes comunes, si

(63) Cf. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN («Derecho de Familia...» *cit.*, p. 190, nota 3), quienes ante la duda de si efectuar la imputación contable al debe del patrimonio privativo del cónyuge y el correspondiente crédito al activo del patrimonio ganancial, o si, habiendo acuerdo entre los cónyuges, éste produce por sí solo la detracción de la ganancia que pueda suponer la acción de los acreedores contra los bienes gananciales, esto es, que el acuerdo signifique una voluntad común de «dar de baja» en el activo del patrimonio ganancial el bien objeto de persecución, se inclinan por la primera opción por parecerles más justa.

el acreedor se dirigiere primeramente contra ellos, cada cónyuge responderá por mitad con sus bienes propios (64).

Por mi parte, considero más bien, en contra de esta opinión casi unánime, que la responsabilidad de cada cónyuge con su propio patrimonio es solidaria, junto a la responsabilidad, también solidaria, del patrimonio consorcial, de modo que el acreedor podrá dirigirse, en un primer lugar, contra cualesquiera de los tres patrimonios garantes, sin que ninguno de los cónyuges pueda oponer que su responsabilidad sólo alcanza hasta la mitad del débito común.

Ante quienes pretendan objetar la regla general de mancomunidad que resulta de los arts. 1.137 y 1.138 Cc., he de recordar la reiterada doctrina jurisprudencial al respecto interpretando correctoramente los preceptos citados: desde entender que no es preciso que se utilice, a la hora de establecer el vínculo, el término solidaridad u otro determinado, pues basta que los que se empleen, por su significación gramatical y lógica, evidencien la voluntad de los contratantes de deber prestar o poder pedir íntegramente la prestación (ss. TS 1 diciembre 1891 y 8 julio 1915); pasando por las que declaran suficiente para la deducción de la solidaridad con interpretar la intención de las partes, inferida de las circunstancias concurrentes en el contrato (ss. TS 7 enero 1984 y 26 abril 1985); hasta llegar a las que presumen la solidaridad de la unidad de negocio, empresa, prestación profesional o fin de las prestaciones (65) (s. TS 2 marzo 1981), a pesar de que los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia (s. TS 7 abril 1983), descartándose la solidaridad únicamente donde hay una mera identidad casual de fines, prestaciones o naturalezas (ss. TS 13 febrero y 14 junio 1982, y 7 abril 1983) (66). Con ello, como concluye Clavería Gosálbez comentando la de 7 abril de 1983, «nos hallamos ante una solidaridad que no se produce porque haya sido convenida expresamente, ni siquiera es posible inferirla de la conducta de las partes («presunción de solidaridad», «solidaridad negocial» propiamente dicha), como, interpretando muy forzosamente los arts. 1.137 y 1.138 C.c., viene sosteniendo la jurisprudencia desde hace años». Todo ello, según Clavería, «más que desarrollar o matizar los arts. 1.137 y 1.138 C.c., los contradice y corrige (realmente los infringe), al desconectar el fenómeno de la solidaridad de la voluntad real o hi-

(64) Cf. LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 432; MATA PALLARÉS, *ob. cit.*, p. 337; TORRALBA, *ob. cit.*, p. 1707, y SANTOS BRIZ, *Derecho civil. Teoría y práctica*, t.V: «Derecho de Familia»; Madrid 1982, p. 224.

(65) Unidad de fin de las prestaciones que para la S. 3 abril 1983 consiste en «estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor».

(66) Una panorámica general sobre el problema de la solidaridad y mancomunidad puede verse en LACRUZ, «Derecho de obligaciones...» *cit.*, pp. 47-50, y Díez-PICAZO, «Fundamentos...» *cit.*, pp. 408 y ss.

potética de las partes del contrato o negocio jurídico que generó las obligaciones» (67).

Además, como señala Blanquer Uberos, es más razonable que contrayendo conjuntamente ambos cónyuges como tales se deduzca, respecto de uno y de otro, la misma consecuencia que se predicaría del cónyuge deudor si éste hubiese contraído la obligación con el consentimiento expreso del otro, a saber: la responsabilidad del deudor con los gananciales y con los suyos propios, pues, «es más lógico que contrayendo ambos cónyuges la ley no haga más incómoda la posición del acreedor», ya que, si se aplicarán los arts. 1.137 y 1.138 C.c., «tendría que dividir su acción entre uno y otro cónyuge, rompiéndose así el principio de contemplación de ambos cónyuges como formando una posición jurídica subjetiva unitaria en virtud del vínculo entre ellos, derivado no ya del vínculo, sino de la propia relación de gananciales» (68), lo que, a mayor abundamiento, según entiendo, sería suficiente para, con base en la doctrina jurisprudencial, presumir el carácter solidario de la obligación de cada cónyuge.

E) Los artículos 1.371 y 1.372 Cc. y la deuda de la sociedad: la responsabilidad exclusiva de los bienes privativos del deudor

Respecto de las deudas de juego, es doctrina dominante que si la contraída por un solo conyuge —en juego lícito o prohibido, pues el art. 1.371 Cc. no distingue— ha sido satisfecha con bienes gananciales, este pago no disminuirá la parte respectiva que al cónyuge deudor corresponda en la liquidación de la sociedad, siempre que el importe de la deuda de juego pueda considerarse moderado, pues en estos casos la deuda se imputa al pasivo definitivo del patrimonio común.

Si la deuda de juego contraída por un cónyuge no ha sido aún satisfecha y el acreedor pretendiera su cumplimiento forzoso, habría que distinguir si el origen de la misma es un juego lícito o, por contra, se trata de un juego prohibido por ley. En caso de provenir de juego prohibido, la ley no concede al acreedor acción para reclamar su crédito (art. 1.798 Cc.), por lo que el cónyuge deudor no responderá de la misma ni con sus bienes propios y menos aún con los bienes gananciales. En caso de derivarse la

(67) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Comentario a la S.TS de 3 de abril de 1983*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 1983, pp. 525 y ss. en concreto, p. 533. El propio Tribunal Supremo es consciente de su actitud, pues en la sentencia comentada por CLAVERÍA declara, en su 5.º CDO., que «el pacto expreso de solidaridad no es exigido por la doctrina científica ni en cierto modo por la jurisprudencia misma, dándose así una interpretación semicorrectora al art. 1.137 C.c. como estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, lo mismo que en garantía de los perjudicados en actos ilícitos extracontractuales, por haber en ambos casos *comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones* de los diversos deudores, al manifestarse una interna conexión entre ellas, descartándose la solidaridad únicamente allí donde hay una *mera casual identidad de fines o prestaciones*».

(68) BLANQUER UBEROS, *ob. cit.*, pp. 121-122, nota 110.

deuda de juego lícito, la ley sí concede al acreedor acción para reclamar el cumplimiento del débito (art. 1.801 C.c.), y en caso de cumplimiento forzoso el acreedor podrá agredir tan sólo («exclusivamente», dice el art. 1.372 C.c.) el patrimonio privativo del cónyuge deudor (69), a pesar de que en las relaciones internas entre cónyuges esa deuda de juego pagada con bienes privativos del deudor quedará a cargo del consorcio hasta el límite de lo que se tenga por moderado (art. 1.371 C.c.), con lo cual el cónyuge que sacrificó bienes propios para el pago de la deuda podrá reembolsarse en la cuantía del importe satisfecho, igualmente con el límite de la moderación, a costa del caudal común (art. 1.364 C.c.) (70).

Existe un debate abierto en la doctrina acerca de si el deudor por juego lícito responde exclusivamente, como literalmente dice el art. 1.372 C.c., con sus bienes propios (71), o si, por contra, el acreedor, a falta o por insuficiencia de aquéllos, puede hacer uso de la facultad de pedir el embargo de bienes gananciales que le concede el art. 1.373 C.c. a los acreedores por deudas privativas de un cónyuge (72). Al respecto, por todos, Ragel entiende que el legislador ha pretendido en el art. 1.372 Cc. resolver las dudas sobre la calificación, consorcial o privativa, del débito de juego lícito, aclarando que es propio al indicar con rotundidad que respondan exclusivamente los bienes privativos. «Pero tal rotundidad le lleva a decir algo que es incierto: si el cónyuge deudor responde exclusivamente con sus bienes privativos sería una clara excepción del art. 1.911 Cc., pues estaría respondiendo, sin pacto que lo ampare, con menos bienes de los que tiene». Por ello no le parece adecuado que el cónyuge deudor responda sólo con sus bienes propios, máxime, entiende, cuando no hay razón «que justifique que el acreedor por juego lícito sea de peor condición que los demás acreedores particulares» (73). Además, considera que el patrimonio del deudor está suficientemente protegido por el art. 1.801 Cc., sin que

(69) Teniendo presente que el juez podrá desestimar la demanda cuando la cuantía del débito sea excesiva, o podrá reducir su importe en lo que excediere de los usos de un buen padre de familia (apartado segundo del art. 1.801 Cc.).

(70) Cf. LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, pp. 437 y 440-441; TORRALBA, *ob. cit.*, p. 1.733; BLANQUER UBEROS, *ob. cit.*, p. 131; GIMÉNEZ DUART *ob. cit.*, pp. 549-550; MARTÍNEZ CALCERRADA, *ob. cit.*, pp. 235-236 y 247-248; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *ob. cit.*, pp. 281-282, y RAGEL, *ob. cit.*, pp. 106-109. Díez-PICAZO y GULLÓN (*ob. cit.*, p. 192) preconizan una interpretación correctora de los arts. 1.371 y 1.372 Cc. con el fin de que hasta el monto de lo que se tenga por moderado respondan los gananciales. En el mismo sentido que éstos últimos, DE LOS MOZOS, «Comentarios...», vol. 2.º *cit.*, p. 250, y ABELLÓ MARGALEF, *ob. cit.*, pp. 809 y 815.

(71) Cf. BLANQUER UBEROS, *ob. cit.*, pág. 131; MATA PALLARÉS, *ob. cit.*, p. 340; MARTÍNEZ CALCERRADA, *ob. cit.*, pp. 236 y 248, y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *ob. cit.*, p. 282.

(72) Así, LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, pp. 440-441; GIMÉNEZ DUART, *ob. cit.*, pp. 549-550, y TORRALBA, *ob. cit.*, p. 1.733.

(73) Precisamente puede deducirse del art. 1.801 Cc. que todo acreedor por juego lícito puede llegar a ser de peor condición que cualesquiera otros acreedores.

sea necesario que, asimismo, resulte beneficiado por la exclusión de una parte del patrimonio garante. Por todo ello, concluye que «el art. 1.372 Cc. pretende excluir la garantía directa del patrimonio ganancial y calificar la deuda de juego lícito como privativa. Pero tal calificación no impide que los acreedores por juego lícito utilicen el mecanismo del art. 1.373 Cc. y puedan, por esa vía, agredir subsidiariamente los bienes gananciales» (74).

Más bien prefiero la literalidad del precepto, y si ésta no se quiere considerar suficiente argumento, su génesis puede sernos de ayuda. En el proyecto de ley sobre régimen económico matrimonial en el Código civil, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales número 155, de 4 de Octubre de 1.978, las deudas de juego aparecían reguladas en el que se pretendía que fuera, según el proyecto, art. 1.367 Cc., a cuyo tenor: «lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego no disminuirá su parte respectiva de los gananciales (75). Será de aplicación lo dispuesto en el artículo siguiente a lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en los juegos en que la ley concede acción para reclamar lo que se game».

Ese artículo siguiente al que alude el precepto transcrito, el art. 1.368 del Proyecto de 1.978, establecía el régimen de responsabilidad por las deudas propias de un cónyuge, el cual, al igual que el actual art. 1.373 Cc., concedía al acreedor privativo la facultad de pedir el embargo de bienes gananciales ante la falta o insuficiencia de bienes propios del cónyuge deudor (76). A la vista de ello habría que concluir que en el Proyecto de 1978, por las deudas de juego lícito no respondía el cónyuge deudor exclusivamente con sus bienes propios, pues se recogía la responsabilidad subsidiaria con los bienes gananciales.

En el Proyecto de ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14 de septiembre de 1979, que pasó a convertirse, tras las enmiendas que prosperaron, en la actual Ley 11/1981, de 13 de mayo, se regulaba esta materia de igual forma que en su antecesor, el Proyecto de 1978. Su art. 1.371 tenía prácticamente la misma redacción que el que pasó a ser ac-

(74) RAGEL, *ob. cit.*, pp. 107-108.

(75) La diferencia entre el precepto transcrito y el art. 1.371 Cc. estriba tan sólo en la adición a este último del carácter moderado de la pérdida con arreglo al uso y circunstancias de la familia.

(76) El precepto literalmente decía: «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de aquellas deudas propias que no estén comprendidas en los artículos anteriores. Si no tuviere bienes privativos o éstos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo y remate de la parte que al cónyuge deudor corresponda en la sociedad legal de gananciales; en cuyo caso se procederá a la disolución y liquidación de ésta de conformidad con lo dispuesto en la sección cuarta de este capítulo...».

tual art. 1.371 Cc., salvo que en aquél no se hacía mención al carácter moderado de la deuda (77); y su art. 1.372, que también regulaba el pasivo provisional por las deudas de juego, al igual que el actual art. 1.372 Cc., sin embargo tenía una redacción por completo diferente a la del texto definitivo, pero idéntica a la del párrafo segundo del art. 1.367 transcrito del Proyecto de 1978, pues establecía: «será de aplicación lo dispuesto en el artículo siguiente a lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en los juegos en que la ley concede acción para reclamar lo que se gane».

Este artículo siguiente al que se remite el precepto era el que regulaba la facultad del acreedor por deudas particulares de un cónyuge para pedir el embargo de bienes gananciales a falta o por insuficiencia de bienes propios del cónyuge deudor, esto es, el equivalente al actual art. 1.373 Cc. (78).

A la vista de estos antecedentes, si en el texto de la actual Ley 11/1981 se suprime la remisión al artículo siguiente, el 1.373, para, en su lugar, recoger la responsabilidad del cónyuge deudor por juego *exclusivamente con sus bienes propios*, podemos entender que este cambio se debe a que el legislador ha creído más oportuno preservar en estos casos al máximo el patrimonio ganancial, excluyéndolo de toda posible agresión por parte de los acreedores por juego, incluso aunque esa agresión sea en forma subsidiaria.

Si se objeta a esta interpretación, como hacía Ragel, que con ello se estaría estableciendo una clara excepción, nada conveniente, del art. 1.911 Cc., manteniéndose la opinión contraria la excepción podría seguir existiendo, e incluso ser de superior calibre, por la vía del art. 1.801 C.c. Además, si en el apartado segundo del art. 1.801 C.c. la limitación de responsabilidad —mejor, del ámbito de los bienes sujetos en garantía— queda al arbitrio del juez, el legislador ha podido considerar oportuno limitarla él directamente cuando se trate de deuda de juego lícito contraída por un cónyuge sometido a las reglas de la sociedad de gananciales.

En conclusión, y respecto a sí las deudas de juego lícito contraídas por un cónyuge pertenecen al conjunto al que alude el art. 1.369 Cc., podemos decir que, si bien las mismas son deudas de un cónyuge de las que responde con sus bienes propios, y son también deudas de la sociedad, pues en las relaciones internas entre los cónyuges se imputará con

(77) La dicción del precepto era la siguiente: «Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego no disminuirá su parte respectiva de los gananciales».

(78) El art. 1.373 del Proyecto de 1979 disponía: «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de aquellas deudas propias que no estén comprendidas en los artículos anteriores. Si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de la parte que al cónyuge deudor corresponda en la sociedad de gananciales...».

carácter definitivo al pasivo del patrimonio ganancial (art. 1.371 Cc.), sin embargo, en contra de la regla del art. 1.369, no responderá el deudor con los gananciales, ni solidaria ni subsidiariamente.

III. RESPONSABILIDAD CON LOS GANANCIALES POR LAS DEUDAS DE LA SOCIEDAD: LOS ARTICULOS 1.369 Y 1.362 Cc.

Resumiendo todo lo que hasta ahora hemos analizado, tenemos que son deudas de un cónyuge, de cuyo cumplimiento responde con sus bienes propios, pero que, a su vez, son deudas de la sociedad, motivo por el cual también responde el cónyuge deudor, además de con sus bienes propios, solidariamente con los bienes gananciales (art. 1.369), las deudas que contraiga él solo y que puedan subsumirse en los arts. 1.366 y 1.368 Cc. Pero, ¿qué otras deudas cabe incluir en el art. 1.369?

En los artículos analizados, el Código ofrece a los acreedores la garantía del patrimonio de la sociedad por alguno de estos dos fundamentos: que la deuda la contraiga quien o quienes están legitimados para ello, o bien, de forma alternativa, que la deuda contraída sea de pasivo definitivo del patrimonio ganancial. Al primero de estos dos fundamentos responden los arts. 1.365, 1.367 y 1.368; al segundo, el art. 1.366. En los supuestos de los arts. 1.365, 1.368 y 1.367 cuando se trata de actuación de un cónyuge con el consentimiento expreso del otro, el acto realizado será plenamente válido y eficaz; nada podrá obstar el cónyuge del deudor, pues su consorte estaba legitimado para ello (salvo, claro está, probar que la concreta actuación realizada por el deudor excede del ámbito de legitimación que le corresponde) y, precisamente para no defraudar la confianza de los terceros frente a quienes ha actuado el deudor, éste responde del cumplimiento de la obligación contraída con los bienes gananciales, aun cuando la misma no sea de pasivo definitivo del patrimonio ganancial.

En los supuestos del art. 1.366, la deuda que deriva de la actuación de un solo cónyuge se pone a cargo de la comunidad por especial consideración a la misma: por su carácter de obligación extracontractual derivada de una actuación beneficiosa para la sociedad o de una actuación en el ámbito de la administración de los bienes en sentido amplio, sin entrar a valorar si el cónyuge estaba o no legitimado para actuar; y precisamente por tratarse de una deuda de la sociedad, de una deuda que en las relaciones internas entre los cónyuges se va a imputar al pasivo definitivo del patrimonio consorcial, el Código, en este caso principalmente en protección del cónyuge deudor, afecta los gananciales frente a los acreedores en garantía del cumplimiento de las obligaciones, sin que, igualmente, nada pueda obstar el cónyuge del deudor por

haber actuado su consorte fuera de su específico ámbito de legitimación (79).

El art. 1.369 se refiere a una serie de deudas de un cónyuge que lo son además de la sociedad, sin entrar a considerar si esas deudas contraídas lo han sido en el ámbito de legitimación que individualmente le está reservado. En esta línea, el art. 1.362 enumera un conjunto de deudas de la sociedad que no están todas incluidas en los arts. 1.365, 1.366 y 1.368, y que también pueden ser contraídas individualmente por un cónyuge. En consecuencia, por aplicación del art. 1.369, de las mismas debe responder el cónyuge deudor solidariamente con sus bienes propios y con los gananciales, por tratarse de deudas de la sociedad (80).

Llego a esta conclusión porque no aprehendo el fundamento por el que la ley excluye la afección de los gananciales en garantía del cumplimiento de esta conjunto de deudas contraídas por un cónyuge. Por qué en el caso de la deuda contraída por un solo cónyuge que pueda subsumirse en alguno de los números del art. 1.362, pero que, por contra, no se incluya en los supuestos de los arts. 1.365, 1.366 y 1.368, se priva (81) a los acreedores de la garantía del patrimonio ganancial cuando, precisamente si esa actuación del deudor excedió de su ámbito de gestión individual, su consorte podrá anular la (art. 1.322 C.c.) y

(79) Podría sostenerse también, creo que con mayor exactitud, que al primero de los fundamentos expresados en el texto (que la deuda la contraiga quien o quienes están legitimados para ello) no corresponde el art. 1.365 en bloque, sino sólo su apartado primero; mientras que el segundo, por su parte, parece responder al otro: que la deuda contraída sea de pasivo definitivo del patrimonio ganancial. Estas deudas se ponen a cargo de la sociedad también por especial consideración a las mismas: por el carácter de bienes comunes que se atribuye a los frutos de los bienes privativos y a los ingresos profesionales de cualquier clase. Además, en los supuestos del apartado segundo del art. 1.365, el cónyuge del deudor, para evitar la responsabilidad directa con los bienes gananciales, no deberá demostrar que su esposo no estaba legitimado para actuar en tal sentido —pues, obviamente, si se trata de sus bienes propios y del ejercicio de su profesión, arte u oficio, quién sino él estará legitimado para administrar sus bienes y ejercer su profesión—, sino, en todo caso, que la deuda deriva de un acto de administración extraordinaria o de un ejercicio extraordinario de la profesión, el arte o el oficio. Quizás, por ello, estas deudas, las del apartado segundo del art. 1.365, también pertenezcan al conjunto al que alude el art. 1.369 C.c.: serían deudas de un cónyuge, de cuyo cumplimiento responde con sus bienes privativos (art. 1.911 C.c.), pero que, además, son deudas de la sociedad, porque los apartados tercero y cuarto del art. 1.362 las imputan al pasivo definitivo del patrimonio ganancial, de donde deriva que el cónyuge deudor responderá de las mismas también con los bienes gananciales (art. 1.365.2 C.c.) de forma indistinta (art. 1.369 C.c.).

(80) Cabe pensar, para LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, pág. 437), «que una vez demostrado que una deuda debe ser carga de la comunidad (art. 1.362), podrá hacerse ésta efectiva sobre dichos bienes desde el primer momento, aunque no se halle incluida en los supuestos del art. 1.365, para evitar un rodeo innecesario».

(81) Más que privación, se les impediría una carga adicional para el cobro de sus créditos, pues siempre les quedaría la garantía de los bienes gananciales o, cuando menos, del haber del cónyuge deudor en la liquidación de la sociedad; pero para ello deben hacer previa excusión en los bienes propios del deudor, según el art. 1.373 C.c.

evitar así la garantía del patrimonio ganancial frente a los acreedores. Pero mientras esa anulación no se insta, o cuando se ha confirmado expresa o tácitamente o se ha convalidado la actuación del cónyuge deudor, por qué ha de excluirse la garantía del patrimonio ganancial frente a los acreedores con quienes contrató el cónyuge deudor, cuando, precisamente si no se anuló, será una deuda que en las relaciones internas entre los cónyuges se imputará al pasivo definitivo del patrimonio social.

Hay autores que entienden que fuera de los supuestos contemplados en los arts. 1.365, 1.366 y 1.368, la sociedad de gananciales no queda obligada, mejor, no responde en garantía más que cuando actúan los dos cónyuges conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento expreso del otro (82). Y en el supuesto en que un cónyuge actúe con el consentimiento tácito del otro, la deuda que contraiga no podrá considerarse consorcial, esto es, el acreedor no podrá agredir, en caso de cumplimiento forzoso, los bienes comunes más que utilizando la vía del art. 1.373 C.c., pues, según Ragel, la finalidad del art. 1.367 es clara: exigir el consentimiento expreso del cónyuge no deudor, porque para que el acreedor pueda hacer uso de la facultad que le concede el Código de poder agredir los bienes gananciales, fuera de los supuestos de los arts. 1.365, 1.366 y 1.368, debe cumplirse ese requisito imprescindible: que el consentimiento prestado por el cónyuge del deudor sea precisamente expreso. Y si no existe ese tipo de consentimiento, «el acreedor debe probar que la actuación llevada a cabo por el cónyuge deudor está incluida dentro de las reguladas en los arts. 1.365, 1.366 y 1.368, para poder agredir directamente los bienes gananciales» (83).

Añade a ello este autor que «una cosa es que el art. 1.322 conceda validez a la confirmación expresa o tácita del acto de disposición a título oneroso efectuada por el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido, y otra cosa es que las consecuencias del consentimiento tácito sean las previstas en el art. 1.367, que no se refiere a la validez del acto, sino a la cuestión de responsabilidad. Por lo tanto, el consentimiento tácito debe tener relevancia para determinar la validez del acto realizado por uno de los cónyuges, no para desencadenar la responsabilidad directa de todos los bienes gananciales, pues el art. 1.367 exige que el consentimiento sea expreso, para que puedan producirse tales efectos» (84).

(82) Cf. RAGEL, *ob. cit.*, pág. 143, y TORRALBA, *ob. cit.*, p. 1.722, quien, no obstante, no especifica que dicho consentimiento deba ser expreso.

(83) RAGEL, *ob. cit.*, pp. 101-103.

(84) RAGEL, *ob. cit.*, p. 148, a lo que añade, además, que «no parece lógico que se obligue a que uno de los cónyuges proceda a impugnar judicialmente o a notificar fehacientemente a los acreedores la desautorización de cada una de las operaciones realizadas por su consorte, para eludir, de esta manera, que el patrimonio ganancial sea agredido directamente». En contra de la opinión de RAGEL expresada en el texto, LA-

Discrepo abiertamente de esta concepción. La capacidad de obrar de una persona no se ve alterada en absoluto por el hecho del matrimonio, y menos aún por que el régimen económico matrimonial sea el de la sociedad de gananciales. Todos los actos y contratos que realice u obligaciones que asuma son válidos, siempre que se cumplan los requisitos esenciales de validez de los mismos. Si está casada bajo régimen de gananciales lo único que sucede, que no es poco, es que en determinadas ocasiones hará falta la concurrencia o el consentimiento, expreso o tácito, de su consorte; y si ese consentimiento no existe, el acto o

CRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, p. 431) señala que los bienes gananciales pueden responder de las deudas contraídas por un solo cónyuge por diversos fundamentos, como sucede en los casos de los arts. 1.365 y 1.362. Mas a falta de alguno de estos fundamentos «la conjunción que exige el legislador es precisamente en la asunción de la deuda y en la voluntad de comprometer el acervo común, y esa voluntad puede faltar. Serán, pues, las circunstancias del caso las que permitan decidir sobre la vinculación o no de los gananciales». Añade como ejemplos los siguientes: «si el marido toma dinero a préstamo como acto de gestión del consorcio, la mujer no tendrá la carga de impugnar el negocio para impedir que responda la masa consorcial: basta con que no concorra; en cambio, si el marido solo vende una finca común y caduca la acción anulatoria de la mujer, la acción de saneamiento por evicción podrá hacerse efectiva sobre los bienes del consorcio», porque en tales casos ha de entenderse que sobre la mujer pesaba la carga de impugnar la actuación de su cónyuge para anularla y evitar con ello la vinculación de los bienes gananciales.

A la opinión de LACRUZ añade TORRALBA (*ob. cit.*, pág. 1.705) que, en definitiva, habría que distinguir dos supuestos, aquellos en los que uno de los cónyuges se limita a contraer una obligación, sin que la misma aparezca unida a un acto de administración o disposición relativo a los bienes comunes, y aquéllos en los que esa obligación contraída por un solo cónyuge sea consecuencia de un acto de administración o de disposición respecto del cual la ley requiere que el cónyuge actúe con el consentimiento del otro (art. 1.322 Cc.): en el primer caso, «la obligación será válida si se han cumplido todos los requisitos establecidos por las normas generales al respecto y, naturalmente, tal obligación habrá que considerarla como deuda propia de uno de los cónyuges, lo cual respecto del patrimonio ganancial se regirá por las normas del art. 1.373 C.c...., y si el otro cónyuge, cuando se embarguen los bienes gananciales, no ejercita la facultad del apartado primero del art. 1.373, se producirá una especie de consentimiento tácito y de esa deuda responderán todos los bienes gananciales». En el segundo caso, «el cónyuge que no prestó el consentimiento podrá impugnar el acto y si no lo hace, el acto quedará confirmado en el plazo de cuatro años del art. 1.301 C.c.». Confirmado el acto, «las obligaciones derivadas del mismo se podrán ejecutar sobre todo el patrimonio ganancial, sin que el cónyuge que hubiera dado lugar a esa confirmación pueda ejecutar la facultad a que se refiere el párrafo primero del art. 1.373».

Para ÁLVAREZ-SALA (*ob. cit.*, p. 35), «apreciar esa común intervención de los cónyuges en la gestión o disposición de los bienes comunes, cuando actúa uno con el consentimiento expreso del otro, parece muy razonable. Pero más dudoso es si cabe seguir apreciándola cuando un cónyuge actúa con el consentimiento no expreso, sino tácito o incluso presunto, de su consorte. Consentimiento tácito existe, v. gr., si caduca la acción impugnatoria del acto carente del consentimiento preceptivo del otro cónyuge». Y, a su parecer, es «razonable estimar que el acto tácitamente confirmado produce iguales efectos vinculatorios para la sociedad de gananciales que el expresamente consentido, pues así lo exige la noción técnico-jurídica de confirmación del negocio», pese a que una interpretación *a sensu contrario* del art. 1.367 Cc. pudiera inducir a pensar otra cosa.

contrato seguirá siendo válido, aunque anulable (85), siendo el consorte del cónyuge actuante quien deba pechar con la carga de anular la actuación de su consorte (86).

Ahora bien, para que esa actuación de un cónyuge, válida pero anulable por su consorte, pueda vincular los bienes gananciales, debe ser de aquéllas que en las relaciones internas entre los cónyuges van a quedar a cargo de los gananciales, una deuda de pasivo definitivo del patrimonio ganancial (arts. 1.362, 1.366 y 1.368, con excepción de las deudas de juego, art. 1.371); o de aquéllas que, no siendo de cargo definitivo de los gananciales, la ley faculta al acreedor para agredir directamente los bienes gananciales, en protección a la apariencia creada como resultado de la legitimación para actuar que tiene el cónyuge (las del art. 1.365.1 que exceden del art. 1.362, supuestos en los que el cónyuge del deudor no podrá anular su actuación). A falta de cualquiera de estos dos fundamentos, para que la actuación de un cónyuge pueda comprometer, en garantía, el acervo común frente a los acreedores, el Código exige la conjunción de ambos cónyuges en la asunción de la deuda, o la voluntad expresa del cónyuge del actuante de comprometer el acervo común.

El art. 1.367 Cc. es claro: con independencia de que la obligación contraída sea de cargo de los gananciales (arts. 1.362, 1.366 y 1.368) o no lo sea, los bienes gananciales responderán en todo caso, es decir, siempre que la misma lo haya sido bien conjuntamente por ambos cónyuges, bien por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro. Cuando se produce el supuesto de hecho de esta norma, su consecuencia jurídica inmediata es la afectación de los bienes gananciales en garantía, sin excepción posible. Pero de ello no puede derivarse que no produciéndose el supuesto de hecho de la norma (porque la obligación

(85) Cf. LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, pp. 296-299. No obstante, DELGADO ECHEVERRÍA (en los *Elementos de Derecho civil* de LACRUZ, t. II, vol. 2.^o: «Derecho de obligaciones: teoría general del contrato»; Barcelona 1.987, pp. 357-358) entiende que el contrato anulable debe considerarse originariamente inválido e ineficaz, ya que en la medida en que el Ordenamiento no le imputa más que un efecto provisional, no le imputa en absoluto el efecto impugnado como querido por las partes. Puede ser plenamente eficaz si, quien puede no hace valer la causa de anulación. Hecha valer ésta, el contrato será desde siempre y para siempre ineficaz con la misma amplitud como si se tratara de nulidad de pleno derecho. De otra parte, la tesis que atribuye validez al contrato anulable mientras no sea impugnado no se compagina bien con preceptos como los arts. 156.8 y 169 R. Not. y 94 Rh., de los que se infiere que, en general, ni el notario puede autorizar ni el registrador inscribir contratos cuya anulabilidad les conste en su función calificadora. Vid. sobre el tema, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *La confirmación del contrato anulable*, Bolonia 1.977; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid 1.967, y DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...» *cit.*

(86) Cf. LACRUZ, «Derecho de obligaciones...», vol 2.^o *cit.*, p. 363 y «Derecho de Familia» *cit.*, p. 298, lo que prueba, una vez más, según este autor, que esa anulabilidad es «un cuerpo extraño en el sistema». Vid. también, en el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO en la obra colectiva *cit.*, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, p. 1.509.

la contraiga un cónyuge con el consentimiento tácito, incluso posterior, de su consorte, o por convalidación por el transcurso de plazo para impugnar del art. 1.301 C.c.) no pueda derivarse la misma consecuencia jurídica: la responsabilidad del deudor con los gananciales. La diferencia consistirá, entonces, en que habrá que elucidar si la obligación contraída es de aquéllas de las que responde el deudor con los gananciales por virtud de una disposición legal (esto es, por mor de los arts. 1.365, 1.366 y 1.368), en cuyo caso es indiferente el consentimiento tácito del cónyuge del deudor —en el plano externo, frente a terceros—, e incluso que haya prestado ese consentimiento; o si la obligación contraída es de aquellas que, no obstante no poder ser realizada individualmente por uno solo de los cónyuges por no estar legitimado para ello, en las relaciones internas se imputará al pasivo definitivo del patrimonio ganancial, supuesto en el que la obligación contraída será válida, siquiera anulable por el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido, y de la misma responderá el deudor, en caso de cumplimiento forzoso, con los bienes gananciales, salvo que su esposo proceda a su anulación.

No es que responda el deudor con los gananciales cuando su consorte, pudiendo anular su actuación, la ha confirmado expresa o tácitamente, o cuando ha quedado convalidada por prescripción o caducidad de la acción de anulación, sino que el deudor responde con los bienes gananciales siempre, en todo caso —al igual que en el supuesto del art. 1.367 Cc.—, a menos que —y aquí está la excepción que no existe en aquél— el cónyuge del deudor anule su actuación (87).

La radical conclusión de los autores citados estimo que proviene de vincular a ultranza el problema de la gestión individual de los bienes comunes con el problema de la responsabilidad de la sociedad de gananciales por deudas de un cónyuge. Se dice al respecto que un cónyuge actuando solo puede vincular los gananciales únicamente en los concretos casos en los que está legitimado para administrar o disponer, en definitiva, para gestionar los bienes comunes sin participación de su consorte (88).

(87) Cf. Díez-PICAZO y GULLÓN («Derecho de Familia...» *cit.*, p.188, nota 2), para quienes el acto de administración o disposición realizado por un cónyuge sin consentimiento del otro, cuando precisamente procede la actuación conjunta, es válido mientras no se impugne (art. 1.322 CC.), por lo que estaremos mientras ante una deuda de la sociedad sujeta al art. 1.369.

(88) En este sentido, *vid.* RAGEL (*ob.cit.*, pp. 36, 118 y 143), para quien cuando uno de los cónyuges actúe en esferas distintas de aquellas para las que está especialmente legitimado, y sólo lo está para las actuaciones contempladas en los arts. 1.365, 1.366 y 1.368, no responderá directamente con los bienes gananciales, pues esa actuación dará lugar a una deuda privativa. Igual opinión puede verse en MATA PALLARÉS, *ob. cit.*, p. 340. En contra se manifiesta PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, p. 153, para quien cuando un cónyuge realiza un acto de gestión sin oposición del otro, responderá el patrimonio de aquél junto con los gananciales.

Por mi parte, no creo que esta opinión sea exacta. Que un cónyuge no pueda actuar solo no significa que no pueda vincular los gananciales con su actuación individual frente a los acreedores, sino que lo más que significa es que su consorte podrá anular esa actuación y con ello impedir que el deudor responda con los gananciales. Todo ello en los supuestos en los que la deuda contraída sea de pasivo definitivo del patrimonio ganancial, porque si no lo es, y tampoco es de aquéllas respecto de las cuales la ley faculta al acreedor para agredir los gananciales por vía distinta de la del art. 1.373, esto es, una deuda contraída por quien estaba legitimado para ello, tan sólo podrán sujetarse los gananciales cuando ambos cónyuges actúen conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento expreso del otro (89).

De lo contrario se podría producir el absurdo de que actuando un cónyuge en una esfera que no le está permitida individualmente, pero con consentimiento tácito de su esposo (con lo cual éste no podrá anular la actuación de aquél, art. 1.322 Cc.) y contrayendo un gasto que se va a imputar al pasivo definitivo del patrimonio ganancial, el acreedor sólo podrá agredir, en caso de cumplimiento forzoso, los bienes privativos del cónyuge deudor, y, sin embargo, éste ha actuado con el consentimiento tácito de su consorte!

Frente a esto normalmente se arguye que el acreedor debe pedir que ambos cónyuges actúen conjuntamente o que el no actuante preste su consentimiento expreso, aunque sea posterior, a la operación a realizar por su consorte. Aunque positivamente nada se podría objetar a es-

(89) El concepto de «legitimación», que, no obstante su profusión en la doctrina, el Código no lo utiliza en precepto alguno, lo define BETTI, citado por GORDILLO CAÑAS (*La representación aparente*, Sevilla 1.978, p. 38), como «aquél específico presupuesto subjetivo-objetivo del negocio consistente en la competencia de la parte para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado, la cual resulta de una específica posición del sujeto respecto de los intereses que se trata de regular». Por su parte, LADARIA CALDENTY (*Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona 1.952, pp. 1-2), la define como «el reconocimiento hecho por la norma, de la posibilidad concreta de realizar con eficacia un acto jurídico determinado».

De ello podemos inferir que para realizar válida y eficazmente las actuaciones a las que se refieren los arts. 1.365 y 1.368, está legitimado un solo cónyuge; para las restantes actuaciones, la legitimación la ostentan ambos, de modo que, o bien actúan conjuntamente, o bien actúa uno de ellos con el consentimiento, no necesariamente expreso (cf. art. 1.322, 1.376 y 1.377 Cc.), del otro. Actuando un solo cónyuge, la otra parte del negocio no deberá indagar si su consorte prestó o no su consentimiento, sino que deberá ser ésta, la persona que debió prestarlo, quien debe impugnar la actuación por haberse omitido precisamente su consentimiento. En cierto modo podemos decir, pues, que el consentimiento del esposo del actuante se presume, porque haya mediado o no, el acto será siempre válido —la validez no depende de la legitimación—, y para que se tenga por ineficaz, por no ser completa la legitimación, al no consentir quien debió hacerlo, debe impugnarlo únicamente aquél que debió prestar su consentimiento. Por ello resulta que legitimado para ejercitar la acción de anulación de los arts. 1.322 y 1.301 «in fine» se halla únicamente el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido, ni siquiera alguna de las partes del negocio que aquél debió consentir.

ta conclusión, estimo que de seguirse supondría un requisito excesivo para el normal funcionamiento del tráfico jurídico y económico, y una quiebra del principio de protección del crédito que informa todo nuestro ordenamiento jurídico patrimonial.

Por todo lo expuesto, entiendo que cuando un cónyuge contrae una deuda que exceda del ejercicio de la gestión o disposición de ganancias que por ley o por capítulos le corresponda (de lo contrario se trataría de una deuda del art. 1.365.1 Cc. y, en cuanto tal, de responsabilidad directa con los gananciales), pero que no quepa en los arts. 1.365, 1.366 y 1.368, y esa actuación no haya sido todavía anulada por su consorte, estaremos en presencia de una deuda contraída por un cónyuge de cuyo cumplimiento responde con sus bienes propios, pero que también es deuda de la sociedad, pues en las relaciones internas entre cónyuges se imputará, con carácter definitivo, al pasivo del patrimonio ganancial en cuanto que es el patrimonio que finalmente debe soportar el gasto ocasionado, y por este dato, por tratarse precisamente de una deuda de la sociedad, el cónyuge deudor, además de responder con sus bienes privativos, responderá también, solidariamente, con los bienes gananciales. En conclusión, una deuda más perteneciente al conjunto al que alude el art. 1.369 Cc. (90).

De esta forma entiendo, frente a la *communis opinio*, expresada al principio de la exposición de este trabajo, que las deudas propias de un cónyuge son todas aquéllas que han sido contraídas por él personalmente, de las cuales, por no estar comprendidas en los arts. 1.365,

(90) Creo que TORRALBA intuyó la idea, aunque no la expuso con suficiente claridad. Para este autor (*ob. cit.*, p. 1.718), la razón del art. 1.369 parece encontrarse «en el propósito de tranquilizar a los terceros, diciéndoles: no se preocupen ustedes, aunque contraten con uno solo de los cónyuges y a pesar de la coadministración y codisposición establecidas en el art. 1.375, si la deuda contraída por ese cónyuge es una de las que se puede calificar de *carga de la comunidad* —cursiva mía—, podrán ustedes agredir el patrimonio ganancial». Pero añade posteriormente: «de lo que se trata es de legitimar la solvencia de cada uno de los cónyuges cuando actúa en interés de la sociedad y en los supuestos en que puede hacerlo solo, dotándoles de una amplia solvencia respecto del tráfico con terceros. La función que cumplía el viejo art. 1.408.1 Cc. respecto del marido, la cumplen ahora el art. 1.367 respecto de la actuación conjunta de ambos cónyuges y el art. 1.369 respecto de cada uno de ellos cuando contrae deudas en nombre propio, pero pudiendo obligar a la sociedad. En consecuencia, parece que no cabe duda que el art. 1.369 hay que relacionarlo con los arts. 1.362 —cursiva mía—, 1.365, 1.366, 1.367 y 1.368».

Más decididamente se pronuncia DE LOS MOZOS («Comentarios ...», vol. 2.^o *cit.*, p. 308), para quien las deudas sociales de las que habla el art. 1.369 son las comprendidas en el art. 1.362, completado por el art. 1.366. También DIEZ-PICAZO y GULLÓN, «Derecho de Familia...» *cit.*, p. 188, nota 2, para quienes «si bien el art. 1.365 se refiere a la gestión que por capítulos corresponda al cónyuge deudor, aun no correspondiendo esa actuación individual sino la conjunta de los arts. 1.376 y 1.377, el acto de administración o de disposición de un cónyuge sin consentimiento del otro es válido mientras no se impugne (art. 1.322), por lo que estaremos mientras ante una deuda de la sociedad sujeta al art. 1.369». Vid., también, p. 191.

1.367 y 1.369 (teniendo presente que en este último se incluyen las deudas de los arts. 1.362, 1.366 y 1.368), responderá únicamente con sus bienes privativos, salvo que ante la falta o insuficiencia de éstos, el acreedor haga uso de la facultad que le concede el art. 1.373 y solicite el embargo de bienes gananciales para que el cónyuge deudor responda con ellos de forma subsidiaria. Y también son deudas propias de un cónyuge aquéllas que contrae sin estar legitimado para ello, y que a pesar de que en principio respondería del cumplimiento de las mismas solidariamente con sus bienes privativos y con la totalidad de los gananciales, por tratarse de deudas de la sociedad, de deudas que se imputarán al pasivo definitivo del patrimonio consorcial (esencialmente las del art. 1.362 C.c.), su consorte, sin embargo, ha anulado las actuaciones de las que aquéllas derivan, impidiendo con ello no sólo la afectación de los gananciales en garantía, sino también el *cargo definitivo al patrimonio consorcial*.

IV. EL ARTICULO 1.370 C.c.: LA DEUDA POR EL PRECIO APLAZADO COMO DEUDA DE LA SOCIEDAD.

El tan debatido y problemático art. 1.370 Cc. dispone: «Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código».

Para analizarlo conviene empezar fijando su supuesto de hecho. La norma habla de deuda de un cónyuge por el precio aplazado de un bien que se califica de ganancial, y que adquirió el deudor sin consentimiento de su consorte. Procede averiguar, en primer lugar, cuando el bien adquirido por un solo cónyuge se reputa ganancial. Para ello hemos de distinguir dos supuestos: que el pago de la totalidad del precio quede aplazado, o que sólo se aplace una parte del mismo habiéndose ya satisfecho otra. En el primer supuesto, la manifestación del cónyuge de que adquiere para sí no tendrá virtualidad alguna para calificar el bien de privativo; pero, por contra, sí produciría efectos jurídicos la manifestación de que adquiere para la comunidad (art. 93.4 Rh.). Si se produce esta última manifestación, la posterior justificación por el adquirente de que el primer desembolso tiene carácter privativo no mutaría la condición del bien adquirido, que seguiría siendo ganancial, pues para ello no debe tenerse en cuenta una justificación contraria a una previa manifestación de la misma persona (art. 95.6 Rh.) (91). Pero si

(91) Cf. LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, p. 338), para quien «a efectos registrales, la aseveración de ganancialidad hecha por el cónyuge adquirente es irrevocable: dicho cónyuge no podrá luego hacer una manifestación contraria que tuviera, en esa condición, acceso al registro (art. 95.6 Rh.). Mas sin duda sí lo tiene la manifestación conjunta de ambos esposos en escritura pública en el sentido de ser realmente pri-

el cónyuge del adquirente es quien confiesa la privaticidad del bien respecto de su consorte, aquél mudaría su condición al menos entre los propios cónyuges y frente a los terceros que no fueren ni acreedores de la comunidad o propios del confesante, ni legitimarios de este último (arts. 1.324 Cc. y 95.6 Rh.).

También se consideraría ganancial el bien adquirido si ambos cónyuges, de común acuerdo, le atribuyen este carácter (arts. 1.355.1 Cc. y 93.1 Rh., que no parecen oponerse —al menos no puede desprenderse de su dicción— a que la adquisición la realice uno sólo de los cónyuges, pues el común acuerdo sólo lo exigen para la atribución del carácter ganancial al bien adquirido). En este caso, ni la posterior justificación por el adquirente del carácter privativo del primer desembolso ni la confesión de privaticidad por el no adquirente pueden mudar la condición ganancial del bien (art. 95.6 Rh.).

Por último, también sería ganancial el bien adquirido aplazando el pago de la totalidad del precio si el adquirente nada manifiesta, pues en este caso operaría la presunción de ganancialidad (arts. 1.361 Cc. y 94.1 Rh.). Ahora bien, la posterior justificación por el adquirente del carácter privativo del primer desembolso que efectúe, inmediatamente modifica la condición ganancial del bien (arts. 1.356 Cc. y 95.1 y 2 Rh.), al igual que también lo haría la confesión de privaticidad realizada por el consorte del adquirente, aunque en este segundo caso con efectos más limitados, pues frente a acreedores de la comunidad o propios del confesante y legitimarios de este último, el bien adquirido continuaría considerándose ganancial (arts. 1.324 Cc. y 95.4 Rh.).

En cuanto al segundo supuesto, que el adquirente sólo aplazase una parte del precio, el carácter ganancial del bien puede derivar de que el primer desembolso se realizase con dinero ganancial (y en virtud de la presunción de ganancialidad del 1.361, todo el dinero que puedan tener los cónyuges se considera ganancial, a menos que prueben su carácter privativo), aunque los restantes pagos parciales los realice con dinero privativo (art. 1.356 Cc.). Ante esta subrogación real, sólo la confesión del cónyuge del adquirente puede mudar la condición del bien, pero sin que ello produzca efectos, como hemos repetido, frente a acreedores de la comunidad o del confesante ni legitimarios de éste.

También se consideraría ganancial el bien adquirido si, a pesar de que el primer desembolso se realiza con dinero privativo del adquirente, ambos cónyuges, de común acuerdo, atribuyen al mismo naturaleza

vativos del adquirente los bienes que éste dijo comprar para la sociedad de gananciales»; pero no analiza los efectos de esta manifestación conjunta frente a terceros, que no creo que difieran de los propios de la confesión del no adquirente, pues qué diferencia habría, sin prueba en contrario, entre esa manifestación conjunta y la confesión de privaticidad hecha por un cónyuge y aceptada o en la que concurre el otro.

ganancial (art. 1.355 C.c., que de operar impide la aplicación del 1.356). En este supuesto tan sólo podría mudarse nuevamente la condición de bien, pero con los efectos limitados ya reseñados, por confesión de privaticidad de uno de los cónyuges respecto del otro (art. 1.324 Cc., que seguiría teniendo efectos *inter partes* a pesar del art. 95.6 Rh.) Igual sucedería si el adquirente manifiesta que adquiere para la comunidad, aunque el primer desembolso fuese de dinero privativo (art. 93.4 Rh.) (92); pero en este caso sólo podría operar, para variar la condición del bien, la confesión de privaticidad por parte del cónyuge del adquirente, con los mismos efectos limitados ya referidos en caso de confesión.

Tanto en el supuesto de que el adquirente haya aplazado la totalidad del precio como en el caso de que sólo aplaze una parte, el cónyuge puede haber realizado la adquisición en el ámbito de legitimación que le está reservado (por ejemplo, en el ejercicio de la potestad deméstica), en cuyo caso al cumplimiento de la obligación de entrega del precio quedarían afectos todos los bienes comunes, entre los que se incluye el propio bien ganancial adquirido, con lo cual, para estos supuestos el art. 1.370 nada nuevo viene a añadir, pues el consorte del deudor ni siquiera podrá anular su actuación. Es decir, en estos casos el deudor respondería del cumplimiento de su obligación con todos los bienes gananciales, entre los que se cuenta el mismo bien adquirido, y con los suyos propios (arts. 1.365 y 1.911 C.c.), que serían esos otros bienes a los que alude el art. 1.370 cuando dice: «sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código».

Pero si el cónyuge, al realizar la adquisición, está actuando fuera del ámbito de legitimación que le está reservado, se plantea el problema de si su consorte podrá anular la adquisición y evitar con ello la garantía de los bienes gananciales. Técnicamente un cónyuge sólo puede anular los actos de disposición —también los de administración— que realice su consorte en cuanto actos que suponen entrega por el «tradens» de un derecho que forma parte de su patrimonio y que desde ese instante dejará de pertenecer al mismo; pero no puede anular los actos de adquisición —ni tampoco los de obligación— en cuanto recepción del derecho adquirido en el patrimonio de quien pasa a ser su nuevo ti-

(92) No obstante, LACRUZ hace una matización («Derecho de Familia» *cit.*, pp. 387-388): «el precepto no exige más prueba de la condición común del bien adquirido que la mera afirmación del cónyuge de que adquiere para la sociedad de gananciales, lo que en algún caso podrá ser falso, pero el Rh. no exige ninguna demostración del carácter ganancial de los fondos invertidos. No ocurre así cuando la adquisición no es a cambio de dinero, sino de otros bienes cuya condición privativa sea patente: a éstos no les podrá atribuir carácter ganancial por su exclusiva voluntad —qué será entonces de sus acreedores particulares—, ni podrá inscribir la adquisición por el art. 93.4 Rh. El legislador sólo pudo pensar en las adquisiciones a cambio de dinero y, sobre todo, en aquéllas que son presuntivamente gananciales por no venir demostrado *prima facie* su inclusión dentro del apartado tercero del art. 1.346 del C.c.».

tular. Tanto ese acto de disposición como el de adquisición no son actos aislados, en el caso de que se hayan realizado a título oneroso, sin partes integrantes recíprocamente condicionadas de un acto más complejo, pues el acto de disposición a título oneroso tiene como contrapartida un acto de adquisición que realiza el propio disponente (se dispone para adquirir, o se adquiere porque se ha dispuesto o se va a disponer). El cónyuge del disponente-adquirente puede anular concretamente el singular acto de disposición, pero no el de adquisición, porque la ley limita, para la persona casada, la legitimación para disponer de bienes gananciales, pero no la legitimación para adquirir. De forma que al producirse la ineficacia, por invalidez, del acto de disposición realizado (93), el derecho entregado por el disponente ha de volver a ingresar en el patrimonio de quien es su titular, mientras que la recepción del derecho adquirido por el cónyuge ya sólo se producirá en su esfera patrimonial específica, no en la que es común con su consorte, de modo que él, como deudor, responderá del cumplimiento de la obligación de entrega del precio aplazado, pero sólo lo hará con sus bienes privativos, incluido el concreto bien adquirido, que ha dejado de ser ganancial como consecuencia de la anulación del acto de disposición (94).

(93) Téngase presente que lo que se anula es el concreto acto de disposición, no el negocio jurídico del cual nacieron las respectivas obligaciones de pago del precio y entrega del bien de quienes fueron partes del mismo: el cónyuge anula el desplazamiento patrimonial, pero no el contrato que es su causa. Además, el art. 1.303 habla de nulidad de una obligación, pero sabemos que el consorte del deudor no puede, en puridad, anular su obligación. En este sentido, LACRUZ («Derecho de obligaciones...» vol. 2.^o *cit.*, pp. 378-379) enseña que en estos casos no existe restitución recíproca entre el cónyuge contratante y su contraparte, «pues el cónyuge que anula lo indebidamente realizado por su consorte nada a percibido; a pesar de lo cual, para que el remedio anulatorio alcance su finalidad es preciso que el bien enajenado —por el cónyuge deudor— se restituya, lo que explica la S. 15 octubre 1.984 (2.^a sentencia), al estimar la demanda de la mujer 'en defensa de su derecho en el patrimonio ganancial contra el acto anulable de su consorte y, por tanto, ineficaz en perjuicio de aquélla,' lo haga 'con los efectos previstos en el art. 1.303 Cc.; es decir, con el reintegro del bien indebidamente cedido, al patrimonio ganancial'».

(94) Para LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, p. 384), la compra por cualquiera de los cónyuges es plenamente válida; de lo contrario lo inhabilitaríamos para contratar. Esto es: si el cónyuge, para pagar el precio debido, ha empleado realmente bienes gananciales, habrá dispuesto de cantidades no exclusivamente suyas y sobre las que no debía disponer, pero ello no atañe a la validez de la compra. Aduce además DE LA CÁMARA, citado por LACRUZ, que «siendo la compraventa un contrato consensual, al celebrarlo habrá siempre un primer momento, por breve que sea, durante el cual la relación tendrá carácter meramente obligacional, perteneciendo el derecho a la entrega de lo comprado al cónyuge como bien privativo, y siendo de su exclusiva cuenta la deuda por el precio». A lo que añade el propio LACRUZ (*ibidem*) que, si bien el crédito a la entrega de la cosa comprada por un cónyuge puede ser privativo, la cosa adquirida luego en virtud de tal derecho recae en la masa común, porque, para que no fuese ganancial, según entiendo, la correlativa deuda por el precio debe ser personal y pagarse efectivamente con bienes propios.

Por ello no puede sorprender tanto que el art. 93.4 Rh. hable de bienes adquiridos a título oneroso por un solo cónyuge con la indicación de que adquiere para la sociedad de gananciales, sin tener en cuenta la procedencia del precio o contraprestación, y que, sin embargo, el Código no recoja esa atribución del carácter ganancial por simple manifestación unilateral, sino por común acuerdo (art. 1.355), pues el 93.4 Rh. habría que interpretarlo a la luz de aquél y entender: si el cónyuge del adquirente no anula, pudiendo hacerlo, el acto de disposición que el consorte realiza para adquirir el bien, se entiende que presta tácitamente su acuerdo a la atribución de ganancialidad; si, por contra, anula el acto de disposición, el de adquisición ya no sería de la comunidad, sino propio del adquirente y, en consecuencia, habría que modificar en el Registro esa indicación por la de privaticidad, porque el carácter ganancial sólo puede atribuirse, bien de mutuo acuerdo por ambos cónyuges, bien, en el caso de que actúe uno solo de ellos, por subrogación real, accesión, ejercicio de derecho de preferente adquisición, etc., siempre que el cónyuge esté legitimado para realizar esa concreta actuación.

Si el adquirente no manifiesta que adquiere para la sociedad, el carácter ganancial del bien hemos dicho que devendría de la presunción de ganancialidad. En principio, del cumplimiento de la obligación de entrega del precio responde el adquirente con el mismo bien ganancial adquirido, pero ¿cuáles son esos otros bienes con los que responde según las reglas del Código? De una parte, esos otros bienes serían los propios del deudor (art. 1.911 C.c.), pero, ¿podrían ser también los bienes gananciales?

Entiendo que en estos casos nos encontraríamos con una deuda de un cónyuge de la que responde con sus bienes privativos (95), pero que, además, es deuda de la sociedad, porque el art. 1.362.2 Cc pone a cargo de la misma todos los gastos de adquisición de bienes gananciales, y entre éstos se cuenta el precio pagado o a pagar por el bien adquirido, por lo que también responderá el deudor, además, con los restantes bienes gananciales, de forma indistinta (art. 1.369 Cc.) (96).

(95) Para VÁZQUEZ IRUZUBIETA (*ob. cit.*, pp. 279-280) el art. 1.370 establece la exigencia de agredir el propio bien adquirido antes de atacar otros bienes. De similar parecer es MARTÍNEZ CALCERRADA (*ob. cit.*, p. 235), quien concibe la responsabilidad por el precio aplazado como común: «primero responde el propio bien adquirido, y después o en su defecto, la misma masa ganancial a cuyo patrimonio se incorpora; es, pues, una reserva o garantía subsidiaria para los terceros ..., y todo ello con independencia de los medios de impugnación del consorte no actuante —arts. 1.377, 1.391— y del deber de reintegrar el daño causado a la sociedad del art. 1.390».

(96) De la misma opinión es VÁZQUEZ IRUZUBIETA (*ob. cit.*, pp. 280-281), que razona como sigue: «si el bien adquirido es ganancial y el negocio se celebra en beneficio de la sociedad de gananciales, una vez excutido el valor del objeto del contrato, el acreedor debe atacar los bienes gananciales, porque proponer otra solución sería injusto, ya que si debieran responder los bienes privativos del cónyuge contratante se operaría un enriquecimiento injusto o indebido o incausado a favor de la sociedad». Cf. también la opinión de MARTÍNEZ CALCERRADA expresada en nota anterior.

Como en este concreto supuesto el cónyuge no ha realizado acto de

Para GIMÉNEZ DUART (*ob. cit.*, pp. 546-547), «quedan afectos a las resultas del precio aplazado los bienes propios del contratante y todos los gananciales, entre los que se encuentra el bien adquirido». Arguye, entre otros motivos, que «no es lógico que un bien pase a formar parte de un patrimonio separado y que tal patrimonio no asuma las responsabilidades derivadas del mismo». Por ello entiende que «lo lógico será que la comunidad responda siempre frente a terceros de la gestión de un miembro y ya luego, en la relación interna, se discutiría la procedencia o no de la compra y, en su caso, las posibles compensaciones. Sólo en los casos excepcionales en que la adquisición se haya hecho «en beneficio exclusivo del adquirente, será dudosa la responsabilidad primaria de los gananciales, mas en los casos normales la afección de aquélla al pago del precio no sólo es la solución más razonable, sino además la que mejor se ajusta a la letra de la ley». Los fundamentos de sus conclusiones los expone GIMÉNEZ DUART en *La responsabilidad de los gananciales por el precio aplazado, la libertad de pacto en capitulaciones y otras controversias*, publicado en Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre de 1986, pp. 807 y ss., y los desarrolla en *La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge (ensayo contra el artículo 1.322 Cc.)*, publicado en Anales de la Academia Matritense del Notariado, t.XXVIII, pp. 233 y ss.

En contra de esta interpretación se manifiestan Díez-PICAZO y GULLÓN (*ob. cit.*, pp. 191-192), quienes, a pesar de que admiten que el supuesto de hecho del art. 1.370 genera una deuda de la sociedad, porque el apartado segundo del art. 1.362 carga los gastos de adquisición de bienes gananciales al pasivo del patrimonio consorcial, deuda de la cual, por aplicación del art. 1.369, responderían solidariamente los bienes de ésta con los privativos del deudor; al entender que esta interpretación haría inútil el propio art. 1.370, concluyen que «su ratio es la introducción de una corrección al art. 1.369, y en lugar de responder los bienes gananciales se especifica que la responsabilidad alcanza sólo al bien ganancial adquirido a plazos manteniéndose la responsabilidad solidaria de los bienes privativos del cónyuge adquirente. El art. 1.370 es un precepto favorecedor de la posición del cónyuge que no da su consentimiento para la adquisición a plazos y perjudicial para el acreedor, que no cuenta con la amplia protección del art. 1.369 entonces».

Siguiendo el mismo planteamiento que Díez-PICAZO y GULLÓN, DE LOS MOZOS («Comentarios...», vol. 2.^o *cit.*, pp. 314-320), sin embargo, llega a otras conclusiones. Considera también que la deuda por el precio aplazado es deuda de la sociedad (art. 1.362, apartado 2.^o) y, por tanto, entra de lleno en el ámbito del art. 1.369, de modo que el deudor responde indistintamente con sus bienes propios y con los gananciales. El art. 1.370 viene a añadir que el bien adquirido responde «en primer término», sin que su condición de ganancial pueda invocarse para sustraerlo a la responsabilidad nacida del propio contrato causa de su adquisición; es decir, que «frente a la acción del acreedor no se puede excepcionar con falta de legitimación pasiva por no haber demandado aquél más que al cónyuge deudor, pretextando que se trata de un bien ganancial». En definitiva, por ingresar en el patrimonio ganancial, el bien ya responde, en la medida en que se integra en el patrimonio común: lo que hace el art. 1.370 «es destacar esa responsabilidad, ponerla en primer término respecto del bien adquirido».

En el mismo sentido que Díez-PICAZO y GULLÓN en cuanto a la responsabilidad del deudor con el mismo bien adquirido y los privativos suyos, salvando la afección de los bienes gananciales, cf. RUEDA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 584. Por su parte, TORRALBA entiende (*ob. cit.*, p. 1.728) que cuando el art. 1.370 habla de responsabilidad de otros bienes se está refiriendo a la responsabilidad del cónyuge adquirente con su patrimonio privativo; lo cual no significa que esta deuda se pueda considerar como una deuda puramente personal del adquirente del bien, ya que el bien tiene naturaleza ganancial. Por ello, por no ser una deuda puramente personal, es por lo que se producen esas alteraciones en la aplicación del art. 1.373... Porque para que queden vinculados a la responsabilidad por la adquisición todos los bienes gananciales es necesario el consentimiento expreso del otro cónyuge. En consecuencia, el cónyuge que no ha intervenido en la adquisición no

disposición alguno (ni puede considerarse tal el embargo y ejecución

necesita realizar ningún acto formal de oposición a la misma para evitar la vinculación de los bienes gananciales. Tal vinculación no se producirá mientras el referido cónyuge no manifieste expresamente su consentimiento a tal adquisición» (*op. cit.*, pp. 1.725-1.726). Arguye frente a quienes vinculan todos los bienes gananciales por el precio aplazado que «entendido así el precepto resulta totalmente inútil. Habría bastado que la adquisición de gananciales se incluyera en el art. 1.365 para que se diese esa amplia responsabilidad y naturalmente no habría sido necesario establecer un artículo específico al respecto» (*op. cit.*, p. 1.730). Frente a ello recordar que entiendo que la afección que establece el art. 1.365 es principal de los gananciales y subsidiaria de los bienes privativos, mientras que en el caso del art. 1.370, por aplicación del art. 1.369, la afección sería solidaria. Y que el art. 1.367, al exigir el consentimiento expreso sujeta los gananciales *en todo caso*, sin excepción posible, tanto si la deuda es privativa de uno de los conyuges como si es deuda de la sociedad (*vid. supra*, pp. 583-588). De la misma opinión es GIMÉNEZ DUART («La responsabilidad de los gananciales por precio aplazado...» *cit.*, p. 819, nota 16), quien entiende que «el art. 1.367 es un precepto de carácter general, referido tanto a las obligaciones de carácter común como a las inicialmente particulares, queriendo significar que incluso en éstas, si son expresamente consentidas, responden los gananciales. El Código no está restando valor al consentimiento tácito cuando se trata de asuntos comunes, sino exigiendo consentimiento expreso cuando se trata de asuntos ajenos al cónyuge que consiente, esto es, privativos del contratante. *El art. 1.367 no significa que no valga el consentimiento tácito, sino que el consentimiento expreso vale siempre, se trate de asuntos privativos o gananciales.*»

Para LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, p. 436), ni el art. 1.362 «ni el art. 1.365.1, que obliga a responder directamente a los bienes gananciales por las deudas de disposición, pueden autorizar al acreedor a repetir contra el fondo común el crédito por el precio aplazado: el art. 1.362 no vale para hacer a la sociedad inmediatamente responsable del pago del precio porque se refiere principalmente a la responsabilidad *inter partes* o definitiva y no a la *erga omnes* o provisional, y el art. 1.365 habla de disposición, pero no de adquisición. El bien podrá ser ganancial, pero el crédito por el precio aplazado sólo puede reclamarse al cónyuge comprador». Frente a ello recordemos las propias palabras de LACRUZ transcritas en nota 80: «cabe pensar que una vez demostrado que una deuda es carga de la comunidad (art. 1.362), podrá ésta hacerse efectiva sobre dichos bienes desde el primer momento, aunque no se halle incluida en los supuestos del art. 1.365, para evitar un rodeo innecesario». Siguiendo a LACRUZ, añade RAGEL (*ob. cit.*, pp. 144-145) que con el art. 1.370 «el legislador se preocupó de determinar la concreta afección del bien ganancial adquirido, dejando que las restantes normas reguladoras de la responsabilidad directa con los bienes gananciales decidieran las situaciones en las que el deudor debe responder, además de con el concreto bien adquirido al acreedor, con la totalidad del patrimonio común. Las 'reglas de este código' no pueden ser otras que las contenidas en los arts. 1.365 a 1.368 Cc. -sin que sean aplicables las mencionadas en el art. 1.362, que sólo tienen efectos *inter partes*. Cuando el acto de adquisición se lleve a cabo en las circunstancias contempladas en los arts. 1.365 a 1.368, podrá agredirse directamente todos los bienes gananciales, incluyendo, obviamente, al adquirido por el precio aplazado al acreedor; cuando la actuación no pueda subsumirse dentro de las reguladas en los preceptos mencionados, sólo podrá agredirse directamente el bien ganancial adquirido junto a los bienes privativos del cónyuge deudor, que garantizan la deuda en todo caso (art. 1.911 Cc.)».

Opinión particular es la de BLANQUER ÜBEROS (*ob. cit.*, p. 133), quien, apoyándose en una aplicación analógica del principio que informa la norma del art. 1.366, sostiene que en las obligaciones contractuales nacidas fuera del ámbito de legitimación personal del cónyuge, el acreedor deberá probar que esa actuación del cónyuge comprador ha sido en beneficio de la sociedad conyugal (sin que el mero hecho de la compra de un bien merezca ese trato): si obtiene esa prueba, el deudor responderá, además de con el propio bien ganancial adquirido, solidariamente con los restantes bienes gananciales y con los suyos propios.

de bienes gananciales) (97), su consorte nada puede anular. Pero si, con todo, el cónyuge adquirente ha obtenido un beneficio o lucro exclusivo, o con su actuación ha causado dolosamente un daño a la sociedad, si su consorte no impugna la eficacia del acto —en este caso porque no puede—, el adquirente adeudará a la sociedad el importe del beneficio o lucro exclusivo, o de la indemnización del daño y perjuicio causado, y el bien adquirido unilateralmente pasará, creo, a tenerse por privativo del adquirente (art. 1.390 C.c.) (98). Si, además, el cónyuge ha realizado el acto en fraude de los derechos de su consorte en la sociedad, aparte de producirse el efecto descrito, si el cocontratante del adquirente ha actuado de mala fe, el acto será rescindible (art. 1.391 C.c., precisamente por ser válido el contrato o negocio jurídico celebrado entre el adquirente y el tercero, art. 1.290 C.c.), único supuesto en el que el esposo del deudor puede evitar la afección de los gananciales en garantía.

Si el adquirente sólo aplazó una parte del precio y podía disponer del dinero ganancial o cualquier otro bien de la misma condición que entregó como anticipo, este acto de disposición no podrá anularse

(97) Para la redacción anterior del Código, opinaba LACRUZ («El matrimonio y su economía» *cit.*, p. 519) que «el art. 1.413 exige el consentimiento de la mujer a ciertas enajenaciones del marido, y esa exigencia, que ha de interpretarse restrictivamente, no podría trasladarse a la adjudicación de bienes al rematante... En estos casos, el acto de disposición de los bienes es el de adjudicación al rematante, y este acto se otorga por el juez, y no por el marido ejecutado, con lo cual no se ve clara qué intervención correspondería a la mujer. «A parte emptoris —dice PARRA— hay un negocio jurídico semejante a la compraventa ordinaria, pero a «parte venditoris» no hay un propietario que vende cosa propia, sino un oficial público que vende cosa ajena ejercitando el poder de disposición de su dueño sobre la misma, por lo cual no hay en esa enajenación las mismas causas para exigir el consentimiento de la mujer que en una compraventa ordinaria perpetrada por el marido. ... No hay aquí, en suma, verdadero acto de disposición por parte del marido, pues falta la acción volitiva dirigida libremente a la autorregulación de los propios intereses, suplida por la actuación directa del órgano público. La intervención de la mujer es, entonces, un «plus» innecesario: *ésta no puede impugnar el embargo, sino la obligación que, ésa sí, bien podría ser fraudulenta*».

(98) De todo lo dicho deduce el propio LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, p. 385) «la necesidad de distinguir entre la *eficacia obligacional de la operación y su incidencia real definitiva*. La compra es válida y eficaz y, por tanto, el objeto adquirido ingresa de momento en el acervo común, receptáculo ordinario de todo bien recibido a título oneroso por un cónyuge, sea cualquiera el nombre al que se hace la compra, salvo que se exprese en el contrato la subrogación y el pago se haga precisa y probadamente con fondos privativos. Es una consecuencia ineludible de la presunción de ganancialidad, que impide a los cónyuges tomar prestado el dinero común para constituirse bienes propios. Mas la cuestión tiene un segundo aspecto. La adquisición, cuando es definitivamente ganancial, supone un destino unilateral de fondos comunes que no podía realizar el comprador sin el consentimiento de su consorte. El adquirente ha operado con validez *erga omnes*, pero puede haber realizado una compra ruinosa o meramente innecesaria u opuesta al criterio de su consorte. Todo ello es una *cuestión a ventilar entre la pareja*, pudiendo pedir el no comprador la restitución de los fondos al consorcio por el adquirente y *que este se quede el bien como privativo suyo: dejándolo de su cuenta, pues*».

(arts. 1.322, 1.381, 1.382, 1.384 y 1.386 C.c.); el deudor responderá, al igual que en el supuesto acabado de analizar, con el bien ganancial adquirido, con los suyos propios y con los restantes bienes gananciales. La única posibilidad que le restaría al consorte del deudor para evitar la afección de los gananciales es la rescisión del contrato por fraude (art. 1.391 C.c.); si ello no es posible, sólo podrá exigir el resarcimiento al cónyuge deudor y que el bien adquirido quede de su cuenta, en el supuesto de que haya obtenido un beneficio o lucro exclusivo, u ocasionado dolosamente un perjuicio a la comunidad (art. 1.390 C.c.).

Por último, si la parte del precio que pagó el adquirente comprendía bienes respecto de los cuales no estaba legitimado para disponer unilateralmente, nos encontraríamos, en principio, ante una deuda de las que describe el art. 1.369; pero, ahora sí, el consorte del adquirente podrá anular el acto de disposición de gananciales (art. 1.322 C.c.) (99), recuperándolos del cocontratante de su esposo, y sería éste quien recibiría el bien adquirido en su esfera patrimonial propia, además de que, ya como deuda privativa, del cumplimiento de su obligación de entrega del precio aplazado sólo respondería con el propio bien adquirido —que ya no es ganancial— y con sus bienes privativos, mas no con los comunes, al menos de forma directa, sino por la vía secundaria del art. 1.373 C.c.

Podría plantearse entonces qué diferencias habría entre los arts. 1.369 y 1.370 Cc. Porque, de acuerdo con la interpretación desarrollada, el art. 1.370 vendría a ser una norma inútil, ya que al mismo resultado se llegaría aplicando el art. 1.369: responsabilidad del deudor con sus bienes propios y con los gananciales, incluyéndose en éstos el mismo bien adquirido. De las numerosas interpretaciones que la doctrina ha dado al adverbio «siempre» que aparece en el texto del art. 1.370, tan sólo una de ellas me parece acertada. Para Giménez Duart, el adverbio «siempre» hay que interpretarlo en un sentido modal, no temporal: «siempre» en el sentido de *cualquiera que sea la actitud que adopte el cónyuge del comprador*: pruebe la adquisición, la ignore o

(99) Para GUILARTE GUTIÉRREZ («El tratamiento de las adquisiciones onerosas de bienes gananciales en los arts. 1.362 y 1.365 Código civil», en la obra colectiva *Centenario del Código civil (1.889-1.989)*, Madrid 1990, pp. 985 y ss.; en concreto, pp. 1.000-1.001), «el art. 1.356 juega en la relación interna entre los esposos para adscribir a uno u otro patrimonio el bien adquirido. Pero tal artículo presupone que la adquisición se haya verificado por un cónyuge en el ámbito de actuación que la ley le permita. Fuera de él —entiende— la norma no es aplicable en el sentido de que no bastará para considerar ganancial en la esfera interna, el que se adquiere con un primer plazo de esa naturaleza, sino que esa solución sólo jugará cuando el otro cónyuge esté conforme con la adquisición». En definitiva, concluye, «no cabe integrar el supuesto del art. 1.365 cuando habla 'de gestión que por ley corresponda' mediante la afirmación de que cualquier adquisición de un bien ganancial con precio aplazado está contemplada y permitida por el art. 1.356».

se oponga a ella (100). Si el cónyuge adopta alguna de estas actitudes, y no existiese el adverbio «siempre», saldríamos del supuesto de hecho de la norma del art. 1.370 C.c.: si el cónyuge del deudor aprueba la adquisición, entraríamos inmediatamente en el supuesto de hecho del art. 1.367 C.c.; si la ignora, la actuación del deudor se subsumiría en el supuesto de hecho del art. 1.369 C.c.; si, por último, se opone a la adquisición, la deuda del adquirente se consideraría deuda privativa, a la que le sería aplicable el régimen que para éstas diseña el art. 1.373 C.c., con la importante consecuencia de que el bien adquirido ya no se consideraría ganancial, sino privativo del adquirente. Con el adverbio «siempre», el Código prescinde de todas estas posibles vicisitudes de la deuda y afecta, sin entrar en honduras, el propio bien adquirido; claro que, consciente de que la opción que pueda adoptar el esposo del comprador ya entraría en el tenor de otras normas, salva la responsabilidad de otros bienes según las reglas del propio Código. O sea, que la opción del cónyuge del deudor sirve tan sólo para concretar la genérica expresión «sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código»; pero, sin esperar a que el consorte del deudor se decida, la ley afecta ya el propio bien adquirido, sin entrar a considerar la posibilidad de que éste llegue a mudar su condición ganancial (101).

V. ESQUEMA DEL AMBITO DE LOS PATRIMONIOS RESPONSABLES POR DEUDAS DE LOS CONYUGES

A la vista de todo lo expuesto hasta el momento, podríamos esquematizar el ámbito de los bienes afectos en garantía frente a terceros por las distintas deudas que puedan contraer los cónyuges:

a) deudas de las que responden indistintamente los bienes gananciales y los privativos de ambos cónyuges: son todas aquéllas que puedan incluirse en el art. 1.367 por haber sido contraídas conjuntamente por ambos cónyuges, con independencia de que en las relaciones internas entre ellos vayan a imputarse o no al pasivo definitivo del patrimonio ganancial.

(100) Vid. GIMÉNEZ DUART, «Cargas y obligaciones...» *cit.*, p. 547, nota 9. En parecidos términos se expresa LOIS PUENTE (*Comentario al artículo 1.370 del Código civil*, en *La Ley*, t.II 1.988, pp. 1.150 y ss.; en concreto, p. 1.153), para quien la norma del art. 1.370 «lo único que hace es permitir el embargo de un bien ganancial en todo caso, es decir, sin hacer excusión en los privativos y sin meterse en honduras sobre la causa a que obedece la adquisición para determinar si en ese acto concreto podía el cónyuge comprador responsabilizar o no a los gananciales».

(101) Podría especularse que quizá por ello el art. 1.370 comienza calificando el bien de ganancial y prescinde, sin embargo, de este calificativo al fijar su afección, pues puede suceder—y así lo pensase el legislador— que en el momento de ejecutar la garantía, el bien adquirido haya perdido ya su carácter ganancial, por oposición del cónyuge del adquirente.

b) deudas de las que responden indistintamente los bienes privativos del cónyuge que las contrae y los bienes gananciales. En este apartado cabe incluir las siguientes:

1. las deudas comprendidas en el art. 1.362 C.c. que no hayan sido todavía impugnadas por el cónyuge del deudor (102) y que no estén comprendidas en la enumeración del art. 1.365 C.c.;

(102) La posibilidad de impugnación unas veces irá referida a la actuación en sí, por haberse excedido el cónyuge actuante de su esfera de gestión de los gananciales que por ley o por capítulos le corresponda, y otras veces irá referida a los potenciales efectos que la misma pueda tener en los bienes comunes. Impugnada en ambos casos la actuación de un cónyuge, las obligaciones que de ella derivan seguirán existiendo, siendo válidas y eficaces, pero de su cumplimiento ya sólo responderá el deudor con sus bienes propios, nunca con los gananciales, salvo subsidiariamente y por la vía del art. 1.373 C.c.

Así, con referencias a los ejemplos de LACRUZ transcritos en nota 84, si un cónyuge toma dinero a préstamo como acto de administración de bienes comunes que no figuran a su exclusivo nombre o no se encuentran en su exclusivo poder, del cumplimiento de la deuda responderá el deudor con sus bienes propios (art. 1.911) y con los gananciales (arts. 1.362.2 y 1.369), solidariamente (art. 1.369). Impugnada la actuación del deudor por su cónyuge, el negocio que de ella deriva sigue siendo válido y eficaz, pero del cumplimiento de la obligación asumida por el deudor ya tan sólo responderá con sus bienes propios, y con los gananciales tan solo por la vía indirecta del art. 1.373, pues, en puridad, la impugnación sólo debe perseguir desafectar los gananciales de la garantía por el cumplimiento de la obligación. Pero si, antes de que el cónyuge impugne, el deudor paga con bienes gananciales, aunque pudiera disponer de éstos, su consorte podrá impugnar este concreto acto de disposición, porque forma parte del más genérico acto de administración respecto del cual debió prestar su consentimiento, salvo que de su inicial inactividad pueda deducirse un consentimiento tácito. Impugnado este negocio de disposición, el pago con dinero ganancial, el negocio originario (préstamo) sigue siendo válido y eficaz, lo mismo que la obligación asumida por el deudor, pero de su cumplimiento ya tan sólo responderá éste con sus bienes propios, y subsidiariamente con los gananciales, en caso de falta o insuficiencia de aquéllos (art. 1.373). En este segundo caso, la impugnación del cónyuge deudor persigue la anulación (invalidez) del genérico acto de administración que realiza su consorte: anulado éste, decaen todos aquellos actos que realice en ejecución de aquél, aunque respecto de éstos sí estuviese legitimado para realizarlos (el pago con dinero ganancial que se encontraba en su poder).

Si un cónyuge vende una finca ganancial inscrita a nombre de marido y mujer, o que no estando inscrita tampoco se encuentra en su exclusivo poder, hasta que el consorte del vendedor no impugne la venta, del cumplimiento de la obligación de entrega responde el deudor con sus bienes propios (art. 1.911) y con los gananciales (arts. 1.362.2 y 1.369), solidariamente (art. 1.369); y una vez entregada la finca, de la obligación de saneamiento responde igualmente el deudor con esos mismos bienes y en idéntica forma. Impugnada la venta en sí en cuanto negocio obligacional, persisten las obligaciones derivadas de la misma porque ésta sigue siendo válida y eficaz (recuérdese, no obstante, la opinión de DELGADO ECHEVERRÍA transcrita en nota (85) y, en el mismo sentido que éste, la obra de GUGGENHEIM *L'invalidité des actes juridiques en Droit suisse et comparé. Essai d'une théorie générale*, París, 1.970.). No obstante, el vendedor no podrá cumplir su obligación de entrega de la cosa, porque precisamente a la impugnación ejercitada por su consorte persigue desafectar los gananciales del cumplimiento de la obligación asumida por el deudor, de donde deriva que responderá de su cumplimiento con sus bienes propios y subsidiariamente con los gananciales. Si el vendedor ha entregado ya la cosa, la impugnación de su consorte se dirige a anular

2. las deudas que sean subsumibles en el art. 1.366 C.c.;
3. las deudas que lo sean en el art. 1.368 C.c.;
4. las deudas del art. 1.367 C.c. cuando hayan sido contraídas por un solo cónyuge pero con el consentimiento expreso de su consorte, con independencia de que en las relaciones internas entre ellos vayan a quedar a cargo del pasivo definitivo del patrimonio ganancial o del patrimonio privativo de alguno de los cónyuges.

c) deudas de las que responden directamente los bienes gananciales y subsidiariamente los bienes propios del cónyuge deudor: son las deudas contraídas por un cónyuge que se encuentren comprendidas en la relación del art. 1.365 C.c., con independencia, igualmente, de que

ese concreto acto de disposición, respecto del cual debió prestar su consentimiento. Impugnada la entrega del bien ganancial, en cuanto negocio dispositivo, el cónyuge impugnante podrá recuperar el bien enajenado, y de la obligación de entrega (mejor, saneamiento, en este caso), responderá el deudor tan sólo con sus bienes propios, e igualmente con los gananciales de forma subsidiaria. Y ello porque en este segundo caso la impugnación ejercitada persigue, no sólo excluir los gananciales de la responsabilidad del deudor, sino también, y principalmente, privar de eficacia una actuación de su consorte (la entrega del bien ganancial) realizada sin su consentimiento.

Para AMORÓS GUARDIOLA (citado por LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 297), a falta del consentimiento de uno de los cónyuges, que actúan en pie de igualdad, como reflejo de una auténtica cotitularidad, el negocio debería ser «incompleto o mejor aun, defectuoso por falta de un requisito esencial —el consentimiento del otro cónyuge— y el régimen aplicable debe ser el de la inexistencia de tal negocio, susceptible de ser completado y producir entonces plenos efectos; mas no la anulabilidad, por no concurrir una falta de capacidad ni un vicio del consentimiento». Por ello critica que la ley establezca «la posibilidad de que un acto incompleto produzca plenos efectos y, sobre todo, que pueda ser confirmado tácitamente e incluso convalidado si transcurre el plazo de la acción de impugnación sin ejercitarla, con lo cual el acto puede llegar a ser plenamente válido sin contar con la actuación del cónyuge que estaba legitimado para ello». A esto responde LACRUZ (*ibídem*) que nuestro legislador, coincidiendo con el italiano, ha dado espaldas a esta censura, acaso porque «la sanción de anulabilidad es congruente con la tutela de los intereses de la familia, consiguiéndose así que corresponda sólo a la persona investida del poder de valorar la oportunidad de valorar el acto». Por ello, continúa LACRUZ, es posible que un cónyuge pueda, sin el consentimiento del otro, enajenar eficazmente la totalidad de un inmueble, y el comprador, en virtud del carácter transmisivo de la escritura pública, devendría propietario, «y ello con la posibilidad, en algunos casos, de crear un tercero hipotecario si se produce una ulterior transmisión, gravando al cónyuge perjudicado con la carga de impugnar».

De aquí la crítica por ilegal que cabe hacer al art. 93.2 Rh., que para la inscripción de un acto de administración o disposición a título oneroso de un inmueble ganancial inscrito a nombre de marido y mujer requiere que se haya realizado conjuntamente por ambos cónyuges, o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando precisamente si un cónyuge ha actuado sin consentimiento del otro, esa actuación es meramente anulable, y debería poder constar en el Registro, porque, si se trata de una enajenación, aun siendo claudicante, tiene efectos transmisivos (la inscripción no es constitutiva), lo que planteará además el problema, señalado por LACRUZ (*ibídem*, p. 387), de cómo accederán tales actos al Registro cuando se convaliden por prescripción de la acción de nulidad.

en las relaciones entre los cónyuges se asienten en el pasivo definitivo del patrimonio común.

d) deudas de las que responden directamente los bienes propios del cónyuge deudor y subsidiariamente, con ciertas peculiaridades, los bienes gananciales: son las deudas propias de un cónyuge, a las que es aplicable el art. 1.373 Cc.

e) deudas de las que responden exclusivamente los bienes propios del cónyuge deudor: son las deudas de juego del art. 1.372 Cc., con independencia de que hasta el límite de lo que se tenga por moderadas se imputen al pasivo definitivo de la sociedad (art. 1.371 Cc.).

VI. IRRESPONSABILIDAD DE LOS BIENES PROPIOS DEL CONYUGE DEL DEUDOR POR LAS DEUDAS DE LA SOCIEDAD

Lo primero que puede sorprender en el esquema propuesto es su frontal oposición al régimen de responsabilidad por las deudas contraídas en ejercicio de la potestad doméstica que regula el art. 1.319 Cc. Éste artículo forma parte del conjunto de normas que se ha venido a denominar por la doctrina *régimen económico matrimonial primario*. Lacruz lo define como «el conjunto de normas que, refiriéndose a la economía del matrimonio, se aplica a todos y cada uno de los celebrados, independientemente de si se rigen por un estatuto de comunidad o de separación» (103). Por su parte, Giménez Duart lo define como «el conjunto de normas, en gran parte imperativas, que disciplinan las relaciones patrimoniales básicas del matrimonio, con independencia de los acuerdos de los cónyuges en orden a su concreto régimen económico matrimonial» (104).

Por mi parte, entiendo que este conjunto de normas no se aplica a la economía de todo matrimonio con independencia de su concreto régimen económico matrimonial, sino que habrá algunas de estas normas cuya aplicación sí tenga ese extenso ámbito; otras que se aplicarán salvo que el concreto régimen económico sea alguno de los regulados por el propio Código y esa disciplina legal difiera a la que se desprende de las normas de régimen económico matrimonial primario; y, por último, otras cuya aplicación se deja a la concreta regulación del régimen económico matrimonial, sea legal o convencional, o bien, se les permite a los cónyuges desarrollar en capitula-

(103) LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 287.

(104) GIMÉNEZ DUART, *La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981*, en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1981, pp. 73 y ss.; en concreto, p. 76.

ciones el mínimo necesario que las normas de régimen primario establecen (105).

En esta misma línea, manifiesta sus dudas sobre el carácter imperativo de las normas de régimen económico matrimonial primario García Cantero, quien, tras definirlo como «aquellas disposiciones legales aplicables a todo régimen económico matrimonial, de origen convencional o legal, por constituir normas imperativas relacionadas con el orden público en materia económico matrimonial, inderogables por tanto por acuerdo entre particulares», señala que «sin embargo, la plasmación normativa de dicho régimen no siempre responde a los caracteres de imperatividad e inderogabilidad, quizá por lo reciente de su aparición, lo que lo dota de cierta provisionalidad e incertidumbre» (106). Posteriormente, analizando en particular cada norma de régimen económico matrimonial primario, del art. 1.318 C.c. dice que es «una norma de aplicación general y de derecho necesario, que debe ser puesta en relación con el régimen económico que rige el matrimonio»; añadiendo a ello que «la forma de contribución se regirá, en primer lugar, por lo pactado; subsidiariamente se tendrán en cuenta las reglas de cada régimen económico» (art. 1.436 para el régimen de separación y también para el de participación en las ganancias por la remisión a aquél que contiene el art. 1.413 C.c., y para el régimen de la sociedad de gananciales, el art. 1.362 C.c.); no habiendo ninguno de éstos «se aplicará plenamente el art. 1.318 C.c.» (107). Respecto del art. 1.321 C.c. señala este autor que la inclusión de esta norma dentro del régimen económico matrimonial primario permite atribuir el carácter de irrenunciable a este beneficio que la ley otorga al cónyuge sobreviviente (108), como si la imperatividad de la norma dependiera de su inclusión en determinado capítulo, y no de su propio tenor y de la interpretación sistemática sobre la materia regulada en el Código. Por su parte, del art. 1.323 C.c. se manifiesta en parecidos términos, al indicar que «al incluirse en el régimen matrimonial primario tiene la importante consecuencia de ser imperativo y no poderse derogar por acuerdo entre los cónyuges, aunque sea en capítulos» (109).

Otros autores, pese a una previa declaración de imperatividad de las normas de régimen económico matrimonial primario, establecen

(105) Para Díez-PICAZO y GULLÓN (*ob. cit.*, p. 148) la idea de un régimen económico matrimonial primario «parece equívoca porque en puridad no existe un régimen económico que sea simple y se pueda oponer a otros más evolucionados o complejos. Los arts. 1.315 y ss. van encabezados por un rúbrica que los considera como «disposiciones generales» y esto es lo que son, aunque su pretendida generalidad pueda ser cuestionada y, sobre todo, su utilidad».

(106) GARCÍA CANTERO, *Notas sobre el régimen matrimonial primario*, en *Documentación Jurídica*, vol. 1.º 1.982, pp. 299 y ss.; en concreto, p. 301.

(107) *Ibidem*, p. 304.

(108) *Ibidem*, p. 310.

(109) *Ibidem*, p. 312.

después diversas excepciones al tratar cada una de ellas en particular. Así, Lacruz señala, respecto del art. 1.320 C.c., que el «con sentimiento puede ser prestado preventivamente, e incluso de forma irrevocable, en capítulos, pues la protección que presta el art. 1. 320 puede ser renunciada: de ahí que su infracción de lugar a actos válidos y confirmables» (110).

Para Álvarez-Sala, es discutible si las disposiciones de régimen económico matrimonial primario son imperativas o, por el contrario, pueden quedar suprimidas en virtud de convención capitular. Abundando en ello entiende que sería lícito el pacto capitular que suprimiera, en el caso del art. 1.322 C.c., la necesidad de consentimiento del otro cónyuge, siempre que dicha disposición opere en términos de reciprocidad, pues no siendo así, tal estipulación habría que considerarla nula por contraria al principio de igualdad que recoge el art. 1.328 C.c. (111). Respecto del art. 1.318 C.c. entiende que es un principio de orden público en nuestro Derecho, de ahí que, dado su carácter imperativo, no pueda ser derogado por los capítulos; lo que sí cabe es desarrollarlo: «los capítulos no pueden reducir objetivamente la responsabilidad frente a terceros que afecta a las distintas masas de bienes del matrimonio, pero sí pueden recortar su alcance objetivo, organizar esa responsabilidad para que se haga efectiva sobre las distintas masas patrimoniales según criterios de solidaridad y subsidiariedad, que serán oponibles al tercero, pues esto ya no contradice al art. 1.911 C.c.» (112).

Por mi parte, entiendo que el art. 1.319 C.c. recoge tres normas, cada una de las cuales pertenece a uno de los bloques que he descrito. El primer apartado del artículo, el que establece el concepto de «potestad doméstica» y disciplina su ejercicio, es una norma de aplicación a todo régimen económico matrimonial, sea uno convencional pactado por los cónyuges en capitulaciones, sea uno de los regulados en el mismo Código (113). El apartado segundo del art. 1.319, el que regula la responsabilidad frente a terceros que resulta del ejercicio de esa potestad doméstica, represente un mínimo indisponible por los cónyuges en cualquier régimen económico matrimonial de origen convencional (norma mínima); es decir, que, como mínimo, el régimen económico matrimonial convencional que se pacte debe recoger ese ámbito de

(110) LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 301.

(111) ÁLVAREZ-SALA, *ob. cit.*, pp. 107-108.

(112) *Ibidem*, pp. 22 y 32.

(113) Cf. LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, p. 292), quien entiende que «el poder que concede a cada cónyuge el art. 1.319 —en referencias a su párrafo primero— parece indisponible, y ello no sólo por voluntad de uno de los partícipes, que no podría, unilateralmente, extinguir la potestad doméstica de su consorte ni renunciar a la propia, sino, en lo esencial, tampoco por acuerdo de ambos. Lo cual es particularmente necesario frente a terceros, que no tienen por qué estar enterados de las convenciones de los cónyuges y se fian tan sólo de la apariencia».

afección en garantía frente a terceros, de modo que, por ejemplo, los cónyuges no podrán pactar un régimen económico que estableciese sólo la responsabilidad frente a terceros de los bienes propios del cónyuge contratante en ejercicio de la potestad doméstica, o que excluyese la afección, en forma subsidiaria de los bienes propios del cónyuge del deudor; pero sí podrán pactar que de las deudas contraídas por un cónyuge en ejercicio de la potestad doméstica, responderá el deudor de forma indistinta con los bienes que componen los tres patrimonios garantes (114). Sin embargo, ese ámbito de responsabilidad que diseña el apartado segundo del art. 1.319 C.c., esa norma mínima que recoge cuando el concreto régimen económico del matrimonio sea alguno de los regulados por el propio Código en el que establece un régimen de responsabilidad distinto. Por su parte, la norma del apartado tercero del art. 1.319 C.c., la que regula el pasivo definitivo por las deudas contraídas en ejercicio de la potestad doméstica, no es norma mínima, sino norma de remisión a los específicos preceptos sobre pasivo definitivo de cada concreto régimen económico matrimonial, sean legales o convencionales.

Volviendo al apartado segundo del art. 1.319, el Código, en sede de sociedad de gananciales, establece literalmente, en el apartado primero del art. 1.365, un ámbito de responsabilidad frente a terceros por deudas derivadas del ejercicio de la potestad doméstica distinto al que diseña el art. 1.319.2, pues aquél dispone que de tales deudas responderá el deudor directamente con los bienes gananciales sin que, al contrario del art. 1.319.2, afecte de alguna forma los bienes privativos de los cónyuges, tanto los del deudor como los de su consorte. Por el contrario, el art. 1.440 C.c. en sede de régimen de separación de bienes, se remite al ámbito de responsabilidad que diseña el art. 1.319.2, cuando dice: «en cuanto a las obligaciones contraídas en ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1.319 y 1.438 de este código». Y parece que igual que se remite al art. 1.319.2 podría haber establecido otro régi-

(114) ÁLVAREZ-SALA, por su parte (*ob. cit.*, pp 38-39), reduce el carácter mínimo de la norma del párrafo segundo del art. 1.319 a la concreción de los bienes afectos en garantía, pero en cuanto al juego de ésta entiende que el establecido por la norma es disponible por los cónyuges: «dado que la 'ratio' del art. 1.319.2 (al igual que el art. 1.911) descansa en la protección del tercero, nada se opone a que los capítulos puedan —siempre que no sea inicuo entre los cónyuges— alterar estos criterios de solidaridad y subsidiariedad, mientras no se recorte la extensión objetiva de la responsabilidad que afecta a todos los bienes del matrimonio sean comunes o privativos de cualquiera de los cónyuges, por las obligaciones que se asuman en ejercicio de la potestad doméstica». De esta forma, según este autor, los cónyuges podrían pactar en capitulaciones que del cumplimiento de las deudas derivadas del ejercicio de la potestad doméstica responderá el deudor directamente con los bienes comunes, subsidiariamente con los suyos propios y, en defecto de todos éstos con los privativos de su consorte, pero, por contra, los cónyuges no podrán excluir la responsabilidad de los bienes del cónyuge del deudor aunque matuvieren las de los restantes bienes.

men de responsabilidad distinto. Otro tanto sucede en el régimen de participación en las ganancias, al que le es aplicable el art. 1.319.2 C.c., no por su carácter imperativo o, cuando menos, de derecho necesario, sino por directa aplicación del art. 1.440 C.c., al que aquél se remite cuando dispone: «en todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes».

En apoyo de esta opinión puedo añadir que el concepto de «potestad doméstica» y la atribución de su ejercicio, regulado en el art. 1.319.1 C.c., no se concreta, ni siquiera se repite, en cada uno de los regímenes económicos que regula el Código; y ello porque la norma contenida en este primer apartado es aplicable, como dijimos, a todos los regímenes económicos matrimoniales, sean legales o convencionales. Por contra, el ámbito de los bienes afectos frente a terceros por la deudas nacidas en ejercicio de la potestad doméstica viene establecido en cada uno de los regímenes económicos legales, en uno de forma distinta al sistema que diseña el art. 1.319.2 C.c., en otros de forma idéntica; pero en éstos, no por directa aplicación de la norma del art. 1.319.2, sino porque así lo establecen las específicas normas que los regulan, en concreto la del art. 1.440 C.c. para el régimen de separación de bienes, y la del art. 1.413 C.c. para el régimen de participación en las ganancias, que se remite a aquél, al igual que éste lo hace al 1.319.2 C.c. Es decir, que si la afectación de bienes que establece el 1.319.2 se aplica a los regímenes de separación y participación no es por directa aplicación del mismo, sino porque a él se remite directamente el art. 1.440 C.c. e indirectamente el art. 1.413 C.c. al hacerlo expresamente a anterior (115).

Si la norma del apartado segundo del art. 1.319 Cc. fuese aplicable directamente a todo régimen económico matrimonial no hubiera sido necesaria remisión alguna en los diversos regímenes económicos que diseña el Código, o que esa remisión se estableciese en todos o para todos ellos y en similares términos (116). Por ello, si se admite la aplicación general de la norma del art. 1.319.2 Cc., sorprende entonces que

(115) De la misma opinión es MARTÍNEZ CALCERRADA (*ob. cit.*, pp. 230-231), quien matiza la conexidad del art. 1.365.1 con el art. 1.319.2: al afirmar éste que de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica responderá el deudor solidariamente con los bienes comunes y con los suyos propios, resulta que, luego, en el campo ganancial, el art. 1.365.1 habla de una responsabilidad directa de los bienes comunes, en lugar de la solidaridad que recoge el art. 1.319. «La posible diatriba se resuelve con la primacía de éste, que además se conjuga porque es norma más específica, y porque es más natural que de esas cargas primarias, en primer lugar, sean los bienes comunes los afectados, luego los del cónyuge gestor y, en último lugar, los del consorte» (*vid. también* p. 301-302).

(116) Aunque en este segundo caso podría entenderse también que la aplicabilidad del art. 1.319.2 a los diversos regímenes económicos legales deriva de esa remisión, y no de la propia naturaleza de la norma del párrafo segundo del art. 1.319.

en el art. 1.365.1 C.c., en sede de régimen de sociedad de gananciales, se recoja literalmente una «responsabilidad directa» con los bienes gananciales, nada se diga de la responsabilidad del deudor con sus bienes privativos (aunque esta afeción pueda sostenerse por aplicación del principio general —este sí— recogido en el art. 1.911 C.c.), y menos aún de la responsabilidad del deudor con los bienes propios de su consorte. Y aumenta esa sorpresa, que pasa a convertirse en perplejidad, por el hecho de que en sede de régimen de separación de bienes (y también en el de participación en las ganancias, por virtud de la remisión contenida en el art. 1.413 C.c.), sin embargo, se contenga la misma redacción, en forma de remisión, que en el apartado segundo del art. 1.319 C.c., fijándose la responsabilidad del deudor indistintamente con sus bienes propios y con los comunes (117) y, subsidiariamente, por si los anteriores no fueren suficientes, con los propios de su consorte (118).

Estimo que el legislador ha optado por disciplinar fórmulas distintas de sujeción de los bienes del matrimonio en los regímenes de sociedad de gananciales y separación de bienes por la mayor envergadura que en el primero tienen los bienes comunes en relación con los bienes propios de cada cónyuge y por el deber que pesa sobre éstos, como integrante de la potestad doméstica, de atender las necesidades ordinarias de la familia encomendadas al cuidado de cada uno, deber cuyo cumplimiento podría verse mermado ante la posibilidad de que los acreedores ejecuten los bienes propios del cónyuge actuante haciendo uso de la pretendida facultad que les concede el apartado segundo del art. 1.319 C.c., cuando precisamente ese conjunto de bienes suele ser inferior, la mayoría de las veces, al conjunto de los bienes comunes, y cuando el patrimonio ganancial se nutre de los frutos y rentas de los bienes privativos, además del trabajo e industria de cada cónyuge.

(117) Conviene aclarar que en el régimen de separación de bienes, al igual que en el de participación en las ganancias, sí existen bienes comunes, como se desprende del art. 1.441, a cuyo tenor: «cuando no sea posible acreditar a cual de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad».

(118) En contra de la opinión expresada en el texto, sostienen la aplicación del art. 1.319.2 a la sociedad de gananciales, por entender que la norma del art. 1.365.1 se refiere a aquél, GARCÍA CANTERO (*ob. cit.*, p. 306), DE LOS MOZOS (*ob. cit.*, p. 248), BLANQUER UBEROS (*ob. cit.*, p. 126), RUEDA PÉREZ (*ob. cit.*, p. 575), TORRALBA (*ob. cit.*, pp. 1.687-1688), RAGEL SÁNCHEZ (*ob. cit.*, p. 60 en nota 27), ÁLVAREZ-SALA (*ob. cit.*, pp. 37-38), GIMÉNEZ DUART («Cargas y obligaciones...» *cit.*, pp. 544-545), LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, pp. 291-292, 295 y 423-424), quien, no obstante, siendo consciente de que el art. 1.365.1 tan sólo establece la responsabilidad directa de los gananciales, concluye que también responden solidariamente los bienes privativos del cónyuge deudor por aplicación del art. 1.369, y MATA PALLARÉS (*ob. cit.*, p. 340), que considera superflua la norma del art. 1.365.1 en lo referente a la potestad doméstica, por entender que aparece establecida y ampliamente superada por el art. 1.319.

Por contra, en el régimen de separación, dado que los bienes comunes son más escasos que los bienes propios de cada cónyuge, y puesto que ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio, el legislador remite al art. 1.319.2 y establece la responsabilidad del deudor con los bienes comunes (de esta forma el cónyuge del deudor contribuye en parte al sostenimiento de esas cargas del matrimonio) y solidariamente, dada la escasa importancia económica de estos bienes comunes, establece la responsabilidad solidaria con los bienes propios del cónyuge deudor, añadiendo, finalmente, como nuevo complemento a esa contribución, la responsabilidad subsidiaria con los bienes propios del cónyuge del deudor. Igual sucede en el régimen de participación en las ganancias que, como ya hemos dicho, durante su vigencia se rige por las normas del régimen de separación de bienes en todo lo no previsto en el Capítulo V del Título III del Libro IV del Código.

Las conclusiones a las que llegan los autores citados estimo que deriva de extraer el carácter imperativo de los arts. 1.315 a 1.324 C.c. de su ubicación en un capítulo que lleva por rúbrica «Disposiciones generales», como si nuestro legislador nos tuviere acostumbrados a mantener la imperatividad de todas las normas incluidas en las diversas disposiciones generales de las distintas leyes, cuando precisamente la forma lógica de operar para declarar el carácter imperativo de cada concreta norma ubicada en un capítulo o sección de disposiciones generales consiste en comparar esas normas generales con cada una de las normas especiales que las suceden. Operando de esta forma, si no encontramos una disposición especial que sea opuesta —no abiertamente de forma necesaria— a cada una de las disposiciones generales, y con el conjunto de aquéllas tampoco se produce esa oposición, entonces habremos de concluir afirmando la aplicación de la norma general junto con las especiales en la materia concreta que éstas regulan. Y si encontramos una norma especial que se opone a una general, en principio deberíamos intentar armonizarlas para mantener su aplicación, pues, no obstante la oposición, sigue siendo norma general, aplicable en principio a toda la materia regulada. Pero si tras ese esfuerzo resulta distorsionado el propio conjunto de normas especiales, habrá que concluir, en beneficio de la armonía de aquél, excluyendo la aplicación de la norma general a la materia regulada por las normas especiales.

Si utilizamos este método en la interpretación sistemática del art. 1.319 C.c., observamos que la definición del concepto de potestad doméstica y la atribución de su ejercicio, establecidos en su párrafo primero, no aparecen en las normas que regulan los diversos regímenes económicos matrimoniales legales, sino que éstas, a lo sumo, aluden a la potestad doméstica (art. 1.365.1 para el régimen de gananciales; art. 1.440 para los de separación de bienes y participación, en éste por la remisión que a aquél hace el art. 1.413 C.c.). Nuestra tradición doctrinal nos lleva a hilvanar el concepto que recoge el párrafo primero del

art. 1.319 C.c. (atención a las necesidades ordinarias de la familia, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma) con la expresión «potestad doméstica» de los arts. 1.365.1 y 1.440 C.c. (119), pero no a hacer extensiva a esta expresión la responsabilidad frente a terceros por las deudas derivadas del ejercicio de la misma (materia regulada en el párrafo segundo del art. 1.319 C.c.), como lo demuestra, además, que tanto en régimen de gananciales como en régimen de separación de bienes, tras la expresión «potestad doméstica» se haga referencia al pasivo provisional por las deudas derivadas del ejercicio de la misma.

Con los restantes apartados del art. 1.319 Cc. habría que operar de igual forma. Respecto de la norma contenida en el segundo de ellos, la que fija el ámbito de los bienes que quedan sujetos en garantía por el cumplimiento de las deudas que contraiga un cónyuge en ejercicio de la potestad doméstica, al compararla con las específicas normas de cada uno de los regímenes económicos legales, observamos que esa misma materia aparece regulada en el art. 1.365.1, para el régimen de la sociedad de gananciales, y en el art. 1.440 para los regímenes de separación de bienes y participación en las ganancias, a diferencia del concepto de potestad doméstica, que en ninguno de ellos se recogía.

Comparando la regulación del pasivo provisional por las deudas contraídas en ejercicio de la potestad doméstica en los diferentes regímenes económicos legales, observamos que en el de separación de bienes queda fijado en los mismos términos que en el párrafo segundo del art. 1.319 C.c., puesto que es clara y no ofrece duda alguna la remisión que el art. 1.440 C.c. hace al citado párrafo del art. 1.319 cuando dispone que de «las obligaciones contraídas en ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada» en el art. 1.319: entendiendo que la expresión «potestad doméstica» alude al concepto definido en el primer apartado del art. 1.319, y

(119) Cf. LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, p. 424), quien tras indicar que «ciertamente el art. 1.319 no apellida de modo expreso «potestad doméstica» al poder que confiere a cada esposo, pero la denominación, unánime en la doctrina, no podía convenir a otro concepto». En el mismo sentido, CABRERA HERNÁNDEZ, *Algunas notas sobre los nuevos artículos 1.315 a 1.324 Cc.*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1.982, pp. 133 y ss.; en concreto, p.139. Cf. también RAGEL SÁNCHEZ (*ob. cit.*, p. 53), MARTÍNEZ CALCERRADA (*ob. cit.*, p. 230), DE LOS MOZOS («Comentarios...» vol. 2.º *cit.*, p. 248), BLANQUER UBEROS (*ob. cit.*, p.126), DíEZ-PICAZO («Comentarios...» *cit.*, p. 1.503), GARCÍA CANTERO (*ob.cit.*, p. 305), MATA PALLARÉS (*ob. cit.*, p. 340), TORRALBA (*ob. cit.*, p. 1.687), GIMÉNEZ DUART («Cargas y obligaciones...» *cit.*, p. 543), quien, no obstante, entiende que el art. 1.319.1, como norma general, encuentra su traducción, para el régimen de gananciales, en el primer inciso del art. 1.362.1 en el ámbito interno (pasivo definitivo), y en la expresión «potestad doméstica» del art. 1.365.1, en el ámbito externo (pasivo provisional), concluyendo: «la potestad doméstica es la que se concede a cada cónyuge para la atención a las necesidades ordinarias de la familia que, a su vez, son: el sostenimiento del hogar, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión normales». También identifican los arts. 1.319.1 y 1.362.1 los hermanos RUEDA PÉREZ (*ob. cit.*, p. 575).

el empleo del verbo «responder», en conexión con este mismo artículo, nos conduce necesariamente a su párrafo segundo, que es precisamente el que establece la afección de bienes en garantía.

Por su parte, en sede de sociedad de gananciales, el pasivo provisional resultante del ejercicio de la potestad doméstica aparece regulado en el art. 1.365.1 C.c., cuya dicción difiere abiertamente de la del párrafo segundo del art. 1.319, pues aquél dispone que «los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica», sin que se aluda en absoluto a la responsabilidad de los bienes propios del deudor y tampoco a la responsabilidad de los privativos de su consorte.

Que no se haga referencia en el art. 1.365.1 C.c. a la responsabilidad de los bienes privativos del cónyuge deudor no puede significar que éstos queden exentos, pues una interpretación sistemática del art. 1.911 C.c. (120) nos llevaría a concluir que para eludir su aplicación, el art. 1.365.1 tendría que excluir el supuesto de hecho que recoge de la consecuencia jurídica que aquél establece, o que, cuando menos, ello se dedujese de su interpretación. El apartado primero del art. 1.365 C.c. no recoge la afección de los bienes privativos del deudor en garantía del cumplimiento porque su finalidad no es ésta, sino establecer el régimen de responsabilidad provisional del patrimonio ganancial por determinadas deudas contraídas por un solo cónyuge, sin que ello deba suponer una exclusión de la afección general que regula el art. 1.911 C.c.

La ausencia de toda referencia en el art. 1.365.1 C.c. a la sujeción en garantía de los bienes propios del cónyuge del deudor debería integrarse con una norma similar a la contenida en el art. 1.911 C.c. que

(120) Artículo, el 1.911, que también se encuentra en un capítulo —aunque de distinto título, pero del mismo Libro que el 1.319— que lleva por rúbrica «Disposiciones generales», y que no por ello precisamente tiene carácter imperativo, pues son numerosas las excepciones, tanto legales como convencionales, que al mismo se pueden oponer. Ahora bien, no excepciones al principio de responsabilidad del deudor por el cumplimiento de sus obligaciones (lo que supondría la desjuridificación de la obligación y su tránsito a la categoría de las obligaciones naturales), sino excepciones a la extensión objetiva de esa responsabilidad, a la afección de bienes del deudor en garantía del cumplimiento de su obligación. Así, podemos citar el art. 140 Lh., que permite pactar en el contrato de hipoteca que la obligación garantizada se haga solo efectiva, en caso de incumplimiento, sobre los bienes hipotecados, limitando la afección de los bienes del deudor. También el art. 1.807 Cc. establece la posibilidad de excluir por pacto la renta gratuitamente constituida de la genérica afección en garantía por deudas del pensionista. Cf. LACRUZ («Derecho de obligaciones...», vol. 1.º *cit.*, pp. 30-31): «las restricciones tienen un límite en la necesidad de que, junto a la deuda haya, en alguna forma, garantía: no porque se deduzca así del art. 1.911, que no es de Derecho necesario, sino porque lo contrario dejaría el cumplimiento de la obligación al arbitrio del deudor, cosa imposible en buena lógica y que prohíbe el Código civil» (cf., entre otros, arts. 1.115, 1.256 y 1.449). Vid. también Díez-PICAZO, «Fundamentos ...» *cit.*, pp. 356-357.

afectase los bienes privativos de cada cónyuge frente a terceros en garantía del cumplimiento de todas o determinadas deudas contraídas por su consorte. Una norma de semejante tenor no creo que se encuentre en el Código en la «sedes materiae» que le correspondería —ni en alguna otra—, la de régimen económico del matrimonio.

Hay autores que entienden que el párrafo primero del art. 1.318 Cc., al establecer que «los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio», está fijando la afección frente a terceros de todos los bienes de los cónyuges en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos para el levantamiento de las cargas del matrimonio. En este sentido, Díez-Picazo explica que «la sujeción hay que entenderla como responsabilidad y hay que interpretarla de modo diferente en las relaciones recíprocas entre cónyuges y en las relaciones con terceros, especialmente los acreedores de las obligaciones generadas para atender a las cargas. Frente a los acreedores es responsable el patrimonio del cónyuge que contrajo la obligación y subsidiariamente el del otro cónyuge (121).

En parecidos términos se pronuncia Echevarría Echevarría, quien, refiriéndose a la sociedad de gananciales, entiende que «si una deuda es ganancial y el fin fundamental de la sociedad de gananciales es el levantamiento de las cargas del matrimonio, responderán del cumplimiento de dicha obligación no sólo los bienes gananciales y los privativos del cónyuge deudor, sino

(121) Díez-PICAZO, «Comentarios...» *cit.*, p. 1.501. Posteriormente, junto con GULLÓN («Derecho de Familia...» *cit.*, p. 149), rectifica su opinión y entiende que la sujeción que establece el art. 1.318.1 puede entenderse en dos sentidos: como «responsabilidad derivada de obligaciones frente a terceros, con la consecuencia inmediata de que se les reconoce un poder de agresión sobre aquellos bienes»; o como referencia al aspecto de la contribución (pasivo definitivo) de los propios cónyuges «en cuanto que con sus bienes deben contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio». Ahora bien, añaden, si los acreedores pueden agredir los bienes de los cónyuges, «el art. 1.318 no dice que han de ser bienes privativos, pueden ser perfectamente bienes comunes o gananciales, pues pertenecen también a los cónyuges. La cuestión de qué bienes responden antes o solidaria o subsidiariamente dependerá del régimen económico del matrimonio. En el sistema ganancial hay un patrimonio afecto al levantamiento de las cargas del matrimonio». Pero, posteriormente, hacen coincidir el ámbito de la potestad doméstica (art. 1.319) con el concepto de cargas del matrimonio (art. 1.362.1), y puesto que aquél hace responsable de tales deudas, subsidiariamente, a los bienes privativos del cónyuge del deudor, resulta que quedan sujetos frente a terceros todos los bienes de los cónyuges por el levantamiento de las cargas del matrimonio, solidariamente los gananciales con los privativos del cónyuge deudor y, subsidiariamente, los privativos de su consorte (*ibidem*, p. 188). En parecidos términos se pronuncia SANTOS BRIZ (*ob. cit.*, p. 121), que al referirse al levantamiento de las cargas del matrimonio en el régimen de gananciales, entiende que en primer lugar responden los bienes gananciales y, en defecto o insuficiencia de éstos «responderán los cónyuges con sus bienes privativos en proporción a sus respectivos recursos económicos (cfr. art. 1.438), solución a la que nada se opone».

también, en su caso, los privativos del no deudor por aplicación del art. 1.318 C.c.» (122).

En contra de la opinión de estos autores se pronuncia Mata Pallarés, para quien aunque el art. 1.318 en su párrafo primero «al decir que los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de tales cargas parece establecer una norma de responsabilidad, no es así, como lo demuestra que en caso de incumplimiento de tal deber por alguno de los cónyuges, el párrafo segundo lo que hace es facultar al otro para instar las medidas cautelares que el artículo establece. Es decir, no se está tratando cuestiones de responsabilidad, aspecto externo que mira al tercer contratante, sino al aspecto interno de la contribución al gas-to» (123).

En idéntico sentido se pronuncia Ragel Sánchez, para quien «el hecho de que la actuación de un cónyuge intente atender lo que, una vez pagado, sea una carga del matrimonio, cuando no sea manifestación del ejercicio de la potestad doméstica, no faculta al acreedor para agredir en virtud de la acción subrogatoria (art. 1.111 C.c.) el patrimonio privativo del cónyuge no actuante, amparándose en la obligación que tienen ambos cónyuges de contribuir a las cargas del matrimonio, consagrada en el párrafo primero del art. 1.318 C.c., pues se trata de un precepto que se circunscribe a las relaciones internas entre los cónyuges» (124).

Por su parte, Lacruz, aunque entiende que «la pretensión de cada consorte a que el otro contribuya a las cargas es personalísima, intransmisible, inembargable y deriva inmediatamente del estado de cónyuge» (125), posteriormente señala que el cónyuge no deudor no responde de la deuda contraída por su consorte, salvo en el supuesto del art. 1.319, «o bien que se trate de una carga del matrimonio que personalmente está él obligado a levantar, en cuyo caso, y sobre la base del art. 1.318, el acreedor podría intentar una acción «in rem

(122) ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, *Sociedad de gananciales, ganancialidad, bienes gananciales y ganancias*, en Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1982, pp. 7 y ss.; en concreto, p. 22. Cf. también ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, t. IV: «Derecho de Familia»; Barcelona, 1982, p. 176. Recientemente, ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (*Curso de Derecho de Familia*, t. I: «Matrimonio y régimen económico del matrimonio», Madrid, 1988) entiende que, cualquiera que sea el régimen económico, los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1.318), entendiéndose que tales cargas son las que definen los arts. 1.362 y ss. como cargas de la sociedad de gananciales, y de las mismas responden los bienes de ambos cónyuges, sin perjuicio de su deber final de contribución proporcional (art. 1.438) como régimen interno de liquidación, restitución o reembolso.

(123) MATA PALLARÉS, *ob. cit.*, pp. 333-334.

(124) RAGEL SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 60. En el mismo sentido VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *ob. cit.*, p. 58.

(125) LACRUZ: «Derecho de Familia» *cit.*, p. 116.

verso», y el consorte que pagó todo podría reclamarle su parte de contribución» (126).

Para Martínez Calcerrada, la afección que establece el párrafo primero del art. 1.318 C.c. es subsidiaria, en el régimen de la sociedad de gananciales, de la afección principal que recae sobre los bienes comunes a tenor del art. 1.362.1 C.c. (127). En esta línea, De los Mozos, que tras calificar la norma del párrafo primero del art. 1.318 C.c. de excepcional (en el sentido de que solamente se aplicará cuando no funcionen las reglas convencionales o legales que según el concreto régimen económico sean aplicables: art. 1.362.1 para los gananciales; art. 1.438 para los regímenes de separación y participación) y subsidiaria (en el sentido de que sólo será aplicable cuando las reglas de los arts. 1.362.1 y 1.438 no puedan funcionar por faltar el presupuesto de hecho para su aplicación: los bienes gananciales, en el caso del art. 1.362.1, y esos otros recursos económicos, en el caso del art. 1.438 C.c.), entiende que lo único que pretende el párrafo primero del art. 1.318 es consagrar el principio de contribución a las cargas comunes, y si lo hace a través de una regla de afección de los bienes de los cónyuges es porque da por supuesta la obligación de éstos de contribuir al levantamiento de las cargas de la familia, y porque es natural que así sea, pues se trata de una regla de carácter imperativo aplicable a todo régimen económico matrimonial. En definitiva, concluye este autor, lo verdaderamente importante, para fijar sus límites de aplicación, es que el principio de contribución se concreta, en el art. 1.318, «en una regla de ejecución del deber de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, que se manifiesta, por un lado, a la afección de los bienes (párrafo primero), y, por otro, a la intervención judicial (párrafo segundo), como medio de hacer efectiva aquélla», que sólo está legitimado para solicitar (en el otro cónyuge (128).

Comparto la opinión de quienes entienden que la sujeción de que habla el párrafo primero del art. 1.318 Cc. se establece, al igual que la del art. 1.911, como afección de los bienes del deudor en garantía del cumplimiento de su obligación; pero, a diferencia de la del art. 1.911, esa afección no es por todo tipo de deudas ni frente a cualquier acreedor, sino sólo para el cumplimiento de una concreta obligación y frente a un determinado acreedor: el levantamiento de las cargas del matrimonio frente al otro cónyuge. En efecto, cada esposo es recíprocamente acreedor-deudor del otro en la concreta obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, sin que nadie más que ellos puedan exigirse, recíprocamente, el respectivo cumplimiento de esta obligación. Por ello precisamente el párrafo segundo del art. 1.318

(126) *Ibídem*, p. 439.

(127) MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de Familia*, t. I, p. 115.

(128) DE LOS MOZOS, «Comentarios...» vol. 2.^o *cit.*, pp. 98-108.

C.c., tras haberse fijado la deuda en el anterior, legitima a cada cónyuge para exigir judicialmente el cumplimiento forzoso de la obligación de su consorte cuando éste se negare a hacerlo voluntariamente. Si el acreedor de esta concreta obligación pudiera ser cualquier tercero, el párrafo segundo del art. 1.318 estaría de más, pues todos ellos contarían con los medios normales de defensa para obtener la satisfacción de sus créditos. Además, como reconoce De los Mozos, la exigibilidad de esta obligación estaría condicionada a la operatividad de las concretas normas de cada régimen económico sobre contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio: específicamente para la sociedad de gananciales, a la existencia de bienes comunes, pues a ellos carga el art. 1.362 este tipo de gastos.

Si el art. 1.318 C.c. no es el precepto que buscamos, podría pensarse que se trata del párrafo segundo del art. 1.319, pero analizada la clara remisión que al mismo existe en el art. 1.440 C.c., tanto para el régimen legal de separación de bienes como para el régimen, también legal, de participación en las ganancias, resulta poco coherente que remisión similar no exista en el régimen legal de la sociedad de gananciales, sobre todo si era intención del legislador mantener la aplicación de la norma del párrafo segundo del art. 1.319 a todo régimen económico matrimonial, incluidos los legales regulados en el Código. Esta intención es obvio que no existía, pues de lo contrario tampoco se hubiese remitido el art. 1.440 al 1.319, sino que nada se hubiera dicho respecto del pasivo provisional por deudas derivadas del ejercicio de la potestad doméstica en esos regímenes legales, como sucede con el concepto de potestad doméstica.

Por otra parte, recordar que la reforma de 13 de mayo de 1981 introduce un principio general en la regulación del régimen económico del matrimonio, el de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, el principio de libertad de estipulación capitular con el que se abre el Título III del Libro IV cuando dice el art. 1.315 que «el régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones» (129). Este principio, que debe informar toda la regulación del Código en la materia, tan sólo se encuentra cercenado, como

(129) Cf. Díez-PICAZO y GULLÓN (*ob. cit.*, pp. 146-147): el art. 1.315 «constituye una aplicación particular del principio general de autonomía privada. El ordenamiento admite como norma rectora la “lex privata” producto de la voluntad de los interesados, porque se considera que es lo más justo y lo más conveniente; que siempre que actúan con libertad son los interesados quienes mejor pueden establecer la reglamentación de intereses a la cual haya de ajustarse su posterior conducta. Además, en un momento en el que la uniformidad de los modelos familiares y de comportamiento dentro de la familia no resulta fácil, hay que preconizar el pluralismo y la libertad individual es la fuente de ese pluralismo... Todo ello conduce a un reconocimiento de la libertad de estipulación con los naturales límites, que no son otra cosa que aplicación, a ese concreto supuesto, de las genéricas limitaciones que la autonomía privada tiene en el Derecho civil».

dice el propio art. 1.315, por las limitaciones establecidas en el propio Código, limitaciones que al ser excepciones a un principio general, deben ser interpretadas y aplicadas de forma restrictiva, salvo cuando alguna de éstas también tuviere la consideración de principio general. Pero esas restricciones lo son a la libertad de estipulación capitular (130).

En ausencia de capitulaciones matrimoniales, o cuando éstas sean ineficaces, el régimen económico del matrimonio será, por virtud de la aplicación del art. 1.316 C.c., el de la sociedad de gananciales, regulada en el capítulo IV del Título III del Libro IV del Código. En estos casos, el régimen económico del matrimonio ya no es el establecido mediante capitulaciones como fruto de la capacidad de autonormación de los cónyuges, sino uno supletorio regulado en el propio Código para los supuestos de ausencia de aquél, por lo que, entonces, las limitaciones a la libertad de estipulación capitular no serían, en principio, aplicables a la regulación legal de la sociedad de gananciales, salvo que esas limitaciones también se recogiesen en las concretas normas que regulan este régimen económico del matrimonio, bien fijándolas expresamente, bien mediante una remisión a las mismas.

Si entendemos que los arts. 1.318 a 1.324 (señaladamente el art. 1.319) son algunas de esas limitaciones que establece el Código a la libertad de estipulación capitular, tendríamos que analizar entonces cuáles de éstas son aplicables a la sociedad de gananciales. Para ello debemos partir de la base de que se tratan de limitaciones a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, y ésta, en puridad, no se ha manifestado —o incluso puede que ni siquiera haya existido— o lo ha hecho reclamando la aplicación de un régimen legal. En este segundo caso, esas limitaciones, en principio, no deben ser aplicables a ese concreto régimen económico legal, salvo que algunas de las limitaciones el Código las haga extensivas a la sociedad de gananciales, o que las concretas normas reguladoras de este régimen económico remitan o recojan algunas de esas limitaciones. Y precisamente acabamos de analizar la antinomia existente entre los arts. 1.319, párrafo segundo, y el 1.365.1 Cc. que impide la aplicación al régimen de gananciales del

(130) Interesante es la opinión de ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ al respecto (*ob. cit.*, p. 293), que tras llamar la atención sobre una cierta analogía entre el art. 1.315 y el art. 348 C.c., entiende que las limitaciones que establece el primero no son tales, «sino una auténtica configuración de la institución: las capitulaciones matrimoniales se presentan como el medio idóneo para hacer efectiva la disponibilidad del contenido del régimen económico del matrimonio, pero... ¿existe efectivamente esa disponibilidad del régimen matrimonial?... El análisis detenido de la normativa económica matrimonial muestra el acercamiento de los distintos regímenes económicos matrimoniales, y que la pretendida diversidad es mucho más reducida y circunstancial de lo que pueda parecer de un análisis superficial. Ello es lógico: la asistencia familiar, la protección de terceros y los intereses desvinculadores son de orden público y principios imperativos de régimen primario, que no pueden ser derogados por voluntad de las partes. Las limitaciones significan la configuración y conformación del régimen económico matrimonial y su función social y pública, que se antepone a la voluntad de las partes».

pasivo provisional por las deudas contraídas por un cónyuge en ejercicio de la potestad doméstica que establece el referido párrafo segundo del art. 1.319 C.c.

VII. DISCURSO SOBRE LOS PROYECTOS DE 4 DE OCTUBRE DE 1978 Y 14 DE SEPTIEMBRE DE 1979

En apoyo de mi disertación puedo citar el Proyecto de Ley sobre régimen económico matrimonial en el Código civil, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales número 155, de 4 de octubre de 1978. En éste el capítulo dedicado a la regulación de la sociedad de gananciales es el capítulo V, dividido en las mismas cinco secciones que el actual capítulo IV del Título III del Libro IV del Código. La sección tercera de este capítulo del Proyecto de 1978 lleva por rúbrica, sin embargo, «De las cargas de la sociedad de gananciales», prescindiendo del término «obligación» que aparece en la actual sección tercera. Aquella sección se abre con el art. 1.359, dedicado a fijar los gastos que se imputarán al pasivo definitivo del patrimonio consorcial, lo que hace en similares términos que el actual art. 1.362 C.c., sólo que en aquél no aparece el párrafo segundo del apartado primero del actual 1.362, sino que en su apartado primero hace referencia tanto a los hijos comunes como a los de uno solo de los cónyuges.

A continuación, el art. 1.360 del Proyecto de 1978 carga también al patrimonio ganancial las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de igual forma que el actual 1.363 C.c., con la única variante de que en aquél se alude a los «bienes de propiedad» de uno de los cónyuges en lugar de la expresión «bienes privativos» del actual art. 1.363.

El art. 1.361 del Proyecto de 1978, por su parte, regula el pasivo provisional de la sociedad de gananciales por las obligaciones contraídas por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro, y lo hace con la misma contundencia que el actual art. 1.367 C.c., al emplear también la locución «en todo caso»; pero no fija la necesidad de ser expreso el consentimiento que debe prestar el consorte del cónyuge que contrae la obligación.

El art. 1.362 del citado Proyecto regula el pasivo provisional del patrimonio ganancial por las deudas contraídas individualmente por uno de los esposos, iniciando su redacción, al igual que el actual art. 1.368 C.c., con el adverbio «también». El apartado primero de aquél artículo del Proyecto se inicia con el concepto de potestad doméstica, definiéndolo igual que el apartado primero del art. 1.319 C.c. (131),

(131) Y ello porque, a diferencia del texto vigente, el Capítulo I del Título III del Proyecto de 1978, también rubricado «Disposiciones generales», no hacía mención al concepto de potestad doméstica ni a alguna otra materia relacionada con el mismo.

haciendo responsable de las deudas contraídas en su ejercicio a la sociedad de gananciales, pero sin pronunciarse sobre la afección de los bienes privativos del deudor y los de su consorte.

El párrafo segundo del art. 1.362 del Proyecto de 1978, es de idéntico tenor al actual inciso primero del párrafo segundo del art. 1.365 C.c., conteniendo aquél también la remisión al Código de comercio cuando alguno de los cónyuges quede sometido a su imperio por ser comerciante.

El párrafo tercero del art. 1.362 que estamos analizando, en su primer inciso sujeta los bienes gananciales en garantía del cumplimiento de las obligaciones contraídas individualmente por un cónyuge «que sean consecuencia de los actos de gestión y administración que, conforme a lo establecido en la sección cuarta de este capítulo, puedan ser realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro». Conforme a la sección cuarta a la que se remite el precepto, esos actos que puede realizar un cónyuge por sí solo son los de administración y disposición de los frutos y productos de sus bienes privativos (art. 1.372 del Proyecto de 1978, equivalente al actual art. 1.381 C.c.); disposición de numerario ganancial que le fuere necesario para el ejercicio de su profesión o empresa (art. 1.373 del proyecto de 1978, que a diferencia del actual art. 1.382 C.c. no habla de administración ordinaria de bienes privativos y sí de ejercicio de la empresa, y que restringe esa disposición a la necesaria carencia de bienes propios, sin exigir, a diferencia del actual art. 1.382 C.c., el conocimiento por el otro cónyuge); la administración de bienes comunes que se hallen a su nombre o en su poder (art. 1.381.1 del Proyecto de 1978, de idéntico significado, aunque no redacción, que el actual inciso primero del art. 1.384 C.c.); la disposición de dinero y títulos valores de consideración ganancial que se hallen a su nombre o en su poder (art. 1.381.2 del Proyecto de 1978, del mismo tenor que el actual inciso segundo del art. 1.384 C.c.); el ejercicio de los derechos de crédito que aparezcan constituidos a su nombre (art. 1.382 del Proyecto, homónimo del párrafo primero del art. 1.385 C.c.); la realización de gastos urgentes de carácter necesario, aunque fuesen extraordinarios (art. 1.371 del Proyecto de 1978, con la misma redacción que el actual art. 1.386 C.c.), y los actos realizados en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1.370 del Proyecto de 1978, que reitera lo que ya se deducía del propio concepto de potestad doméstica que define el apartado primero del art. 1.362 de este Proyecto).

El inciso segundo del tercer apartado del art. 1.362 del Proyecto de 1978 afecta los bienes gananciales al cumplimiento de las obligaciones contraídas individualmente por un cónyuge para hacer frente a los gastos de adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes y de administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges, mientras que el actual inciso segundo del apartado, también segundo, del art. 1.365 C.c., tan sólo se refiere a las obligaciones con-

traídas en la administración ordinaria de los bienes propios del cónyuge deudor.

Por último, el apartado cuarto del art. 1.362 del Proyecto de 1978 afecta los bienes gananciales al cumplimiento de las deudas contraídas, en caso de separación de hecho, por el cónyuge a cuyo cargo hubiese quedado el sostenimiento de la familia, y siempre que tengan por fin atender los gastos especificados en el apartado primero del art. 1.359, que vimos que era equivalente al art. 1.362.1 C.c.

Del conjunto del art. 1.362 del Proyecto de 1978 merece destacarse el hecho de que la sociedad de gananciales responda frente a los acreedores por deudas contraídas individualmente por un cónyuge incluso en aquellos supuestos en los que no está legitimado para actuar por sí solo. Mientras la legitimación de cada cónyuge para realizar, sin necesidad de la concurrencia o consentimiento del otro, actos y contraer deudas en ejercicio de la potestad doméstica aparece recogida en el art. 1.370 (132), y el 1.362.3, en su primer inciso, se está refiriendo a deudas contraídas por un solo cónyuge en el ámbito de legitimación que le está reservado, el art. 1.362.3, en su segundo inciso, afecta los bienes gananciales por deudas contraídas por un solo cónyuge que pueden no estar incluidas en su campo de legitimación, pues de lo contrario este segundo inciso sería superfluo al comprenderse ya precisamente en el inciso anterior.

El art. 1.383 del Proyecto de 1978 recoge la anulabilidad de los actos realizados por un solo cónyuge sin el consentimiento de su consorte cuando este consentimiento es necesario (133). Si el inciso segundo del art. 1.362.3 afecta los bienes gananciales por las deudas contraídas por un solo cónyuge en actuaciones que requieren forzosamente el consentimiento de su esposo, ¿hemos de entender que esa afección se establece tan sólo para cuando el consorte del actuante haya prestado su consentimiento o confirmado el acto anulable, o bien para cuando éste haya quedado convalidado por transcurso del plazo fijado para el ejercicio de la acción de nulación? Ello no puede sostenerse, porque en tal caso los gananciales no quedarían sujetos por aplicación del inciso segundo del art. 1.362.3, sino como consecuencia del art. 1.361, que afecta los gananciales por las deudas contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento, no necesariamente expreso, del otro. Luego en el supuesto del inciso segundo

(132) El tenor del art. 1.370 era el siguiente: «Cada uno de los cónyuges podrá sin el consentimiento del otro realizar los actos a que se refiere el número primero del art. 1.362»; número primero que, como ha quedado dicho, recogía el concepto de potestad doméstica en idénticos términos que el actual párrafo primero del art. 1.319 C.c.

(133) Art. 1.383 que literalmente decía: «Los actos de administración o de disposición intervivos realizados en contravención de las reglas contenidas en esta Sección, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos».

del art. 1.362.3, si el cónyuge del deudor no ha prestado su consentimiento, aun así los bienes gananciales quedarían sujetos en garantía del cumplimiento de la deuda contraída por un solo cónyuge, a menos que, haciendo uso del art. 1.383, el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido anule la actuación de su consorte, evitando así toda afectación de los gananciales y trasladándola a los bienes privativos del deudor.

Más interesante aún que lo anterior es lo que puede deducirse del art. 1.364 del Proyecto de 1978. Este establece la afectación principal de los bienes gananciales por aquellas deudas contraídas por un solo cónyuge que en las relaciones internas se imputarán al pasivo definitivo del patrimonio ganancial (134), sin que tenga trascendencia alguna para ello que esas deudas hayan sido contraídas en actuaciones que exceden del ámbito de legitimación que le está reservado, pues acabamos de observar que el art. 1.362.3, en su segundo inciso, afecta los gananciales por deudas contraídas por un solo cónyuge actuando fuera de ese ámbito. La finalidad del art. 1.364 se circunscribe, estrictamente, a ordenar los bienes afectos, a fijar qué patrimonio puede agredir el acreedor primeramente, en caso de incumplimiento, y cuál de forma subsidiaria ante la falta o insuficiencia de aquél, para lo que atiende al criterio del pasivo definitivo del patrimonio al que se imputará el gasto realizado (en estos casos, el patrimonio ganancial), pero siempre una vez que la afectación de bienes por deudas de un solo cónyuge ya ha quedado fijada en aplicación de otros preceptos, y con la salvedad de que el consorte del deudor puede anular su actuación en aquellos casos en los que debió prestar su consentimiento.

En definitiva, quiero hacer ver con esta concisa referencia al Proyecto de 4 de Octubre de 1978, que en él se conciben las deudas de cargo de la sociedad de gananciales, las que se imputarán al pasivo definitivo del patrimonio consorcial, como deudas por las que, frente a terceros, responden los bienes gananciales, con independencia del grado concreto de afectación que se establezca (responsabilidad directa o principal, responsabilidad indistinta). Confirma además esta opinión el que el art. 1.368 del Proyecto, equivalente al actual art. 1.373 Cc., excluya la responsabilidad directa o indistinta de los bienes gananciales únicamente para aquellas deudas contraídas por un solo cónyuge que no están comprendidas en los artículos anteriores al mismo (135), artículos equivalentes a los actuales 1.362 a 1.372 C.c., con la particularidad

(134) El art. 1.364 del Proyecto decía: «De las deudas contraídas para sufragar alguno de los gastos que son a cargo de la sociedad de gananciales, responderán preferentemente los bienes que tengan dicho carácter y en su defecto los del cónyuge que contraiga la deuda».

(135) Recordemos el tenor del art. 1.368 de este Proyecto, ya transcrito en nota 76: «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de aquellas deudas propias que no estén comprendidas en los artículos anteriores...».

de que el artículo equivalente al actual 1.372 C.c., el párrafo segundo del art. 1.367 del Proyecto, se remitía al fijar la responsabilidad de lo perdido y no pagado por cualquiera de los cónyuges en los juegos en los que la ley concede al acreedor acción para reclamar lo que se le debe, a lo que disponía el artículo equivalente al actual 1.373 C.c., el 1.368 del Proyecto.

En cuanto a este último extremo, igual sucedía en el Proyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 14 de septiembre de 1979, que pasó a convertirse, tras algunas modificaciones, en el texto de la actual Ley 11/1981, de 13 de mayo. El art. 1.373 de este Proyecto, equivalente al actual art. 1.373 C.c., excluía únicamente la responsabilidad directa o solidaria de los bienes gananciales por aquellas deudas contraídas por un solo cónyuge que no estuviesen incluidas en los artículos anteriores al mismo (136), los equivalentes a los actuales arts. 1.362 a 1.371, quedando fuera el art. 1.372 del Proyecto, con el que sucedía lo propio que con el párrafo segundo del art. 1.367 del Proyecto de 1978, que remitía al artículo equivalente al actual art. 1.373 C.c. para fijar la responsabilidad por las deudas de juego lícito contraídas por un solo cónyuge y no pagadas.

Sin embargo, el texto definitivo de la Ley 11/1981 ha dejado de referirse en su art. 1.373 a las deudas contraídas por un solo cónyuge que no están comprendidas en los anteriores (137). Respecto de la remisión que se contenía en los arts. 1.368 del Proyecto de 1978 y 1.373 del Proyecto de 1979, Ragel entiende que «constituía una grave imprecisión, pues únicamente el artículo anterior se refería a las deudas de juego; los anteriores a este último hacían alusión a las deudas consorciales» (138). Para comprender la imprecisión de la que habla Ragel conviene recordar que concibe las deudas consorciales como «las que dan lugar a la responsabilidad directa de los bienes gananciales», enumeradas en los arts. 1.365 a 1.368; y entiende por deudas propias o privativas «aquellas que han sido contraídas por un solo cónyuge, de las que no

(136) Recordemos también la dicción del art. 1.373 del Proyecto de 1979, transcrito en nota 78: «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de aquellas deudas propias que no estén comprendidas en los artículos anteriores...».

(137) Cf. MARTÍNEZ CALCERRADA («El nuevo Derecho...», t. II *cit.*, p. 238), quien añade que la supresión de ese reenvío en el texto definitivo «conforma un recurso de más seguridad o de menos riesgo: porque ciertamente esas deudas propias serán de las no incluidas en los artículos anteriores, pero también podrá ocurrir que alguna de las no incluidas que se presente de nuevo no sea propia y sí ganancial, en razón a la finalidad o causa que la origine, según los casos; por ello el legislador al no acudir a la exclusión, no incurre en una anticipada y dogmática calificación de las deudas propias: 'serán todas las que se presenten que no se incluyan en las anteriores'».

(138) RAGEL SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 167.

responde directamente con el patrimonio ganancial», entre las que se encontrarían las deudas que en las relaciones internas entre los cónyuges van a quedar definitivamente a cargo de la sociedad (esencialmente las del art. 1.362) que no estén comprendidas en los arts. 1.365 a 1.368 C.c. (139).

Claro que entonces es lógico concluir que en la concepción de este autor la expresión «deudas propias que no están comprendidas en los artículos anteriores» de los arts. 1.368 del Proyecto de 1978 y 1.373 del Proyecto de 1979 es totalmente imprecisa, porque esos artículos anteriores, los equivalentes a los actuales 1.362 a 1.371 C.c., no sólo se refieren a las deudas consorciales, sino también a las deudas propias, en concreto, las contraídas por un solo cónyuge que no puedan subsumirse en los arts. 1.365 a 1.368 C.c., aunque sean de pasivo definitivo del patrimonio ganancial, recordando, por último, que para Ragel el art. 1.369 C.c. se refiere a las deudas de los arts. 1.365 a 1.368 (140).

Pero si entendemos que el art. 1.369 se refiere a toda deuda contraída por un cónyuge que se va a imputar al pasivo definitivo del patrimonio ganancial —y que no se comprenda en la relación del art. 1.365 C.c., pues en estos casos la afección de los gananciales es directa frente a la sujeción subsidiaria de los bienes propios del cónyuge deudor (141)—,

(139) Vid. supra. p. 543. En parecidos términos se pronuncian los hermanos RUEDA PÉREZ (*ob. cit.*, p. 585), para quienes entre las deudas propias se encuentran «determinadas deudas que aparentemente son contraídas en interés o beneficio del cónyuge deudor, aunque después, en definitiva, lo sean en favor de la comunidad, dando lugar al correspondiente reintegro». Por su parte, LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, p. 441) enumera entre las deudas puramente personales «todas las que no se puedan repetir contra el consorcio o poner a su cargo» (responsabilidad personal definitiva o pasivo definitivo del patrimonio privativo del cónyuge deudor), dada la *naturaleza residual* del art. 1.373. Coincide con LACRUZ, TORRALBA (*ob. cit.*, p. 1.742) y GIMÉNEZ DUART («Cargas y obligaciones...» *cit.*, 552), para quien deudas particulares son aquéllas que contrae un cónyuge en su exclusivo interés, esto es, las no comprendidas en los artículos 1.365 y 1.366, recordando que para este autor el art. 1.365.1 es la traducción al ámbito externo del art. 1.362.1 y 2, y que el 1.365.2 lo es del 1.362.3 y 4 (cf. *ibidem*, p. 545). Para DE LOS MOZOS («Comentarios...», vol. 2.^o *cit.*, pp. 327-328), cuando un cónyuge obra por su cuenta, no obliga más que a su propio patrimonio, y «sólo obliga a los gananciales cuando actuando separadamente lo hace en la esfera de los arts. 1.365 y 1.369, o por las obligaciones extracontractuales a que se refiere el art. 1.366, y en los casos específicos de los arts. 1.370 y 1.371, ya que en todos estos casos, de una manera o de otra, actúa un interés común». Y recordemos que para DE LOS MOZOS las deudas de la sociedad de las que habla el art. 1.369 son las de los arts. 1.362 y 1.366 (vid. supra. nota 90).

(140) Vid. supra. p. 547.

(141) Podría también sostenerse, a pesar de todo lo expuesto supra. pp. 550 a 555 sobre la interpretación de los arts. 1.365 y 1.369, que si los argumentos expuestos han movido al legislador a fijar, en el art. 1.365, la afección subsidiaria de los bienes propios del cónyuge deudor, creo que entonces éste lo habría dejado bien claro, y que no es suficiente para llegar a esa conclusión sostener que las deudas que recoge el art.

es más correcto conceptualizar como deudas consorciales aquéllas que dan lugar a la responsabilidad directa o solidaria del patrimonio consorcial, con independencia de que en las relaciones internas entre los cónyuges se imputen al pasivo definitivo del mismo patrimonio responsable: son las deudas comprendidas en los arts. 1.365, 1.367 y 1.369, refiriéndose este último a las deudas de los arts. 1.362, 1.366, 1.368 y 1.370 C.c. Y deudas propias o privativas son aquellas contraídas por un cónyuge de cuyo cumplimiento no responde, ni directa ni solidariamente, con los

1.365 no quepan en el supuesto de hecho de la norma del art. 1.369, porque que esto sea así puede discutirse. Es posible que algunas deudas de las contenidas en el art. 1.365 que, habiendo sido contraídas por un solo cónyuge, sean, además, deudas de la sociedad (cual sería el caso, por ejemplo, de las deudas del apartado segundo del citado artículo; vid. supra. nota 79). En consecuencia, si mantenemos la antítesis «responsabilidad directa» «responsabilidad solidaria», tendríamos que la afección de los bienes propios del deudor sería subsidiaria, en aplicación del art. 1.365, y solidaria, con la afección de los gananciales, según el art. 1.369. Es por ello que podría también sostenerse, quizá incluso con mejor fundamento, que tanto en el art. 1.365 como en el art. 1.369, la afección de los bienes privativos del deudor es solidaria con la afección de los bienes gananciales: en el art. 1.369, porque así expresamente lo indica el tenor de la norma; en el art. 1.365, por una interpretación sistemática del art. 1.911 C.c.

En conclusión, puede entenderse que existen algunas deudas de las comprendidas en el art. 1.365 (las de su apartado segundo) que pueden subsumirse en el supuesto de hecho de la norma del art. 1.369, es decir, que sean, además, deudas de la sociedad; pero, por contra, existirán otras de las comprendidas en el art. 1.365 (esencialmente las contraídas por un solo cónyuge en el ejercicio de la gestión o disposición de gananciales que por Ley corresponda, y las que lo han sido en ejercicio de la potestad doméstica) que no puedan considerarse deudas de la sociedad. Por ello creo que la afección de los gananciales en cada uno de estos artículos obedece a criterios distintos: en el art. 1.369, al hecho de que la deuda, además de serlo del cónyuge que la contrajo, lo sea también de la sociedad; en el art. 1.365, a que la deuda contraída por un cónyuge lo haya sido en ejercicio de la potestad doméstica, en la gestión o disposición de gananciales que le corresponda, en el ejercicio ordinario de su profesión, arte u oficio, o en la administración ordinaria de sus bienes propios. Que algunas de éstas últimas deudas sean, además, deudas de la sociedad, es algo, en cuanto a la afección de los gananciales, sin trascendencia, porque si no lo son, el acreedor mantiene la garantía directa de los bienes gananciales y de los privativos del deudor, solidariamente (arts. 1.365 y 1.911 CC.); y si siendo deuda de la sociedad no cabe en alguno de los supuestos del art. 1.365, tampoco debe inquietar al acreedor, porque mantiene la afección de ambos conjuntos de bienes y en igual grado (art. 1.369 C.c.); y si, por último, la deuda es subsumible en ambos artículos al mismo tiempo, mejor para el acreedor, pues, tanto en aplicación de uno como de otro, responderán solidariamente los bienes gananciales y los propios del cónyuge deudor. Sería este último caso, por ejemplo, el de una deuda contraída por un solo cónyuge derivada de la administración ordinaria de sus bienes propios: para que el cónyuge del deudor pudiera desafectar los gananciales en garantía del cumplimiento de la obligación, no le bastaría con impugnar el acto realizado por su esposo por no haber prestado su consentimiento (con lo que únicamente conseguiría excluir la subsunción de la deuda en el art. 1.369 y, por extensión, en el art. 1.362.3; vid. supra. p. 587-588), sino que tendría que probar que la deuda no deriva de un acto de administración ordinaria de los bienes privativos del cónyuge deudor, esto es, que lo sea bien de disposición, bien de administración extraordinaria.

bienes comunes (142), es decir, cualquier deuda que no pueda comprenderse en los artículos citados: a ellas hace referencia el art. 1.373 C.c. Desde esta concepción no cabe duda que la controvertida expresión de los arts. 1.368 del Proyecto de 1.978 y 1.373 del Proyecto de 1979 no es imprecisa, porque precisamente esos artículos anteriores son los que regulaban las deudas consorciales.

Además, si aceptamos el esquema diseñado por Ragel podríamos llegar a la siguiente consecuencia inaceptable: al disolverse el régimen de gananciales (por exigirlo así el cónyuge del deudor en ejercicio de la facultad que le concede el art. 1.373 C.c.) por tratarse de una deuda contraída por uno solo de los cónyuges que no pueda subsumirse en los arts. 1.365 a 1.368 pero que, sin embargo, se imputará al pasivo definitivo del patrimonio ganancial, habría que liquidar el régimen antes de continuar con la ejecución (143), y en esta fase de liquidación sucedería que habría que incluir en el pasivo de la sociedad la concreta deuda contraída que ha dado lugar a la disolución del régimen, por tratarse

(142) Que no tiene por qué coincidir con el ámbito de las deudas que en las relaciones internas entre los cónyuges se imputarán al pasivo definitivo de su patrimonio privativo, pues puede haber deudas de pasivo definitivo de ese patrimonio que en las relaciones externas, sin embargo, sean deudas consorciales. Así, por ejemplo, sería el caso de una deuda contraída por uno solo cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (deuda consorcial, art. 1.365.1) que, sin embargo, excede de lo que se entiende por cargas del matrimonio (art. 1.362.1; «a sensu contrario», pasivo definitivo del patrimonio privativo del cónyuge deudor). O sería el caso de la deuda contraída por un cónyuge con el consentimiento expreso del otro (deuda consorcial, art. 1.367) que, sin embargo, no puede subsumirse en las deudas de pasivo definitivo del patrimonio ganancial (arts. 1.362 y 1.366; «a sensu contrario», deuda de pasivo definitivo del patrimonio privativo del cónyuge deudor). Pero técnicamente es imposible que existan deudas que en la esfera externa sean privativas (deudas de pasivo provisional del patrimonio privativo del cónyuge deudor) y que, por contra, en las relaciones internas se imputen al pasivo del patrimonio ganancial (deudas de pasivo definitivo del patrimonio ganancial).

(143) Cf. LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 443; TORRALBA, *ob. cit.*, pp. 1.752-1.753; RUEDA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 589; BLANQUER UBEROS, *ob. cit.*, pp. 123-124; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *ob. cit.*, p. 284; DE LOS MOZOS, «Comentarios...» vol. 2.^o *cit.*, p. 334; MATA PALLARÉS, *ob. cit.*, p. 347; Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p.193; RAGEL SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 219, y MARTÍNEZ CALCERRADA, «El nuevo Derecho...», t. II *cit.*, p. 241. En contra, MANRIQUE PLAZA (*ob. cit.*, p. 36), que aunque estima que hubiese sido deseable que se obligara a la liquidación previa para poder concretar el embargo, considera que ello no es así, y que es posible la ejecución de la cuota sin liquidar, por problemático que ello resulte.

Díez-PICAZO y GULLÓN (*ibídem*) considerarían, además, que debe ser el juez quien señale el plazo correspondiente para practicar la liquidación «bajo sanción de que el embargo sobre bienes concretos primitivamente trabado quede libre». Frente a ello RAGEL (*ibídem*) entiende que el acreedor puede ejercitar el derecho que compete a sus deudores (solicitar el comienzo de la liquidación), porque se trata de un derecho que no es inherente a la persona. Cabe, pues, que el acreedor ejercite la acción subrogatoria en nombre de su deudor y solicite el comienzo de la liquidación de la comunidad disuelta.

precisamente de una deuda de cargo (art. 1.398.1 Cc.) (144), y se destinarían bienes comunes a la satisfacción de la misma (art. 1.399.1 C.c.) (145). Entonces, por qué iniciar tan farragoso procedimiento cuando al fin y al cabo con bienes de la sociedad se satisfará la deuda contraída por un solo cónyuge que tiene la consideración de deuda de pasivo definitivo del patrimonio consorcial, cuando, además, al cumplirse la obligación en fase de liquidación ya no sería posible continuar con la ejecución.

Por otra parte, si el cónyuge del deudor no hace uso de la facultad de disolución del régimen que le concede el art. 1.373 C.c. y para pago de la deuda contraída por su esposo se ejecutan bienes comunes, añade el párrafo segundo del art. 1.373 que «se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos ... al tiempo de la liquidación de la sociedad conyugal». Al practicarse las operaciones de liquidación, pues, habrá que imputar en el haber del cónyuge deudor el valor de los bienes gananciales que fueron ejecutados en el pasado para pago de la deuda que contrajo; pero, a su vez, al ser ésta una deuda que de forma definitiva se ha de cargar al pasivo del patrimonio de la sociedad, debe incluirse en el mismo en concepto de cantidad que «habiendo sido pagada por uno solo de los cónyuges — pues la deuda ha sido satisfecha por el cónyuge deudor con su participación en los gananciales— fueran de cargo de la sociedad» (art. 1.398.3 C.c.). De esta forma, operaría una suerte de compensación interna entre el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo del cónyuge deudor, cuyo resultado conlleva que el pago de aquella deuda realmente se haya efectuado con bienes comunes (146). Entonces, por qué hay que seguir el mecanismo del art. 1.373 C.c. cuando es la sociedad quien termina respondiendo de la deuda contraída por un solo cónyuge que pertenece al género de las que definitivamente van a quedar a cargo de la misma.

(144) Según el art. 1.398, «el pasivo de la sociedad estará integrado por las siguientes partidas: 1.^a *Las deudas pendientes a cargo de la sociedad...*».

(145) Entiendo que la expresión «deuda de (o a) cargo» de los arts. 1.398.1 y 3, y 1.399.1 hace referencia a las deudas de pasivo definitivo del patrimonio ganancial, las recogidas en los arts. 1.362, 1.363 y 1.366. Cf. Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 219; MARTÍNEZ CALCERRADA, «El nuevo Derecho...», t. II *cit.*, pp. 325-326; DE LOS MOZOS, «Comentarios...», vol. 2.^o *cit.*, pp. 479 y 487, y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *ob. cit.*, p. 346.

(146) Para MANRIQUE PLAZA (*ob. cit.*, p. 36), si se sigue la anterior interpretación, «no tendría explicación por qué el artículo dice 'se reputará que el deudor tiene recibido a cuenta el valor de los bienes ejecutados'; si la deuda fuere ganancial o, mejor, común el precepto debería decir que se reputaría recibido la mitad del valor, pues si no cobraría dos veces por ésta; y, por otro lado, resultaría que se aplicaría frente a terceros el art. 1.373 y entre cónyuges, sin embargo, la deuda podría ser a cargo de los gananciales y responderían éstos en conjunto no solamente la parte del que contrajo la deuda y habría, por tanto, otro reembolso».

Claro que si entendemos que el art. 1.373 C.c. se refiere tan sólo a las deudas privativas de un cónyuge, aquéllas de las que no responde ni directa ni solidariamente con los bienes gananciales y que definitivamente van a quedar a cargo del patrimonio privativo del cónyuge que las contrajo, no se llegaría a las conclusiones apuntadas. No obstante, Ragel, para salvar estos problemas, señala que cuando la deuda contraída por un solo cónyuge sea una de aquéllas que en las relaciones internas definitivamente van a quedar a cargo de la sociedad, esto es, una deuda del art. 1.362 que no sea subsumible en los arts. 1.365 a 1.368, en el supuesto del art. 1.373 el juez podrá denegar la solicitud de disolución del cónyuge del deudor (147).

Sin menospreciar las intenciones de Ragel al fijar esta opinión, creo que el art. 1.373 C.c. no faculta al juez, ni expresa ni implícitamente, a denegar esa solicitud de disolución. Obsérvese que el juez, a tenor del art. 1.373, no deniega o admite la solicitud de disolución, sino que se limita a atender la exigencia de sustitución del embargo de los bienes gananciales por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad, y que la disolución es sólo una consecuencia lógica derivada de esa sustitución (148). Lo que sí podrá denegar el juez es la solicitud

(147) Cf. RAGEL SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 198: «la disolución del régimen de gananciales es una cuestión interna entre los cónyuges y, por lo tanto, es perfectamente válido que, entre ellos, pueda esgrimirse el art. 1.362». Añade además este autor como supuestos en los que el juez puede denegar la solicitud de disolución aquéllos en los cuales el acreedor ejecutante sea precisamente el cónyuge del deudor y aquéllos en los que la cuantía de la deuda sea insignificante en relación con el caudal común. En el primer caso, porque, según entiende, correctamente a mi parecer, el art. 1.373 presupone que la iniciativa ejecutante corresponde a un tercero, acreedor de uno de los cónyuges; pero para no perjudicar el crédito particular que uno de los cónyuges ostente frente al otro, admite la viabilidad de la ejecución subsidiaria sobre los bienes gananciales. En el segundo caso, porque lo exigo de la deuda particular en comparación con el patrimonio ganancial puede llevar al cónyuge no deudor a aprovechar esa coyuntura favorable para obtener la disolución del régimen. Para evitarlo propone que el cónyuge deudor, ante la solicitud de su consorte, pueda probar la parvedad de la deuda en comparación con el montante del acervo común que haga baladí la disolución. Para ello conecta el art. 1.373 con el art. 1.393.2, de modo que, dada la insignificancia de la deuda, no puede entenderse que entrañe fraude, daño o peligro para los derechos del otro cónyuge en la sociedad, de donde deriva que el juez deberá denegar la solicitud de disolución, puesto que la actitud del cónyuge del deudor podría consistir en un abuso del derecho (art. 7.2 Cc.). Sobre este particular, trataré de demostrar la imposibilidad técnica de que el juez deniegue la disolución.

(148) Cf. RUEDA PÉREZ (*ob. cit.*, p. 590), para quienes «la disolución no es algo que se solicite del juez y éste conceda o deniegue discrecionalmente, sino que es una decisión que adopta el cónyuge no deudor y comunica al juez». En idénticos términos, ABELLÓ MARGALEF, *ob. cit.*, p. 813; MATA PALLARÉS, *ob. cit.*, p. 346; BLANQUER UBEROS, *ob. cit.*, p. 123; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *ob. cit.*, pp. 283-284; MARTÍNEZ CALCERRADA, «El nuevo Derecho...», t. II *cit.*, pp. 240-242; LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, p. 442; DE LOS MOZOS, «Comentarios...» vol. 2.º *cit.*, pp. 332-336; TORRALBA, *ob. cit.*, pp. 1.752-1.753, quien añade: «más que hablar de que la decisión de disolver la sociedad conyugal la toma el cónyuge no deudor, hay que entender que tal disolución la

de sustitución del embargo, que es la que hace el cónyuge del deudor (149), y ello hará precisamente cuando la deuda contraída sea de cargo de la sociedad pero no esté comprendida en los arts. 1.365 a 1.368 C.c., pues por tratarse de deuda de pasivo definitivo del patrimonio ganancial tiene la consideración de deuda de la sociedad (art. 1.369), y no de deuda puramente personal del cónyuge deudor (art. 1.373 C.c.) (150).

establece la ley automáticamente para el supuesto de que dicho cónyuge pida la referida sustitución de embargo». En el mismo sentido que el último autor citado, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 211.

A esta objeción opone RAGEL, (*ob. cit.*, p. 199) que el art. 1.373 no está estableciendo una exigencia, a pesar de su tenor literal, sino una solicitud, solicitud sobre la que debe decidir el juez. Ciertamente el 1.373 «no indica explícitamente que la decisión final corresponda al juez. Ello se debe a que tratándose de un evento que acontece en presencia del órgano judicial, resulta evidente que sea ese mismo juez quien decida, aunque a instancias del cónyuge no deudor. Decidir supone también rechazar, cuando deba impedir el abusivo ejercicio del derecho por parte del cónyuge optante».

(149) E incluso, propiamente, tampoco hay solicitud de disolución, sino el ejercicio de una facultad que puede haber nacido o no. Si ha nacido la facultad y el cónyuge desea ejercitarla, el juez no podrá negar su ejercicio; si aún no ha nacido y el cónyuge desea ejercitarla, el juez lo más que podrá es analizar si se han cumplido los presupuestos para el nacimiento de esa facultad, y una vez comprobado que si se han producido, no podrá impedir su ejercicio; si, por el contrario, comprueba que no se han dado esos presupuestos, no es que impida su ejercicio, sino que este ejercicio no es posible porque la facultad que pretende ejercitarse no existe.

En realidad, el art. 1.373 parte de un presupuesto previo: que la deuda sea privativa del deudor. La calificación de ésta ha debido obtenerse en un previo momento procesal. Si en éste se acredita que la deuda es ganancial y el acreedor comienza ejecutando bienes privativos del deudor —que también responden: recuérdese la aplicación combinada de los arts. 1.369 y 1.911 Cc.— y ante la insuficiencia de éstos solicita el embargo de bienes gananciales, ni si quiera habría que notificarlo al otro cónyuge, y menos aún concederle la facultad de solicitar la sustitución que llevará a la disolución. Si, por contra, en ese previo momento procesal ha quedado acreditado el carácter privativo de la deuda, el acreedor, en principio, sólo podrá pedir el embargo de bienes gananciales. Esta solicitud de embargo debe notificarse al otro cónyuge para que ejercite, si lo desea, su facultad de pedir la sustitución del embargo, facultad que ya ha nacido al haberse producido su presupuesto: que un tercero acreedor solicite el embargo de bienes gananciales por una deuda privativa del cónyuge deudor.

(150) Así pues, esta disolución tendría lugar «ope legis», como la del art. 1.392 Cc., y no por decisión judicial, como la del art. 1.393 C.c. Al igual que en los supuestos de los números 1.º a 3.º del art. 1.392 la disolución de la sociedad es un efecto necesario que deriva de una previa declaración judicial sobre otro extremo, en el caso del art. 1.373 la disolución es consecuencia necesaria de una previa resolución judicial que se pronuncia sobre la solicitud de sustitución del embargo. En este sentido, cf. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *ob. cit.*, p. 338; RUEDA PÉREZ, *ob. cit.*, p. 590, y TORRALBA, *ob. cit.*, pág. 1.753. Además, DE LOS MOZOS señala («Comentarios...», vol. 2.º *cit.*, pp. 449-450) que el último párrafo del art. 1.393 es una causa anómala, «porque no depende de una

El art. 1.373 C.c. contempla el supuesto del cónyuge que contrae una deuda de la que responde con su patrimonio privativo, pero al ser éste insuficiente, se faculta al acreedor para pedir el embargo de bienes comunes; y para que, en definitiva, no sea el cónyuge del deudor quien responda con su participación en los gananciales por una deuda de la que, en principio, debía responder el cónyuge deudor con sus bienes propios, es por lo que la ley le concede la facultad de pedir que se sustituya el embargo de bienes comunes por la parte que al deudor corresponde en la sociedad, pues al tratarse de una deuda puramente personal del cónyuge que la contrajo, que en defecto o insuficiencia de sus bienes propios sea su parte en los gananciales la que sirva de garantía. Pero para averiguar cuál es ésta se hace necesario la disolución de la sociedad.

Es en este punto donde el art. 1.373 C.c. enlaza con el art. 1.393 del mismo. Este último, entre los motivos que habilitan a un cónyuge para solicitar del juez la disolución de la sociedad hace referencia, en su segundo punto, al hecho de que «venga el otro cónyuge realizando por sí solo actos dispositivos o de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad». En estos casos, el cónyuge solicitante deberá probar, por un lado, que su consorte viene realizando por sí solo una serie de actos dispositivos o

decisión judicial, sino de la opción que pueda ejercitar el otro cónyuge»; y se incluye este supuesto en el art. 1.393 «por una absurda pretensión de totalidad en la que, a veces, suele incurrir el legislador, y que puede prestarse a equívocos». En contra de esta última opinión se pronuncia MARTÍNEZ CALCERRADA («El nuevo Derecho...», t. II *cit.*, p. 242): «tratándose de una disolución imperativa —llevará consigo— habrá que hablar de una disolución por decisión judicial de las enumeradas en el art. 1.393, es decir, será el juez quien disuelva la sociedad». Por su parte, para DIEZ-PICAZO y GULLÓN (*ob. cit.*, p. 211), la solicitud de disolución va implícita en la de sustitución del embargo, lo que deducen de la remisión del art. 1.393 «in fine» al art. 1.373 y de la expresión «llevará consigo la disolución» de este último. En consecuencia, la resolución judicial que acceda a la solicitud de sustitución «deberá contener este extremo por imperativo legal».

La cuestión en realidad es baladí, porque aunque en el caso de disolución automática ésta se entiende producida en el momento en que acaezca la causa determinante de la misma, y en el caso de disolución facultativa ésta se entiende producida en el momento en que recaiga resolución judicial sobre la concurrencia de la causa, en el supuesto del art. 1.373 la causa de disolución coincide con una resolución judicial, resolución judicial que no se pronuncia sobre la concurrencia de aquella causa de disolución, sino que es precisamente la que da nacimiento a la facultad de ejercitar ésta, la causa, que en este concreto caso consiste en la sustitución del embargo, que produce automáticamente la disolución de la sociedad.

De lo contrario habría que seguir dos procesos: el primero, cuyo objeto consistiría en la solicitud de sustitución del embargo, y una vez recaída resolución judicial favorable a esta solicitud, habría que iniciar un nuevo procedimiento para acreditar la concurrencia de la causa de disolución de la sociedad (tal y como sucede en el supuesto del apartado primero del art. 1.393 Cc.). Obsérvese, además, que la admisión de la exigencia de sustitución, según el tenor literal del art. 1.373, «llevará consigo la disolución», como la lleva consigo la sentencia de nulidad, separación o divorcio, como la lleva consigo la muerte y la declaración de fallecimiento de un cónyuge, y como la lleva consigo el nuevo régimen económico matrimonial que convengan los cónyuges desde que las capitulaciones entren en vigor.

de gestión patrimonial (151), y por otro lado, que esos actos que realiza su consorte entrañan fraude, daño o peligro para los derechos del solicitante en la sociedad: probados ambos extremos, el juez decidirá afirmativamente sobre la solicitud; no probados suficientemente, rechazará la misma (152).

Mientras, en el supuesto del art. 1.373, en la misma mecánica del proceso que se desarrolla se ha probado ya que un cónyuge ha realizado por sí solo una actuación de gestión en sentido amplio que ha originado una concreta deuda, y para que se produzca la disolución de la sociedad habría que probar además el fraude, daño o peligro que, para los derechos del otro cónyuge en la sociedad, supone la actuación del deudor. No obstante, el legislador, en el supuesto del art. 1.373, parte de la idea de que, probado que la deuda contraída por un cónyuge es de aquéllas por las que debe responder con su patrimonio privativo, por este solo hecho es «peligrosa» para los derechos del otro cónyuge en la sociedad, puesto que en caso de insuficiencia del patrimonio garante, el acreedor puede pedir el embargo y posterior remate de bienes comunes, de bienes que aunque son del deudor, también lo son de su consorte. Y para evitar este peligro que ya queda incorporado como elemento del supuesto de hecho de la norma, es suficiente que el cónyuge del deudor exija la sustitución del embargo, sin que el juez pueda decidir negativamente.

VIII. PRUEBA DE LA CONDICION GANANCIAL O PRIVATIVA DE LA DEUDA: EL PRINCIPIO DE GANANCIALIDAD PASIVA

Restaría por analizar el problema de la carga de la prueba de la condición de la deuda que se quiere hacer efectiva sobre el patrimonio ganancial, si es el acreedor que pretende satisfacer su crédito a costa de los bienes comunes quien tiene que probar que la deuda contraída por un solo cónyuge es deuda ganancial (alguna de las que el Código recoge en los arts. 1.365, 1.368 ó 1.369), o si es el cónyuge deudor, o incluso su esposo, quien debe probar que no se trata de una deuda de

(151) LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, p. 479) incluye entre estos actos no sólo los de gestión de los bienes comunes, sino incluso los de gestión de los bienes propios, pues una mala gestión de éstos puede impedir que produzcan los frutos que han de revertir a la comunidad. También incluye la negativa reiterada a cooperar en la administración e incluso el incumplimiento habitual del deber de levantar las cargas familiares. Por su parte, Díez-PICAZO («Comentarios...» *cit.*, p. 1.784) entiende que el precepto no se refiere sólo a actos realizados por un cónyuge cuando debía haberlos realizado conjuntamente con su consorte, sino también a aquéllos actos para los que está legitimado.

(152) Cf. MARTÍNEZ CALCERRADA, «El nuevo Derecho...», t.II *cit.*, p. 315, y VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *ob. cit.*, pp. 334-335.

aquéllas, sino de una deuda privativa del deudor (una del art. 1.373 C.c.), por presumirse que todo acreedor, en principio, puede satisfacer su crédito, en caso de incumplimiento, a costa del patrimonio ganancial.

La solución que se nos ocurre a este problema nos lleva a cargar esta prueba sobre ambos cónyuges o, al menos, sobre el cónyuge deudor, por mera cuestión de equidad, pues la prueba contraria sería enormemente difícil para el acreedor en contraste con la mayor facilidad que para probar lo opuesto tendrían los cónyuges, pues, por ejemplo, ¿quién conoce mejor los entresijos de la profesión, arte u oficio de un cónyuge: el acreedor que con él contrata o éste que es quien la ejerce?

En este sentido, Díez-Picazo y Gullón señalan que «sería una rémora muy importante para el tráfico jurídico obligar al acreedor a la prueba de lo que muchas veces desconoce por ser detalles de la vida doméstica (v.gr., la separación de hecho, los avatares de la profesión del cónyuge para calificar la deuda como ordinaria, etc.). Por ello la prueba debería corresponder al cónyuge que niega la responsabilidad de los bienes gananciales, salvo cuando el acreedor pudiera conocer oficial y objetivamente la situación (p.ej. los capítulos matrimoniales). De lo contrario, el precepto que se basa en la actuación individual de un cónyuge será letra muerta, pues los acreedores exigirán el consentimiento del otro o que ese otro contraiga conjuntamente la deuda» (153).

Abundando en esta línea se ha intentado vislumbrar la instauración por la reforma de 13 de mayo de 1981 de un principio de *presunción de ganancialidad pasiva*. Echevarría Echevarría entiende que toda deuda se presume ganancial, en principio dirigida al sostenimiento de las cargas matrimoniales y por ello el carácter privativo de la contraprestación tiene que probarla el deudor o el tercero para reducir la responsabilidad patrimonial a los límites del art. 1.911 C.c. (154). Añade este autor que la calificación de la deuda queda clara en las que son probadamente privativas, pero las demás, o son probadamente gananciales, o tienen que ser presuntivamente gananciales, porque la presunción no puede ser en favor de la privaticidad. Y no puede serlo porque sería absurdo que res-

(153) Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 189.

(154) ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, «La ganancialidad pasiva» *cit.*, pp. 15-16. Para ilustrar su opinión, añade el siguiente ejemplo: si se presume que toda deuda contraída por un cónyuge unilateralmente es deuda privativa, nos encontramos que la contraprestación es presuntivamente ganancial: un cónyuge contrae una deuda en calidad de prestatario; el dinero, una vez incorporado a su patrimonio, dado su carácter fungible, se confunde con el posible dinero ganancial, y como en virtud del art. 1.384 el titular del dinero puede disponer de él, adquiere, ese mismo cónyuge, otro bien, al que se aplicará la presunción de ganancialidad del art. 1.361, porque no puede probarse que el dinero empleado en la adquisición es el mismo que se obtuvo por la deuda (el préstamo), llegándose a la situación inadmisibles de que resulta privada la deuda asumida, ganancial el bien adquirido con el importe de aquélla y, como remate si se aplicase el art. 1.373, con la posibilidad de que el cónyuge no deudor se enriquezca en la mitad de ese bien al producirse la liquidación de la sociedad de gananciales que dicho precepto contempla.

pecto del activo la presunción general sea de ganancialidad y respecto de las deudas la presunción sea la contraria (155).

La presunción de ganancialidad activa —continúa Echevarría— «estanca, erosiona y casi siempre disminuye los patrimonios privativos de los cónyuges en beneficio de los bienes gananciales, y por ello resulta absurdo que paralelamente aumente el pasivo privativo de cada esposo, por aplicar a las obligaciones contraídas distinto tratamiento, perjudicando indirectamente de forma evidente a los acreedores no gananciales, pues la erosión y disminución de los patrimonios privativos, produce la disminución de la cobertura patrimonial del art. 1.911 C.c.» (156). Entendiéndose además que como el cargo de gestor de la sociedad es obligatorio, se funde en la persona casada con su propia personalidad y su efecto dominante impide al cónyuge contratante poder diferenciar, por su sola voluntad, el carácter privativo o ganancial de su intervención, que es siempre ganancial, salvo prueba en contrario, como así se desprende del art. 1.361 C.c. Por ello mismo toda actuación de un cónyuge, en principio, es producto de la gestión de la sociedad de gananciales (que se añade y prevalece a la libre y plena capacidad de actuación de la persona casada) y, en consecuencia, toda asunción de deuda hecha por cualquiera de los cónyuges obliga a la sociedad, porque prevalece el carácter de gestor al de persona física individual (157).

Concluye Echevarría distinguiendo entre una ganancialidad pasiva de primer grado, que deduce del art. 1.362 C.c. (158), y una ganancialidad pasiva de segundo grado, contenida en el art. 1.367 C.c.: si intervienen ambos cónyuges, el carácter ganancial de la deuda no necesita prueba, por aplicación del art. 1.367; si actúa un solo cónyuge, se presume el carácter ganancial de la obligación, pues la mayoría de las veces la vinculación de un cónyuge lo será por alguna de las causas enumeradas en el art. 1.362 C.c. (159).

Frente a la opinión del autor citado, Torralba considera, a pesar de reconocer que la misma tiene «la ventaja práctica de otorgar a los cónyuges una amplia legitimación para el tráfico, sin embargo, no tiene ninguna fundamentación legal y, por lo tanto, hay que rechazarla». Añade que de la presunción de ganancialidad del art. 1.361 C.c. no se

(155) ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA «Sociedad de gananciales...» *cit.*, pp. 21-22, a lo que añade: «como donde hay la misma razón han de aplicarse los mismos principios, es lógico admitir que a la sociedad de gananciales y a las relaciones económicas de los cónyuges, en lo no probado, no pueda aplicarse otro principio que el de la ganancialidad».

(156) ECHEVARRÍA, «La ganancialidad...» *cit.*, p. 17.

(157) *Ibidem*, pp. 24-25.

(158) Artículo que «enumera las cargas gananciales y que abarca la casi totalidad de la posible actividad jurídico-económica de los cónyuges, por lo que la regla general será de obligaciones comprendidas en dicho precepto y la excepción, las exclusivas y, por tanto sujetas a prueba» (*ibidem*, p. 25).

(159) *Ibidem*, p. 25.

puede deducir la existencia de una presunción semejante en cuanto al acto de contraer una deuda por uno solo de los cónyuges: tratándose de deudas, no hay duda que la misma por lo menos es privativa; determinar si además es deuda de la sociedad, dependerá si cabe o no dentro de los supuestos de los arts. 1.365, 1.366 y 1.368 C.c.: si del acto de constitución de la deuda no se desprende una actuación en beneficio de la sociedad conyugal, la deuda tendrá carácter particular; si, por el contrario, se desprende que el cónyuge está actuando en beneficio de la sociedad, ello podrá servir como punto de partida para demostrar el carácter ganancial de la deuda. Pero en tales supuestos «no estaríamos ante una presunción legal, sino ante una presunción judicial comprendida en el art. 1.253 C.c.» (160).

Por otra parte, recordemos la conclusión de Ragel sobre la no intención del legislador, ni en 1889 ni en 1981, de establecer un paralelismo entre el activo y el pasivo de la comunidad conyugal. Para la redacción anterior del Código, el art. 1.407 recogía la presunción de ganancialidad activa; sin embargo, el art. 1.408 no establecía el correlativo en el pasivo del patrimonio ganancial, pues los bienes adquiridos por la mujer se presumían comunes, pero las deudas que contrajere no desencadenaban, por regla general, la afección de los bienes gananciales. Por ello entiende que el pasivo ganancial no se relaciona con el activo, sino con la administración de éste: «si un cónyuge está legitimado para administrar los bienes gananciales, resulta lógico que las actuaciones realizadas dentro de la esfera para la que está habilitado originen que responda directamente con el caudal común». En la actualidad, la administración de los bienes comunes corresponde a marido y mujer con carácter conjunto y, por tal motivo, «las deudas contraídas por ambos cónyuges determinan la responsabilidad directa de éstos con los bienes de la sociedad. En tales casos, el acreedor se verá beneficiado por la presunción de ganancialidad pasiva y no tendrá que demostrar que la actuación de los cónyuges está incluida en algunos de los supuestos contemplados en los arts. 1.365, 1.366 y 1.368 C.c.». Por el contrario, «cuando la ley legitima a uno solo de los cónyuges para realizar válidas actuaciones, en tales supuestos, el acreedor deberá probar que la actuación individual del cónyuge está respaldada por un precepto legal, que determina la validez de tal actuación y provoca la responsabilidad directa de los bienes gananciales» (161).

Por mi parte, estimo que tienen razón Díez-Picazo y Gullón cuando dicen que de cargarse al acreedor con la prueba de la condición ganancial de la deuda contraída por un cónyuge se llegaría a una completa inaplicación de los artículos del Código que sujetan directamente los bienes gananciales por deudas contraídas por un solo cónyuge (esen-

(160) TORRALBA, *ob. cit.*, pp. 1.750-1.751.

(161) Vid. *supra*. pp. 545-546.

cialmente el art. 1.365), al degenerar el tráfico en una corrosiva práctica de exigir la actuación conjunta de ambos cónyuges o el consentimiento expreso del no actuante para que los acreedores aseguren la aplicación del art. 1.367 C.c., además de que ello conllevaría una importante limitación a la operatividad individual de cada cónyuge, cuando precisamente no es intención de la reforma de 1981 limitar la capacidad de obrar de éstos. Pero, por otra parte, no creo que la reforma de 13 de mayo haya instaurado un principio de presunción de ganancialidad pasiva, no porque no lo considerase oportuno, sino, quizá, porque no era necesario.

La sociedad de gananciales es el *nomen iuris* de un determinado régimen económico del matrimonio que califica determinados bienes que son comunes a ambos cónyuges (los bienes gananciales), a los que, por esa calificación, se les aplican determinadas normas especiales sobre gestión y sujeción en garantía, pero sin que ello suponga considerar el conjunto de todos los bienes de esta naturaleza como un patrimonio separado, con su propio activo (los bienes gananciales) y pasivo (las deudas de la sociedad). Titulares de los bienes que tienen el calificativo de gananciales son ambos cónyuges, de forma conjunta y sin atribución de cuotas («se hacen comunes», dice el art. 1.344 C.c.), pero ese conjunto de bienes de titularidad común no forma un patrimonio separado, sino que se integra en los patrimonios de cada uno de sus titulares, porque patrimonios sólo hay dos, el de la mujer y el del marido, cada uno de los cuales está formado por todos aquellos bienes que no tienen la consideración de gananciales y que pertenecen exclusivamente a su titular; por la parte alícuota de los bienes que no siendo gananciales son comunes a ambos cónyuges, y por todos los bienes gananciales, porque titular de todos los bienes gananciales lo es cada cónyuge, sin perjuicio de que al mismo tiempo lo sea también su consorte.

En cuanto al pasivo de estos patrimonios conyugales, cada uno estará formado por las deudas que su titular contraiga, bien conjuntamente con su esposo, bien de forma exclusiva. Y al cumplimiento de todas estas deudas están afectos los bienes que componen el activo patrimonial, todos, incluidos los bienes gananciales.

Sucede, sin embargo, que los bienes que se califican de gananciales están especialmente afectos al cumplimiento de determinadas obligaciones que contraigan sus titulares. Pero esta especial afectación no supone que estos bienes no garanticen el cumplimiento de las restantes deudas. En principio las garantizan todas; pero dado que la titularidad de los mismos es compartida, y puesto que están especialmente afectos al cumplimiento de determinados fines, en el caso de que la concreta deuda asumida por un cónyuge no atienda éstos, el otro titular de los bienes puede, no sustraerlos de esa genérica afectación, sino condicionarla a la previa excusión de los restantes bienes del deudor que no se califican de gananciales.

Luego el pretendido patrimonio ganancial no sería sino, en cuanto a su activo, la intersección de los activos de los patrimonios conyugales; y en cuanto a su pasivo, estaría formado por todas las deudas de los cónyuges, tanto las contraídas en forma conjunta, como las individuales, pero, respecto de estas últimas, con la posibilidad de anteponer a su ejecución la previa excusión de los bienes que son exclusivamente propios del deudor, siempre que así lo desee su cónyuge.

Prueba de ello es que en ningún caso (salvo en el supuesto del art. 1.372 C.c., pero en éste por una peyorativa consideración de las deudas de juego) los bienes gananciales no garantizan el cumplimiento de las deudas que hemos llamado propias de un cónyuge. A lo sumo el art. 1.373 C.c. concede al otro cónyuge cierto beneficio de excusión sobre los bienes propios del deudor, pero no podrá impedir la responsabilidad de éste con los gananciales: para ello debe sustituirlos por la parte que ostente el deudor en la liquidación de la sociedad, lo cual, como ya hemos visto, supone la disolución «*ope legis*» de la misma (162).

El art. 1.911 C.c., con su enorme simplicidad, declara que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con *todos sus bienes*, presentes y futuros». En este conjunto de todos los bienes presentes del deudor han de contarse todos aquéllos de los que sea titular en el momento en el que el acreedor exige el cumplimiento forzoso «*id quod interest*». Si el deudor está casado y el régimen económico de su matrimonio es el legal de la sociedad de gananciales, esos bienes presentes de los que es titular son todos aquéllos que componen su activo patrimonial, y entre éstos se cuentan todos los que reciben el calificativo de gananciales, porque de todos éstos es titular, con independencia de que al mismo tiempo también lo sea su esposo.

Por ello el acreedor, en el momento de agredir los bienes de su deudor, no deberá andar probando si la deuda contraída es deuda del patrimonio ganancial, pues ello, en principio, le es indiferente. La única distinción que cabe en el plano de la deuda es si la misma es carga de los gananciales, por estar precisamente vinculada a ellos o a los fines que con los mismos se pretende subvenir, o si, por contra, es carga de los bienes privativos del deudor por carecer de esas características. Y esta distinción importa tan sólo a los cónyuges, porque el régimen económico que disciplina esas especificidades lo es de su matrimonio, y para los terceros ello debe ser en una primera impresión, indiferente.

(162) Cf. CARRASCO PERERA (comentando la S. TS 26 septiembre 1986 en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, septiembre-diciembre de 1986, pp. 4.005 y ss.; en concreto, p. 4.010), para quien «el cónyuge del deudor no puede sacar de la traba bienes gananciales, si no es previa manifestación de su voluntad de sustituir estos bienes gananciales por la parte que al otro le corresponde en la sociedad liquidada. Declaración de sustitución a la que la ley vincula como efectos inmediatos la disolución del régimen. En consecuencia, el cónyuge del deudor no puede al mismo tiempo pretender liberar de la traba bienes gananciales y que la propia sociedad continúe vigente como tal».

Por todo lo expuesto, entiendo que el problema no estriba en saber si la presunción, en el plano de la deuda, es de ganancialidad o de privatividad: el deudor responde con todos sus bienes, incluidos los gananciales, pero ya que éstos reciben esta calificación por estar destinados primariamente al cumplimiento de determinados fines —fines que tan sólo interesan a los cónyuges, pues ellos son quienes se casaron, y en régimen de gananciales—, debe ser el otro conyuge titular de los bienes gananciales quien deba impedir que los mismos respondan directamente de una deuda que puede no ser ganancial, de una deuda que no persigue la consecución de esos fines.

Si el cónyuge del deudor logra acreditar que la deuda que el acreedor pretende ejecutar sobre los gananciales no es deuda de la sociedad, y el acreedor no logra desvirtuar esa prueba, aquél podrá pedir el beneficio de excusión: que el acreedor agreda, en primer lugar, los bienes privativos del deudor. Ante la falta o insuficiencia de bienes de esta naturaleza, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, porque éstos siguen afectos al cumplimiento de la obligación, aunque la deuda sea privativa. La única posibilidad de desafectarlos consiste en la disolución de la sociedad, y en la subrogación en el embargo por los que, hasta entonces gananciales, se adjudiquen al deudor en fase de liquidación.

Por otra parte, el proceso de declaración no sirve propiamente para fijar el carácter ganancial o privativo de la deuda, sino tan sólo la existencia de ésta y la consideración del demandado como deudor y su responsabilidad en orden a su cumplimiento. El veredicto del juez declarará o no la existencia de la obligación —existencia que sí debe alegar y probar el acreedor: art. 1.214 Cc.—, y condenará o no al demandado, en cuanto deudor, a su pago; pero no fija —no debe hacerlo— los bienes sujetos en garantía para el supuesto de que haya de procederse a su cumplimiento forzoso (la sentencia permite aún al deudor el cumplimiento voluntario). Técnicamente no existe *la acción declarativa de la ganancialidad de la deuda*, por ello no puede presumirse «prima facie» que toda deuda contraída por un solo cónyuge sea privativa (163).

(163) Para CARRASCO PERERA (*ob. cit.*, p. 4.015) «el art. 1.373 C.c. parte de la ingenua creencia de que en un instante remoto y anterior al embargo ya ha sido determinado el carácter privativo de la deuda por la que se embarga, lo cual solamente podrá ser así cuando al embargo haya precedido un juicio declarativo plenario en el que, demandados marido y mujer, se haya establecido de modo definitivo el carácter consorcial o personal de la obligación ... De esta forma, el cónyuge notificado de un embargo que se pretenda ejecutar por una deuda que se estime consorcial no estará, sin más, en el supuesto del art. 1.373, con su correlativa facultad de sustitución, si no que previamente tendrá que haber combatido de otra manera la pretendida naturaleza consorcial de la deuda, para poder hacer uso de la facultad que el referido precepto le reconoce».

Los bienes afectos al cumplimiento de la obligación del deudor-demandado-condenado se concretan en la posterior fase de ejecución de la sentencia, cuando ante la actitud rebelde del deudor en orden al cumplimiento voluntario de su obligación, el Derecho impone el cumplimiento forzoso, bien «in natura», bien en el «*id quod interest*». En este segundo caso, y en el primero cuando se trate de condena al pago de una cantidad dineraria, hay que especificar los bienes del deudor en los que debe concretarse la ejecución, mediante el procedimiento de embargo. Debe ser precisamente éste el momento procesal oportuno para dilucidar si la deuda es o no deuda de la sociedad, o si, no siéndolo, el deudor estaba legitimado para actuar en tal sentido. Y por ser ésta una cuestión que fundamentalmente interesa al cónyuge del deudor —también al propio deudor—, debe notificársele el embargo de los bienes que tenga la consideración de gananciales, pues es ahora cuando éste puede intervenir en el proceso —lo ha podido hacer antes, en la fase declarativa, según veremos— para discutir al acreedor y al propio deudor el carácter de la deuda, y como su intervención se concreta en el sostenimiento de una pretensión frente a otra parte, deberá alegar y probar el carácter privativo de la deuda, pues, de lo contrario, ante la regla de juicio que establece el art. 1,214 C.c., el juzgador deberá pronunciarse afirmando el carácter ganancial de la obligación del cónyuge deudor (164).

En definitiva, si la titularidad de los bienes gananciales es común a ambos cónyuges y sin atribución de cuotas (lo que posibilita que puedan entenderse incluidos en el «*todos*» del que habla el art. 1.911 C.c.); si los cónyuges deben actuar siempre en interés de la familia (art. 67 C.c.), con lo que si se presume el carácter privativo de toda deuda contraída por un cónyuge, se puede estar presumiendo entonces que infringe este deber; si los cónyuges están obligados a levantar las cargas del matrimonio (cf. art. 1.318.1 C.c.), y éstas se consideran deudas de la sociedad (art. 1.362.1 C.c.), de cuyo cumplimiento responde el deudor con sus bienes privativos (art. 1.911 C.c.) y con los gananciales, solidariamente (art. 1.369 C.c.); si la presunción de ganancialidad activa empobrece los patrimonios privativos de los cónyuges hasta el extremo de quedar reducido el activo de éstos a meros créditos contra la masa ganancial (165); si la prueba de la ganancialidad de la deuda puede

(164) Cf. CARRASCO PERERA (*ob. cit.*, p. 4.015), para quien no existe presunción de ningún tipo, ni de ganancialidad, ni de privacidad. La prueba de los hechos corresponde a quien alegue una pretensión: si la naturaleza privativa o ganancial de la deuda no ha sido acreditada en un momento procesal anterior a aquél en que se ejecute, no es al acreedor ejecutante, sino al cónyuge que interviene en el proceso a quien corresponde probar la realidad de lo que alega.

(165) Cf. la opinión de LACRUZ expresada en nota 26.

llegar a resultar «diabólica» para el acreedor, en comparación con la mayor facilidad que para probar la privaticidad de la misma tendrían los cónyuges; si la regla general no es la actuación conjunta de ambos cónyuges, sino el régimen que éstos establezcan en capitulaciones, que propiamente no cuentan con un medio de publicidad «ad hoc» (166); si el consentimiento que debe prestar el cónyuge del actuante puede ser meramente tácito, e incluso confirmarse posteriormente la actuación individual del cónyuge deudor, y hasta convalidarse por transcurso del plazo de impugnación, y si el acto realizado sin ese consentimiento se considera válido y lo será siempre, aun cuando lo impugne el cónyuge que debió prestar su consentimiento (167); si los bienes gananciales

(166) No desconocemos el carácter de medios de publicidad que tienen nuestros Registros de la Propiedad, Civil y Mercantil, pero la publicidad que éstos ofrecen es insuficiente. El Registro Civil no publica el contenido de las capitulaciones matrimoniales, se limita a indicar la existencia de las mismas o de resoluciones judiciales o cualquier hecho que modifique el régimen económico del matrimonio. El Registro de la Propiedad, por su parte, publica exclusivamente derechos concretos sobre inmuebles, y en este sentido las capitulaciones sólo serán inscribibles en cuanto contengan transmisiones o atribuciones de derechos sobre inmuebles y sólo en lo que respecta a estos extremos. Y el Registro Mercantil se contrae, en cuanto a personas físicas, a los empresarios. Vid. LACRUZ, «Derecho de Familia» *cit.*, pp. 306-314, y DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 168-171.

(167) Hora es ya de poner en cuarentena la pretendida anulabilidad de los actos realizados por un cónyuge sin consentimiento del otro cuando éste es preceptivo. Es unánime la doctrina cuando entiende que el supuesto del último párrafo del art. 1.301 Cc. es un cuerpo extraño en el sistema de la anulabilidad, y no es para menos, no sólo porque legitimado para el ejercicio de la acción lo está quien no fue parte en el negocio, sino también, y principalmente, porque ejercitada la acción, el negocio sigue siendo válido. El cónyuge que ejercita la acción de impugnación podrá obtener la restitución de lo indebidamente entregado por su consorte, obligación ésta de devolución que no nace del negocio, sino de la propia ley (cf. art. 1.303 C.c.). Pero, sin embargo, la indemnización que el cónyuge contratante debe a su contraparte, en el caso de que no sea factible ya el cumplimiento de la obligación nacida del contrato, no deriva de la ley, sino del propio negocio, como sanción por su incumplimiento (arts. 1.101 y ss. C.c.). Técnicamente, pues, más que ineficacia por invalidez, podría hablarse en estos supuestos de negocios válidos pero ineficaces (ineficacia en sentido estricto): lo que falla no es el consentimiento, el objeto o la causa, sino la legitimación del cónyuge actuante, motivo por el cual el negocio no puede desencadenar el efecto último que persigue.

La cuestión en realidad no es baladí, porque de admitirse la invalidez, el cónyuge actuante sólo debe indemnizar a su contraparte si conoció o debió conocer la invalidez de su actuación, y en este caso la indemnización sólo comprenderá las pérdidas o gastos sufridos por contratar inválidamente, calculados comparando la situación real y la que tendría si no hubiera contratado (el llamado interés contractual negativo). Por contra, si se habla de mera ineficacia sin invalidez, la indemnización debe comprender, no sólo las pérdidas sufridas, sino también, y sobre todo, las ganancias dejadas de obtener, calculadas comparando la situación real en la que se encuentra el tercero contratante tras la impugnación, con la situación hipotética en la que se encontraría si el negocio no hubiese perdido su eficacia (el llamado interés contractual positivo).

quedan sujetos siempre, aun en el caso de que la deuda sea privativa (art. 1.373 Cc.), y, en cuanto al pasivo provisional del patrimonio ganancial, hemos visto que los bienes de esta naturaleza quedan sujetos de modo principal cuando la deuda la contrae un cónyuge en su esfera de legitimación (art. 1.365 Cc.), aunque no sea deuda de pasivo definitivo del patrimonio ganancial, que si no estaba el cónyuge legitimado para contraerla por sí solo, deberá impugnarla su consorte para excluir el carácter principal de la afección; si cuando un cónyuge obtiene un beneficio o lucro exclusivo o causa dolosamente un daño a la sociedad, debe accionar su consorte para obtener la restitución, igual que cuando el acto lo realiza el cónyuge en fraude de los derechos del otro en la sociedad, y si, en este último caso, además, ha mediado «*consilium fraudis*» entre el cónyuge deudor y el tercero, el consorte de aquél deberá rescindir el negocio para obtener la restitución; si todo ello es así, cómo puede concluirse que toda deuda contraída por un cónyuge actuando sin consentimiento de su consorte (no contra) se presume privativa. Ante todas estas objeciones, para que la deuda se presuma privativa creo que el legislador debió establecerlo así expresamente, porque con la actual regulación del régimen de gananciales no veo de dónde puede deducirse esa presunción. Pero tampoco existe la presunción de ganancialidad de la deuda: ésta es sencillamente innecesaria.

Y frente a la opinión de Ragel en el sentido de que el pasivo de la sociedad no se relaciona con el activo, sino con la administración de éste, he de aclarar lo siguiente: el pasivo provisional puede que se relacione con la administración del activo, pero el pasivo definitivo decididamente no. Una deuda es de pasivo definitivo por meras consideraciones objetivas, por el fin que con ella se persigue (cf. arts. 1.362 y

Que el legislador haya incluido esta forma de ineficacia en sentido estricto en el capítulo propio de la nulidad de los contratos quizás se daba a su intención de aplicar a aquélla la normativa de la confirmación de los contratos anulables, lo que parece apoyar el hecho de que el art. 1.322 C.c. hable de la confirmación expresa o tácita de los actos realizados por un cónyuge sin el preceptivo consentimiento de su esposo, ineficacia total pero sanable que admite la S. TS 21 mayo 1984, sin identificarla con la nulidad ni la anulabilidad, en un caso de negocio de disposición otorgado sobre bienes del menor por su padre sin la preceptiva autorización judicial.

Habla LACRUZ («Derecho de Familia» *cit.*, p. 460), en estos casos, de inoponibilidad del acto realizado al cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido, de modo que si, por ejemplo, su esposo enajena bienes gananciales, el contrato es inoponible a quien debió consentir la enajenación, pudiendo éste «considerar el bien como subsistente en el patrimonio consorcial mientras no precriba la acción de impugnación. Frente a él, pues, el acto, más que inválido, es inexistente, consecuencia discordante de la anulabilidad típica». Esta ineficacia, entonces, tal y como la concibe LACRUZ, vendría a ser una ineficacia relativa, esto es una ineficacia sólo respecto del cónyuge no actuante (y sus herederos), pero no respecto de los restantes terceros. No creo que ello sea así, pues de entenderse la ineficacia meramente relativa, en el caso de enajenación de bienes gananciales por un solo cónyuge sin consentimiento del otro, el acto produciría la transferencia del dominio al adquirente con plenos efectos frente a todos, con la única excepción del cónyuge del transmitente. Estimo por ello mejor entender que en estos supuestos operaría una ineficacia, no sólo relativa, frente al cónyuge cuyo consentimiento se ha omitido, sino total, frente a todos.

1.366), sin atender a las cualidades del sujeto que la contrae. Algunas de éstas podran ser contraídas por un cónyuge en su específica esfera de legitimación, y nada se podrá oponer; otras podrán serlo también por un solo cónyuge fuera de ese ámbito, y seguiran siendo deudas de la sociedad, porque para que en este supuesto no sea así es imprescindible que la impugne el cónyuge del deudor, pues de lo contrario se entiende que presta su consentimiento tácito, porque éste *se presume prestado mientras no impugne aquella actuación* (168).

Y en cuanto al pasivo provisional del patrimonio ganancial, es cierto que por una parte se relaciona con la administración del activo, de modo que los bienes gananciales, como dice Ragel, quedan sujetos en garantía cuando actúa un cónyuge en la esfera de legitimación que le está reservada, o cuando, fuera de estos casos, actúan ambos conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento expreso del otro. Pero también el pasivo provisional se relaciona con el pasivo definitivo: si la deuda contraída por un cónyuge actuando fuera del ámbito de legitimación que le está reservado es deuda de la sociedad —y lo seguirá siendo mientras el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido no la impugne—, de la misma responderá el deudor con sus bienes propios y solidariamente con los gananciales, porque la deuda que ha contraído es precisamente deuda de la sociedad, de pasivo definitivo del patrimonio ganancial.

Por otra parte, a la necesidad de un litisconsorcio pasivo necesario, de que el acreedor entable la demanda frente a ambos cónyuges por una deuda contraída por uno solo de ellos, se opone el art. 1.385 C.c. cuando, en su párrafo segundo, expresa que «cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos por vía de acción o de excepción» (169). «La institución del litisconsorcio necesario —dice la S. TS 4 abril 1.988, Art. 2.651, en su FJ. 5.º— es figura ... regida por el principio de haber de cuidar los Tribunales de que el litigio se ventile presentes en el juicio todos aquéllos que puedan resultar afectados o alcanzados por el fallo y en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada que, a su vez, exige que estén en el juicio cuantos debieron ser partes, señalándose, también, la necesidad de evitar fallos contradictorios, y porque, de otro modo, se quebrantaría el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, que tiene hoy rango constitucional a

(168) La S. TS 6 octubre 1988 (Ar. 7.387), en su FJ. 3.º, deduce el consentimiento de un cónyuge no sólo de su pasividad, sino también de la no oposición a la actuación de su consorte conociéndola, de la ausencia de perjuicio o fraude, e incluso, según entiende, el silencio puede ser revelador de consentimiento. Cf., en idéntico sentido, S. TS 5 mayo 1986 (Ar. 2.340), y S. TS 7 junio 1990 (ésta en Actualidad Civil, n.º 38 de 1990, pp. 2.387 y ss.).

(169) Cf. S. AP Cuenca 27 julio 1985, en *La Ley*, t. IV de 1985, R. 5.756, pp. 402 y ss.

tenor del art. 24.2 Const., por lo que la existencia del litisconsorcio necesario debe enjuiciarse incluso de oficio, aunque no la hubiesen propuesto las partes, sobre todo cuando su omisión pueda influir de lleno y negativamente en la seguridad jurídica». Por ello este litisconsorcio pasivo es tanto más necesario —continúa la sentencia— «en los supuestos de ejercicio de acciones declarativas de dominio y derechos reales contradictorias de inscripciones registrales, criterio en el que se inspiran los arts. 38 y 40 Lh. y 144 Rh.». Sin embargo, la doctrina jurisprudencia sobre el litisconsorcio, añade la sentencia, «se caracteriza por una interpretación amplia para aquellos casos en que se trata de acciones personales derivadas de obligaciones o contratos en los que la esposa no había intervenido», porque, como dice la S. TS 9 julio 1984 (Ar. 3.803), en su 5.º CDO, «si la relación de derecho material, la vinculación de las personas a una situación jurídica o a una relación obligacional no aparece evidente, bien por ajenidad al acto (art 1.257 Cc.), o por los efectos de la cosa juzgada no van a repercutir en la misma debido a los límites propios de ésta (art. 1.252 C.c.), es evidente que no puede hablarse de situación litisconsorcial ni operarse la misma, justamente porque los no llamados al proceso están suficientemente garantizados en sus derechos sustantivos y procesales al permanecer intactas sus defensas de todo orden». Es por ello por lo que la Rs. DGRN 28 marzo 1983 (Ar. 1.662), en su 8.º CDO, declara que «la exigencia de demanda conjunta a ambos cónyuges no guarda armonía con el carácter individual de la calidad de deudor, cualquiera que sean las masas patrimoniales que tal actuación individual haya podido sujetar a responsabilidad, ya que cuando la ley establece que uno de los cónyuges como órgano social puede obligar los bienes gananciales, hay que entender este mandato legal hasta sus últimas consecuencias que no es sólo la de poder realizar una prestación, si no también la responsabilidad aneja de unos bienes, en este caso, los gananciales, si hay incumplimiento, y sin que pueda atribuirse al acreedor la carga de tener que demandar a los dos cónyuges cuando únicamente ha contratado con uno solo de ellos, así como tampoco obligar al cónyuge no deudor a que sea parte en el proceso, cuando, aunque se vea afectado, no está obligado ni directamente ni como fiador» (170). Negando también el litisconsorcio la S. TS 30 octubre 1985 (Ar. 5.091), en su FJ. 1.º, cuando un cónyuge interviene única y exclusivamente para prestar su consentimiento a un acto de disposición de gananciales a celebrar por su consorte.

Entonces, si a pesar del tenor literal del art. 144 Rh., la jurisprudencia, tanto de nuestro Alto Tribunal como Centro Directivo, viene entendiendo que basta que se notifique la demanda al cónyuge del

(170) En el mismo sentido, vid. Rs. DGRN 27 mayo 1986 (Ar. 3.045), FJ. 2.º; S. TS 26 septiembre 1986 (Ar. 4.790), FJ. 3.º, y S. TS 10 junio 1985 (Ar. 3.100), 6.º CDO.

deudor, qué vías de impugnación le quedarían a éste cuando su con sorte contrae una deuda actuando solo.

En primer lugar, si la deuda deriva de un acto de administración o disposición de gananciales para el que era necesario el consentimiento de ambos cónyuges, aquél cuyo consentimiento se haya omitido podrá intervenir en el proceso de declaración sosteniendo esta pretensión frente a acreedor y cónyuge deudor (lo que técnicamente se conoce como intervención principal), lo que dará lugar a un incidente de especial pronunciamiento que se sustanciará en pieza separada sin suspender el curso del proceso principal entre acreedor y deudor (arts. 741, 742, 744 y 746 LEC.). En este juicio de incidente, el deudor, cónyuge del interviniente, podrá, o bien allanarse a las pretensiones de su consorte, o bien oponerse a las mismas junto con el acreedor demandante originario; y éste, ante la pretensión del interviniente, podrá alegar y deberá probar —ahora sí— que el cónyuge deudor estaba legitimado para actuar, o que, a pesar de no estarlo, el interviniente prestó en su día su consentimiento (tácito en este caso, por tratarse de una deuda de la sociedad, o necesariamente expreso si la deuda fuese de pasivo definitivo del patrimonio privativo del cónyuge deudor).

Si, por contra, la deuda contraída por un cónyuge no está vinculada a un acto de administración o disposición que debió realizar el deudor con el consentimiento de su consorte, éste no podrá intervenir en el proceso de declaración. Reaída sentencia condenatoria en éste, si el deudor paga voluntariamente con bienes de los que no podía disponer unilateralmente, su consorte podrá anular este acto de disposición, y entonces la deuda, si era de la sociedad, pasará a serlo privativa del deudor. Si, por contra, el deudor paga con bienes de los que podía disponer, nada puede objetar su consorte, salvo que el deudor hubiese obtenido un beneficio o lucro exclusivo, ocasionado dolosamente un daño a la sociedad o actuado en fraude de los derechos de su esposo en la sociedad (arts. 1.390 y 1.391 C.c.), porque en estos casos la deuda no es de la sociedad, sino de pasivo definitivo del patrimonio privativo del deudor. Pero si el deudor no cumple voluntariamente y el acreedor solicita la ejecución de la sentencia condenatoria, cuando se proceda al embargo de bienes gananciales para pago de la deuda, el embargo debe ser notificado al cónyuge del deudor, quien podrá intervenir en esta fase del procedimiento de ejecución para oponerse a la traba por tratarse la deuda contraída de una deuda privativa del deudor. Esta intervención dará origen aun incidente de previo pronunciamiento que interrumpirá el curso de la demanda principal, porque sirve de obstáculo para la continuación de ésta (art. 744 LEC) (171). En este juicio de incidente, el interviniente deberá alegar y probar frente al deudor y al acreedor, el carácter privativo de la deuda por no estar el deudor legiti-

(171) Cf. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 4.013.

mado para contraerla, y porque, aun cuando sea deuda de cargo de la sociedad, el interviniente no prestó su consentimiento. Probados estos extremos, el interviniente podrá hacer uso de beneficio de excusión que le concede el art. 1.373 C.c. y exigir al acreedor que primeramente ejecute los bienes privativos del deudor. Si éstos no existen o son insuficientes para satisfacer al acreedor, podrá éste pedir el embargo de bienes gananciales, porque aun tratándose de deuda privativa, los gananciales siguen afectos a su cumplimiento. Esta petición deberá ser notificada al cónyuge del deudor, quien podrá, o bien permitir el embargo y posterior remate, naciendo entonces en el activo del patrimonio ganancial un crédito frente al cónyuge deudor por el importe de los bienes ejecutados (art. 1.373.2 C.c.), porque la deuda ya no es de pasivo definitivo de la sociedad, sino de pasivo del patrimonio privativo del deudor; o bien puede oponerse al embargo, para lo cual debe exigir que en la traba se sustituyan los bienes gananciales por la parte que ostenta el deudor en la sociedad, lo que producirá, como ya sabemos, la disolución «*ope legis*» de la misma.

Por último, si la deuda deriva de un acto que el deudor estaba legitimado para realizar, pero ésta no es deuda de la sociedad, o si no estando legitimado y tampoco siendo deuda de la sociedad el cónyuge del deudor no la impugnó en su momento, debe entenderse que esa actuación a producido al deudor un beneficio o lucro exclusivo. Si la deuda se ha satisfecho, voluntaria o forzosamente, con bienes gananciales, el cónyuge del beneficiado podrá demandarlo para que reintegre a la sociedad el importe del beneficio obtenido, o para que, en fase de liquidación de la sociedad cuando ésta se disuelva, se le impute en su haber (arts. 1.390 y 1.373.2 C.c.). Si, aun tratándose de una deuda de la sociedad el deudor ha ocasionado solosamente un daño a la sociedad, su consorte podrá igualmente demandarlo para que repare el daño causado, o para que éste se impute en su haber liquidativo al tiempo de la disolución, dejando además de cuenta del deudor el beneficio que su actuación haya podido producir en el patrimonio ganancial (v.gr., adquisición de bienes gananciales, que pasarían así a considerarse privativos del adquirente). Si, por otra parte, en lugar de causar dolosamente un daño a la sociedad el deudor ha actuado en fraude de los derechos de su consorte en la misma, igualmente éste podrá demandarlo para que indemnice a la sociedad, y el posible beneficio que para la sociedad se haya derivado de su actuación quedará igualmente de su cuenta, como beneficio propio; y si, además del fraude, hubiese mediado un «*tertius conscius fraudis*», la actuación del deudor será rescindible, restituyendo el «*tertius*» a la sociedad lo indebidamente percibido del deudor.

En el caso de seguirse los trámites de juicio ejecutivo regulado en los arts. 1.429 y ss. LEC., el cónyuge del deudor no podrá intervenir en el proceso para anular la actuación del deudor de la que deriva la deuda, porque en los juicios ejecutivos, como declara el art. 1.480 LEC., no se admiten otros incidentes que los que nazcan de las cuestiones de competencia o de acumulación a un juicio universal, además de que

ninguna excepción de las recogidas en los arts. 1.464 y 1.467 LEC., las únicas admisibles en este juicio, podrá utilizar el cónyuge del deudor, ni siquiera la de la obligación en virtud de la cual se hubiese despachado la ejecución (art. 1.467.1), por que aunque la deuda derive de un acto que debió realizar el deudor con el consentimiento de su consorte, sabemos que en puridad nunca podrá anularse la obligación, además de que esta excepción ha sido suprimida en el juicio ejecutivo cambiario por la Ley Cambiaria y del Cheque (cf. art. 67) (172). Técnicamente, pues, el cónyuge del deudor ya sólo podrá oponerse a la ejecución promoviendo un incidente en el posterior período de ejecución de la sentencia, admitido, como ya sabemos, por el párrafo segundo del art. 949 LEC. En este incidente, que también será de previo pronunciamiento, pues impide el curso de los autos principales, a diferencia del que puede promover el cónyuge del deudor en el procedimiento de ejecución de sentencia cuando ésta ha recaído en juicio declarativo ordinario, el interviniente podrá oponerse a la ejecución sosteniendo, bien que la deuda que pretende satisfacerse es privativa del deudor, bien que ésta deriva de un acto realizado por el deudor y que debió ser consentido por el interviniente.

Por su parte, el deudor, en el juicio declarativo ordinario no podrá alegar que su actuación debió ser consentida por su consorte, pues la anulación de su actuación sólo puede instarse alegando, nunca excepcionando (173), además de que legitimado para el ejercicio de esta acción sólo lo está el cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido. Lo que sí podrá hacer el deudor, ya en fase de ejecución de la sentencia, es alegar y probar, bien sólo frente al acreedor, si su consorte no interviene en el proceso para oponerse a la ejecución sobre los gananciales, bien frente a ambos, y una vez que el acreedor embargue bienes propios del deudor, que la deuda contraída deriva de una actuación para la que estaba legitimado, y que la misma es subsumible en algunos de los apartados del art. 1.365 C.c., en cuyo caso podrá hacer uso del beneficio de excusión que le concede el artículo citado y exigir que el acreedor ejecute primeramente los bienes gananciales, por tratarse de una deuda de la que éstos responden directamente. También podrá, cuando

(172) Cf. CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 4.012. Para una completa panorámica sobre el Derecho cambiario, vid. GARCÍA LUENGO y SOTO VÁZQUEZ, *El nuevo régimen jurídico de la letra de cambio en la doctrina y en la jurisprudencia*, Granada, 1986; BALDÓ DEL CASTAÑO y CALAVIA MOLINERO, *Letra de cambio. Estudio sistemático de la Ley Cambiaria de 16 de julio de 1985*, Barcelona, 1985, y MENÉNDEZ y otros, *Derecho cambiario: estudios de la Ley Cambiaria y del Cheque*, Madrid, 1986.

(173) Según la más reciente doctrina jurisprudencial: cf. S. TS 7 junio 1990 y S. TS 6 octubre 1988 (que cita la de 25 mayo 1987) reseñadas en nota 168. La doctrina, sin embargo, admite la posibilidad de oponer la anulabilidad tanto por vía de acción como de excepción. Por todos, cf. DELGADO ECHEVERRÍA, en los Elementos de LA-CRUZ, («Derecho de obligaciones...», vol. 2.º *cit.*, pp. 364 y ss.), que cita la S. TS 24 mayo 1969.

en esta fase de ejecución interviene su consorte alegando que la deuda es privativa del deudor, allanarse a las pretensiones de éste e incluso coadyuvarlo frente al acreedor, o hacer lo propio aunque su consorte no haya intervenido instando este incidente de oposición a la ejecución. Tanto en el primer como en el tercer caso, la pretensión del deudor dará origen, igualmente, a un incidente de oposición a la ejecución, admitido por el citado párrafo segundo del art. 949 LEC., que se sustanciará en misma pieza de autos, quedando mientras tanto en suspenso el curso del debate principal, por exigir la cuestión incidental un pronunciamiento previo al que haya de darse a la demanda principal, en este caso, a la ejecución de la sentencia.

IX. CONCLUSIONES *

Después de todo lo hasta aquí visto, podemos decir que los bienes gananciales quedan afectos siempre al cumplimiento de las obligaciones contraídas por uno o ambos cónyuges, sin entrar a valorar si esa deuda es o no de pasivo definitivo del patrimonio ganancial (art. 1.373 C.c.). Ahora bien, esta afección puede graduarse y serlo, o bien de modo principal (solidariamente o no con la afección de los bienes privativos de los cónyuges: arts. 1.365, 1.367 y 1.369, que se refiere, este último, a las deudas de los arts. 1.362, 1.366, 1.368 y 1.370), o bien de modo subsidiario (art. 1.373). Lo será de modo principal cuando la deuda la contraigan ambos cónyuges conjuntamente o uno de ellos con el consentimiento expreso del otro (art. 1.367); si no concurre alguna de estas dos circunstancias, esto es, si la deuda la contrae un solo cónyuge, la afección de los gananciales también será principal si el cónyuge ha contraído la deuda en el ejercicio de su propia esfera de legitimación (art. 1.365), o si, haciéndolo fuera de éste, la deuda que contrae es de pasivo definitivo del patrimonio consorcial (art. 1.369); y si tampoco concurre esta última circunstancia, es decir, que la deuda contraída por un solo cónyuge sea de pasivo definitivo de su patrimonio privativo, la afección de los gananciales dejará de ser principal y pasará a serlo subsidiaria de la afección primaria de los bienes privativos del deudor.

Por otra parte, podemos también decir que los bienes privativos del cónyuge que contrae la deuda quedan afectos siempre, igualmente, al cumplimiento de la misma, sin entrar a valorar si es o no deuda de pasivo definitivo de su patrimonio privativo. Y esta afección, tal y como

* No se colocaron en el texto las opiniones que sostienen GUILARTE GUTIÉRREZ y RAMS ALBESA en sus respectivas obras *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, y *La sociedad de gananciales*, Madrid 1992, publicadas con posterioridad a la versión de este trabajo a A.D.C. Agradecerles tan sólo desde esta página que hayan dedicado su tiempo al análisis de éste y otros temas relacionados con la sociedad de gananciales, en la espera de que sirvan para apuntar las soluciones a los numerosos problemas que plantea la regulación de aquélla.

sucede con la de los bienes gananciales, también puede graduarse: lo será principal como regla general (sea o no también principal la afectación de los bienes gananciales), salvo cuando la ley anteponga a esta afectación la de los bienes gananciales, como es el caso de las deudas comprendidas en el art. 1.365.

Y los bienes privativos del cónyuge del deudor no quedan afectos, de modo alguno, al cumplimiento de las obligaciones contraídas por su consorte, ni siquiera cuando la deuda tenga consideración doméstica, a pesar del tenor del art. 1.319.2 Cc., pues en la sociedad de gananciales, el régimen de afectación de bienes al cumplimiento de las deudas doméstica difiere del establecido por las normas de régimen económico matrimonial primario.

El cónyuge del deudor sólo podrá desafectar los gananciales cuando éstos lo estén de modo subsidiario (que únicamente lo estarán en los supuestos de deudas de pasivo definitivo del patrimonio privativo del cónyuge deudor: art. 1.373), para lo cual deberá exigir, cuando se le notifique la traba sobre bienes gananciales, que se sustituya este embargo por el de la parte que ostenta el deudor en la comunidad, lo que implicará, inexorablemente, la disolución y liquidación del régimen.

Si la afectación de los gananciales lo es de modo principal, el cónyuge del deudor, para desafectarlos deberá probar (pues sobre él recae la carga de la prueba al tener que intervenir en el proceso entre acreedor y cónyuge deudor por no ser parte en el mismo; art. 1.214 C.c.) que su consorte contrajo la deuda excediéndose del ámbito de legitimación que le está reservado (es decir, que no sea una deuda del art. 1.365); que a pesar de ser deuda de la sociedad (una del 1.362) no prestó su consentimiento, o que, no siendo éste necesario, la deuda contraída tampoco es de aquéllas respecto de las cuales el acreedor puede agredir directamente los bienes gananciales (es decir, que no sea una deuda de los arts. 1.366 ó 1.368). Fuera de estos casos, el cónyuge del deudor sólo podrá desafectar los gananciales si su consorte actuó en fraude de los derechos de su esposo en la sociedad frente a un tercero de mala fe (art. 1.391 «in fine»). Y si ninguna de estas circunstancias puede oponer a la agresión de los gananciales por el acreedor, podrá resarcirse, imputando la deuda al pasivo definitivo del deudor, si éste hubiese obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él, ocasionado dolosamente un daño a la sociedad o actuado en fraude de los derechos de su consorte en la misma (arts. 1.390 y 1.391 C.c.).

Aspectos externo e interno de responsabilidad en la sociedad de gananciales: interés del acreedor y de los cónyuges

JERÓNIMO LÓPEZ PÉREZ

Prof. Titular de Derecho Civil

SUMARIO: I.—Sistemática general y aspectos externos. II.—Deudas comunes y privativas de los cónyuges.

I. SISTEMÁTICA GENERAL Y ASPECTOS EXTERNOS

En la Sección tercera de la regulación de la Sociedad de gananciales por el Código civil, artículos 1362 a 1374, aparece la normativa sobre sus «Cargas y obligaciones», concretándose así, el pasivo de éste régimen que tanta transcendencia tiene en nuestro país (1).

Hay que destacar en primer lugar la importancia que dentro del estudio de los gananciales, ofrece el aspecto pasivo del régimen, al implicar el mismo, el desenvolvimiento dinámico y efectivo de la sociedad, diferenciado de la mera regulación sobre el aspecto positivo; y por otra parte también distinto de las reglas que afectan a la Di-

(1) Y diríamos, también en el Derecho Comparado, pues es el régimen legal supletorio principal en el mundo latino: España, Francia, Portugal, Países Iberoamericano, Italia. SIMÓ SANTONJA, *Los regímenes matrimoniales en el mundo de hoy*, Pamplona 1978, p.10, señala que en general se observa sobre los regímenes matrimoniales, el principio de equiparación del marido y la mujer; la participación de ambos en los provechos obtenidos durante el matrimonio, y también normas de régimen primario, de aplicación a los diversos regímenes, en concreto sobre la contribución de los cónyuges a las cargas del matrimonio.

En Derecho español, artículos 1318, 1319, 1438, 1413 del C.c. Sobre estas normas de régimen primario en Derecho Comparado: arts. 214 y 220 del C.c. francés. Art. 143 y 148 del C.c. Italiano. Art. 1676 del Código civil portugués. C.c. Belga, arts. 221. 222.

solución y Liquidación de la Sociedad que suponen prácticamente la desaparición de ésta. Presentando sin embargo como decimos, las normas sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, juntamente con las de su Administración, (artículos 1375 a 1391), el interés que se apunta (2).

También hay que poner de relieve las dificultades que ofrece la materia objeto del estudio, las Cargas y obligaciones de la Sociedad de gananciales, y ello por la complejidad de relaciones que se presentan, y que afectan a los elementos personales: cónyuges y tercero; elementos reales: bienes gananciales y privativos; diversidad de deudas: ganancial y privativa. Siendo de especial interés las relaciones externas de los cónyuges con tercero; y las relaciones internas entre los mismos cónyuges.

Precisamente como señalamos, la problemática más interesante, es la que se refiere a esas relaciones externas e internas es decir de los cónyuges con tercero, acreedor, además de las relaciones entre los mismos cónyuges, que han de responder con los bienes gananciales o privativos de las deudas que hayan contraído, con el acreedor (3).

Si antes de la Ley de 13 de mayo de 1981 de modificación del Código civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico

(2) Recordemos a DE LOS MOZOS, al señalar el interés de haber antepuesto la Sección Cuarta de los gananciales, (Administración), a la Tercera, (Cargas y obligaciones), ya que uno de los factores de la determinación de la deuda y por tanto de la atribución de la responsabilidad, depende de la forma de actuar de los cónyuges: «Hay que tener muy en cuenta todo lo relativo a la administración y gestión de los bienes de la comunidad e incluso respecto de los propios bienes privativos de cada uno»: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Edersa, T.XVIII, vol. 2.º, artículos 1344 a 1410, 1984, p. 236. También GUILARTE GUTIÉRREZ, resaltando «La íntima conexión entre gestión de un patrimonio y responsabilidad de los bienes que le integran de tal forma que quien gestiona legítimamente el patrimonio común, podrá en el marco de tal gestión, vincularle obligacionalmente a las resultados de tal actuación»: *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid, 1991, p. 335.

(3) Sin embargo GORDILLO, no considera de tanta importancia la distinción: «Nada más ajeno a nuestro ánimo que negar la legitimidad de tal distinción; lo que no vemos con igual claridad, es que de ella pueda obtenerse la clave decisiva para la explicación de la regulación hoy contenida en los artículos 1362 a 1374. Incluso llegamos a pensar que el esfuerzo por encajarla en dicha regulación ha llevado más a la desorientación que a la claridad; ha contribuido más que a mejorar la confusa sistemática legal a desenfocar el sentido de no pocos de sus preceptos»: *El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización*, Homenaje al Profesor Juan Roca Juárez, Murcia 1989, p. 352.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓ, distingue las Cargas de la Sociedad de gananciales, como «Los gastos o pagos que por razón de su finalidad, deben repercutir en definitiva, sobre el patrimonio ganancial», y las Obligaciones, que son «Aquellas deudas de uno o de los dos cónyuges de las que responden, frente al acreedor los bienes gananciales»: *Derecho de familia*, Madrid 1989, pp. 244 y 247.

Ya hacía resaltar el aspecto interno y externo de la distinción GIMÉNEZ DUART, en su estudio sobre las *Cargas y Obligaciones del matrimonio*, en *Revista de Derecho Privado*, 1982, pp. 542 y ss.

del matrimonio, apenas se tenía en consideración el juego de las relaciones externas e internas de los cónyuges (4), en todo caso con la posición preponderante del marido como administrador de los bienes (5), en la actualidad, con la modificación del régimen económico matrimonial y la consagración del principio de igualdad del marido y la mujer, reconocido ya por la Constitución de 1978 (6), la distinción y el juego de esas relaciones externas e internas, es trascendental, para la comprensión de la difícil regulación, que sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, hace el Código Civil.

Para un más fácil entendimiento de la normativa, parece necesario el resaltar los intereses que de modo especial se protegen por el legislador, y que son: en las relaciones externas, el interés del acreedor, por lo que ante las deudas de los cónyuges, (ganancial o privada), en principio responden todos sus bienes, privativos o gananciales; y en las relaciones internas de los cónyuges, el interés de los mismos.

Por ello aunque frente a tercero, se dé esa responsabilidad general de los bienes; entre los cónyuges la responsabilidad por las deudas contraídas, recaerá de modo definitivo, en bienes gananciales o privativos, según se esté en presencia de deudas de una u otra categoría.

Por último, hay que tener en cuenta, que ante la posibilidad de inadecuación del aspecto externo e interno, —pues ante la protección del acreedor pueden haber respondido bienes que no se corresponden con el interés del cónyuge—, procederá el reintegro entre masas patrimoniales, para acomodar los intereses de los acreedores y de los cónyuges.

Así sería en supuesto de pago de deuda ganancial con bien privativo, ante cuya situación habría que reponer los bienes privativos, con cargo sobre los gananciales.

Como decimos es necesaria la comprensión del juego de las relaciones externas e internas, —con la protección del interés de los acreedores o de los cónyuges, y en su caso con el correspondiente reintegro—, para poder entender adecuadamente, la regulación que so-

(4) Vid al respecto GUILARTE, *ob. cit.*, pp. 348 y 444 y ss. Y la referencia que se hace posteriormente en la nota 15.

(5) Anterior redacción del artículo 1412 del C.c.: «El marido es el administrador de la sociedad de gananciales, salvo lo dispuesto en el artículo 59».

Por su parte el artículo 59 del Código civil, según la redacción dada por Ley de 2 de mayo de 1975, señalaba: «El marido es el administrador de los bienes de la sociedad, salvo estipulación en contrario».

(6) Vid. art. 14 y 32 de la Constitución: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, con plena igualdad jurídica».

El vigente artículo 66 del Código civil, según redacción dada por la Ley de 7 de julio de 1981, que modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, declara: «El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes»

bre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, hace el Código civil, que no se caracteriza precisamente por su claridad. Resultando de ello, las dificultades, con que la doctrina en general, se encuentra para sistematizar el tema (7).

Hemos señalado que por lo que se refiere a las relaciones externas de los cónyuges, por las obligaciones que contraigan con un tercer acreedor, sean deudas comunes o privativas, se protege en principio ese interés del acreedor, con una responsabilidad general y provisional de los bienes de los cónyuges, tanto de los privativos como de los gananciales.

Ese reconocimiento de la protección del acreedor, aparece ya en la Exposición de Motivos del Texto remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados, para la elaboración en sede Parlamentaria, de la Ley 11/1981, de 13 de mayo en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (8), donde se fijan, «como aspectos sociales y económicos de relieve en la regulación que se adopta..., la consideración prioritaria de la seguridad del tráfico y los derechos de terceros, que se hace patente frente al cambio o modificación del régimen matrimonial o en las posibilidades conce-

(7) Recordemos por ejemplo a BLANQUER, que distingue: 1.— Gastos que son a cargo de la sociedad de gananciales, (arts.1362 y 1363). 2.— Responsabilidad directa de los bienes gananciales frente al acreedor: por las deudas contraídas conjuntamente por los dos cónyuges, (art. 1367), y por las deudas contraídas por un cónyuge, (art.1365 y 1368). Aparte de casos particulares de responsabilidad de bienes gananciales. 3.— Responsabilidad solidaria de los bienes de la sociedad, cuando las deudas de un cónyuge, sean además deudas de la sociedad, con los bienes del cónyuge deudor, (art.1369). 4.— Responsabilidad del patrimonio personal de cada cónyuge por deudas propias, (art.1373). BLANQUER, *Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales, en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge*, en Revista de Derecho Notarial, julio-diciembre de 1981, p. 37.

Por su parte RUEDA PÉREZ: 1.— Obligaciones que son de cargo de los bienes gananciales; (artículos 1362, 1363, 1364, 1366, 1371). 2.— Responsabilidad provisional de los bienes gananciales: Responsabilidad universal del artículo 1911; obligaciones contraídas por ambos cónyuges, (art. 1367); obligaciones contraídas por uno sólo de los cónyuges, (art.1365, 1368, 1370); obligaciones propias de un cónyuge, (art.1373); obligaciones de un cónyuge que son a la vez deudas de la sociedad: ¿dualidad cualitativa o cuantitativa? ¿en la esfera interna o externa?, (art.1369). 3.— Conclusiones finales: Vid. en *Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, tras la reforma del Código civil de 13 de mayo de 1981*, Revista de Derecho Privado, 1982, p. 556.

CASTÁN habla de: 1.— Novedades introducidas por la reforma de 1981. 2.— Responsabilidad ganancial provisional por actuación conjunta de los cónyuges: arts. 1367, 1363. 3.— El poder propio de cada cónyuge para endeudar a la sociedad de gananciales: art. 1365. 4.— Cargas directas de la sociedad de gananciales: art. 1362. 5.— Embargo de bienes gananciales por deudas privativas: art. 1373. 6.— Reintegros: art. 1364. *Derecho Civil Español Común y Foral*, T.V, vol. I, 1987, pp.402 y ss.

(8) BOCG, I Legislatura, Congreso de los Diputados, Serie A, núm., 71-I, de 14-9-1979.

didadas a los cónyuges de actuar «erga omnes», comprometiendo incluso los bienes comunes».

Resultando asimismo, la protección del acreedor, del principio, de responsabilidad general y universal del deudor, (cónyuge), que se proclama por el artículo 1911 del CC. (9), y también, concretamente, si estamos en presencia de «deudas comunes», de las denominadas «Disposiciones generales», o «Régimen primario» de aplicación a todo régimen económico matrimonial.

Así, al señalar el párrafo primero del artículo 1318 del Código civil, que «Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las *cargas del matrimonio*». O teniendo en cuenta el contenido del artículo 1319 del CC., que aparte de admitir la legitimación de cualquiera de los cónyuges para realizar los actos encaminados a atender, las *necesidades ordinarias de la familia*, fija para estas obligaciones, la responsabilidad solidaria de los bienes comunes y de los del cónyuge que contraiga la deuda; y subsidiariamente, los del otro cónyuge. Con la previsión del correspondiente reintegro, caso de que se aporten caudales propios (10).

Ya dentro de las reglas propias sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, la protección al interés del acreedor, se vá a determinar por el artículo 1369 del C.c., al señalar la responsabilidad solidaria de los bienes privativos del cónyuge que contrae la deuda, juntamente con los bienes gananciales, cuando la deuda de un cónyuge, sea también deuda de la sociedad.

Artículo 1369 del C.c.: «De las deudas de un cónyuge que sean además deudas de la sociedad, responderán también solidariamente los bienes de ésta».

Esta responsabilidad solidaria de los bienes privativos y gananciales, cuando la deuda de un cónyuge sea además deuda de la sociedad, (art.1369), procederá si estamos en presencia de la actuación de uno sólo de los cónyuges, dentro del ámbito que fija el artículo 1365 del C.c., (11), como en el supuesto de la actuación conjunta de los cónyu-

(9) En la Sistemática de RUEDA PÉREZ, a la que hacíamos referencia en la nota 7, precisamente al tratar, en su 2, de la Responsabilidad provisional de los bienes gananciales, en primer lugar se detiene o se remite, al juego del artículo 1911 del CC.

(10) En la Nota 1 ya aludíamos a diversas Disposiciones de Derecho Comparado y de «Régimen Primario», sobre la contribución de los cónyuges a las cargas del matrimonio.

(11) Art.1365 del C.c.: «Los bienes gananciales responderán frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge: 1.º, En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por Ley o por capítulos le corresponda.

2.º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios.

Si el marido o la mujer fueran comerciantes, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio».

ges, prevista por el artículo 1367 del C.c.: «Los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro».

Resultando más difícil de admitir, la responsabilidad solidaria del artículo 1369 del Código civil, si estamos en presencia de deudas privadas de los cónyuges, de las que en primer lugar responden los bienes privativos y si los mismos no son suficientes, los gananciales, como indica el artículo 1373 del Código civil.

Si bien, en buena lógica y de acuerdo con una coherencia general de la regulación, habría de admitirse la responsabilidad solidaria de los bienes privativos y gananciales, ante deudas privadas, en base al criterio que rige para las deudas comunes, por la protección del acreedor, siempre teniendo en cuenta el interés de la familia, y aunque no se tratara más que de una responsabilidad provisional, sin perjuicio del juego de la relación interna entre los cónyuges.

En este sentido llama la atención, la sistemática ya referenciada de RUEDA PÉREZ, que en el estudio sobre las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, al tratar de la «Responsabilidad provisional de los bienes gananciales», es donde incluyen las «Obligaciones propias de un sólo cónyuge», (art.1373), tras el examen que hacen de la responsabilidad universal del artículo 1911, de las obligaciones contraídas por ambos cónyuges: art.1367 y de las obligaciones contraídas por uno sólo de los cónyuges: art.1365 (12).

Teniéndose que resaltar en todo caso al respecto, la crítica que sobre el artículo 1373, hace la doctrina y recientemente GUILARTE, al señalar que «es la norma menos acertada de las que han conformado el nuevo régimen matrimonial que emana de la reforma de 1981 y de llegar a aplicarse en sus términos literales, determinaría también la grave quiebra de los derechos de los acreedores conyugales» (13).

En relación con el ejercicio de la gestión o disposición de gananciales que corresponda a uno sólo de los cónyuges por Ley y a que hace referencia el apartado 2.º, del número 1.º, del precepto, vid. artículos 1382, 1384, 1385, 1386: Así DE LOS MOZOS, en la obra citada, pp. 279 y 280 y GUILARTE GUTIÉRREZ, *ob. cit.*, pp. 450 y ss.

Vid. también TORRALBA SORIANO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Madrid, 1984, p. 1688.

(12) *Ob. cit.*, pp. 554 y ss., 584 y 593. Vid. anteriormente en Nota 7.

(13) *Ob. cit.*, p.547. Escribe antes, pp. 523 y 524, que «el precepto en cuestión, (art.1373), universaliza hasta límites absolutos la posibilidad de agredir inicialmente los bienes comunes, sea cual sea la naturaleza de la obligación, siempre que estemos en presencia de una persona casada y existan bienes gananciales», y que «la lógica importancia que debe darse a la distinción entre deudas privativas o comunes, (dentro del esquema básico para el entendimiento de todo el sistema), cede en gran medida desde el momento en que tanto para unas como para otras está posibilitada la agresión de los bienes comunes», si bien para las deudas privativas el propio artículo 1373, sanciona sus mecanismos correctores.

Por todo ello cabría plantearse, como se indica, la posibilidad de una responsabilidad general y solidaria, con carácter provisional, de los bienes de los cónyuges, ante las deudas privativas de los mismos, en base al artículo 1369 del Código civil, si los bienes privados no son suficientes y tienen que responder también los bienes gananciales, (art.1373).

Posibilidad ésta que no cabe plantear, aun con merecimiento de crítica, si se está en presencia de deuda privada, con existencia de bienes privados suficientes, ante una interpretación literal del artículo 1373. Sin olvidar la problemática con que puede encontrarse el acreedor y el juzgador, para calificar y determinar la clase de la deuda, (privada o ganancial), y aun de los bienes responsables.

Con independencia de las reglas que hemos considerado, en las relaciones externas de los cónyuges, en principio con una responsabilidad general y provisional de sus bienes por sus deudas, otro elemento fundamental de la regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, es la normativa que protege el interés de los cónyuges, con lo que se fija la responsabilidad definitiva de sus bienes.

Con ello estamos en presencia de las relaciones internas, a las que el Código civil, presta más extensa atención, siendo fundamental la idea de que para la deuda ganancial responden los bienes gananciales, sin perjuicio de la responsabilidad de los bienes privados, para la deuda particular del cónyuge (14).

Dentro de la regulación de la protección de los intereses de los cónyuges en sus relaciones internas, es básica la norma del artículo 1362, que califica como ganancial, la deuda que se contraiga en interés de la familia o de sus bienes (15), y que hay que complementar con otras

(14) En cuanto que no sean suficientes los bienes privados, responden por mitad los gananciales, art. 1373; y si no son suficientes los bienes gananciales, los privativos por mitad, (arts. 1911-1319), o proporcionalmente, con fundamento en el artículo 1348 del C.c., como señalara LACRUZ BERDEJO, posición que parece más aceptable: Vid. en GUILARTE, *ob. cit.*, pp. 412 y ss.

Con un criterio de relatividad, destacando el arbitrio judicial, según las circunstancias de cada caso, para resolver en equidad: TORRALBA, *ob.cit.*, p. 1683.

(15) Pese a la apariencia de similitud entre el artículo 1362 y el 1365, son esenciales las diferencias y necesaria la existencia de ambos preceptos, para la adecuada sistematización de la materia. Se refiere el artículo 1362 al ámbito de la relación interna de los cónyuges y el artículo 1365, al aspecto externo. Vid. DE LOS MOZOS, *ob.cit.*, pp. 274 y ss.

Como señalara GUILARTE, es a partir de los antecedentes legislativos entre ambas reglas, donde hay que sentar sus diferencias, consistentes básicamente, en la falta de inclusión en el régimen de responsabilidad externa, de las adquisiciones unilaterales onerosas, sí incluidas en el régimen de responsabilidad interna y que de no existir produciría una absoluta pérdida de coherencia del sistema. Siempre teniendo en cuenta la contraposición, con el régimen anterior derivado del artículo 1408 del C.c., en el que se hacía innecesario distinguir entre responsabilidad interna y externa del pasivo consorcial, pues a ambas esferas alcanzaba la actuación del marido: *ob. cit.*, pp. 444 y ss.

disposiciones, entre las que cabe citar aquí, al artículo 1363, que viene a ratificar el principio de la voluntad de los cónyuges, como regla que determina su régimen económico, (art.1315, 1323).

Todavía para terminar esta sistemática, hay que hacer referencia al reintegro de las masas patrimoniales de los cónyuges, cuando no se dé la adecuación, entre los bienes que han respondido por las deudas de los cónyuges, en el aspecto externo para la protección del interés del tercer acreedor, y los que en definitiva deben responder, en el aspecto interno, para salvaguardar el interés de los cónyuges.

Ante esta situación se dará el reintegro que señalamos y que fija el artículo 1364 del código civil: «El cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad, tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común».

La misma idea aparece en el artículo 1319 del C.c., tras reconocer la amplitud de la responsabilidad de los bienes del matrimonio, ante «las necesidades ordinarias de la familia», con la concreción de que «El que hubiere aportado caudales propios tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial».

El reintegro que proceda ante la inadecuación, entre la responsabilidad externa e interna (16), se resolverá como deuda de «valor», según dice el artículo 1364 y determinaba ya la Exposición de motivos del Texto remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados, para la elaboración en sede Parlamentaria de la Ley de 13 de mayo de 1981, con la afirmación, de «la contemplación de todas las obligaciones de reembolso entre patrimonios como deudas de valor; es decir prescindiendo del nominal de la deuda y restituyéndose un valor idéntico al que recibió el cónyuge o se confundió con los bienes comunes».

Para concluir este apartado, ante las dificultades que ofrece la sistematización de las obligaciones que estudiamos, con la poca claridad de las reglas del Código, y como se reconoce en general, hay que poner de relieve la doctrina que recogiera ya con gran precisión, y como resumen de toda esta temática, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 28 de marzo de 1983, al concretar que

Aunque RUEDA y GUILARTE, consideran como excepcional la actuación de uno sólo de los cónyuges, con el efecto de gravar los gananciales, DE LOS MOZOS estima, que «el artículo 1365, más que una excepción a la regla general del artículo 1367, es traducción de la verdadera y propia estructura de la sociedad de gananciales y fiel reflejo de la especial posición de los cónyuges, herederos por igual de la posición que en el régimen anterior a la reforma, gozaba únicamente el marido»: *Ob. cit.*, p. 276.

(16) «Para coordinar deuda y responsabilidad en todos aquellos supuestos en que el patrimonio responsable no fuera deudor de lo pagado», con expresión de GUILARTE, que en relación con la problemática de reintegros que plantea el artículo 1364, considera el supuesto de que se paguen por un cónyuge voluntaria y precipitadamente, deudas consorciales no vencidas o incluso no exigibles, pretendiendo un ulterior reembolso, que solventa desde la óptica del artículo 1158: *ob. cit.*, pág. 410 y 411.

«El código civil distingue de una parte el aspecto externo de la relación, en donde en base a la protección del tráfico el artículo 1369, engloba, en el mismo plano, frente al acreedor, la masa de bienes privativa del cónyuge deudor y la de gananciales como objeto de responsabilidad, y de otra el aspecto interno de relación de los dos esposos a fin de que mediante el reintegro entre las diferentes masas patrimoniales, pueda realizarse la liquidación atribuyendo la deuda a la que realmente corresponda, fundamentalmente en los artículos 1319 y 1364».

En todo caso siempre habrá de tenerse muy presente, que la materia que tratamos es contenido propio del Derecho de familia, aun dentro del campo del Derecho civil, y como tal con la especialidad que ofrece, de amplia aceptación: el fondo ético de sus instituciones, el predominio de las regiones estrictamente personales sobre las patrimoniales, y la primacía del interés social o familiar, sobre el individual.

Por ello, aunque estamos en presencia de relaciones patrimoniales, no se puede olvidar el predominio y la atención de las relaciones personales entre los cónyuges, que no deben verse alteradas por aquéllas, sin perjuicio de la protección del acreedor. En definitiva, sin que la problemática patrimonial de los cónyuges, vaya a afectar a sus relaciones personales prevalentes, en materia que como se ha apuntado, en buena parte escapa de la estricta normativa jurídica, para desenvolverse más bien por reglas éticas o morales.

II. DEUDAS COMUNES Y PRIVATIVAS DE LOS CONYUGES

Si hemos intentado exponer y resumir las ideas básicas que se presentan en la sistemática de las obligaciones de la sociedad de gananciales, con atención al aspecto externo de las relaciones de los cónyuges, pasamos a continuación a concretar de alguna manera, la regulación de las deudas comunes y privativas de los cónyuges, de las que en definitiva responderán, los bienes gananciales o privados, sin perjuicio de que ante su deficiencia, tengan que responder otros bienes del matrimonio, como se ha indicado.

Respecto a las deudas comunes es fundamental el contenido del artículo 1362 del Código civil, con la distinción que se hace de los gastos generales que afectan al interés de la familia y de los hijos; y los que afectan a los bienes del matrimonio (17).

(17) Recordemos a GORDILLO que en su intento de sistematizar la materia, considera al artículo 1362, como precepto esencial y diríamos que suficiente: *ob.cit.*, en el Libro Homenaje a Roca, Juan, Murcia, 1989.

Como antecedentes del artículo 1362, cabe citar: Fuero Real, 3, 20, 14, (a.1255). Leyes del Estilo, 207 y 223. Ley 7, Tit. 9, Part.4.^a y Ley 25, Tit. 9, Part. 4.^a, (a.1256). Leyes 60 y 61 de Toro, (a.1505). Artículo 1329 del Proyecto de 1851 y espe-

En cuanto a gastos familiares y de los hijos hace referencia, el número 1.º del artículo 1362, al manifestar, que «Serán de cargo de la Sociedad de Gananciales, los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1.ª— El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia.

La alimentación y educación de los hijos de uno sólo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales, cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario los gastos derivados de éstos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación».

El «sostenimiento de la familia», que señala el precepto es de difícil concreción. Aunque puede servir de criterio orientador, el que se fija por el artículo 142 del Código civil, en materia de alimentos, al hablar del «sustento, habitación, vestido y asistencia médica». Pero siempre con una interpretación amplia, como se reconoce con carácter general (18).

Con un criterio de amplitud, también hay que interpretar el alcance de la expresión, «familia», que básicamente supone, el matrimonio y los hijos comunes (19), pero que también puede alcanzar a menores acogidos, hijos emancipados que convivan (20), e incluso otros parientes, suegros, etc., y servicio doméstico.

La «alimentación y educación de los hijos comunes», que recalca el precepto, y que diríamos es innecesaria, obedece a la preocupación del legislador por el cuidado de los hijos, incluida en el «sostenimiento de la familia», con el alcance visto, y que se corresponde, con el contenido de la patria potestad, del artículo 154, 1.º, de carácter flexible.

Siendo asimismo innecesaria y hasta sorprendente, la alusión a «las atenciones de previsión», a incluir también dentro del ámbito del sostenimiento de la familia; y que pueden concretarse en seguros médicos, escolar, doméstico, de viajes, orfanaz, etc., (21).

cialmente el artículo 1408 de la primitiva redacción del Código Civil.

En Derecho comparado: Código civil belga, artículos 1406 a 1414, concretamente el artículo 1408. CC. Francés, artículos 1409 a 1420, en particular artículo 1409. Código civil italiano, art. 186. CC. Portugués, artículos 1671 y ss.: art. 1676.

Sobre Derecho foral español: Cataluña, artículo 60, de su Compilación. Especialmente Aragón, art. 41. Navarra: Ley 85.

(18) RUEDA PÉREZ, *ob. cit.* p. 558. DE LOS MOZOS y LACRUZ aluden a la amplitud de los gastos teniendo en cuenta la expresión del precepto, «acomodadas a los usos y circunstancias de la familia»: DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, p. 244.

(19) Así RUEDA *ob. cit.*, p. 558. Vid. también TORRALBA SORIANO, *ob. cit.*, p. 1664.

(20) PEÑA Y BERNALDO E QUIRÓS, *ob. cit.*, p. 163.

(21) Así PEÑA, *ob. cit.*, p. 163.

Sin olvidar las dificultades que se presentan, para delimitar el alcance de las que se pueden llamar, «cargas familiares» del artículo 1362, siempre más amplio que el que puede aparecer en otros preceptos: artículo 1319, 1.º, en relación con las necesidades ordinarias de la familia; art. 152, 2.º en materia de alimentos y artículo 155, 2.º, respecto a las obligaciones del hijo de contribuir equitativamente según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia (22).

La «alimentación y educación», de los hijos no comunes de uno sólo de los cónyuges, a que se refiere el párrafo segundo de la causa 1.ª del artículo 1362, como cargo de los bienes gananciales, en cuanto «convivan en el hogar familiar», también se ha de considerar con un criterio de amplitud, semejante al de los hijos comunes. De aplicación a los hijos matrimoniales y no matrimoniales. Siendo asimismo flexible el requisito de la «convivencia», que puede darse aunque el hijo no viva físicamente en el hogar, por ejemplo, internado en un Colegio. Y no darse viviendo en el hogar, con castigos o malos tratos, etc. Siendo en definitiva, la voluntad de los cónyuges, la que decidirá la situación del hijo no común.

Como hemos indicado, si los hijos conviven, su situación se equipara a la de los hijos comunes del matrimonio, siendo de cargo de los gananciales, los gastos para su «alimentación y educación» (23).

Si los hijos no conviven, los gastos serán a cargo de los gananciales, pero con reintegro en el momento de la liquidación de la sociedad, con las dificultades prácticas que ello puede presentar. Para tenerse que entender también en un sentido amplio los gastos de «alimentación y educación», de los hijos que no convivan en el hogar familiar (24).

Y nunca sin olvidar como hace la norma, la figura del progenitor ajeno al matrimonio, en principio con las obligaciones que como tal le incumben, cerca de su hijo, tanto en el aspecto personal como patrimonial, todo ello lógicamente de acuerdo con la situación de dicho progenitor.

En íntima relación con los gastos familiares y de los hijos de la 1.ª del artículo 1362, está el contenido del artículo 1368 del Código civil al señalar, que «También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno sólo de los cónyuges, en caso de separación de hecho, para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales».

(22) DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, p. 248.

(23) RUEDA, *ob. cit.*, p. 560. DE LOS MOZOS, *ob. cit.* p. 251. GUILARTE, *ob. cit.*, p. 380.

(24) El diverso tratamiento a los hijos de uno sólo de los cónyuges por el mero hecho de la convivencia, no ha dejado de llamar la atención de la doctrina que llega a calificar la norma como injusta: DE LOS MOZOS, LACRUZ, RUEDA.

La norma complementa a la regla 1.^a del artículo 1362, regulando las relaciones internas de los cónyuges, y garantizando el crédito del tercero, con la responsabilidad de los bienes gananciales, aparte de la responsabilidad de los bienes propios del cónyuge actuante (25).

Es indiferente para el tercero el conocer o no la separación de hecho de los cónyuges. Afectando el precepto al cónyuge que conserva los hijos en su compañía, pero sin que ataña al cónyuge separado que no conviva con la prole.

Por otra parte, parece que no afectan al alcance del precepto, los pactos internos que puedan tener los cónyuges, para regular la separación de hecho, al menos por lo que se refiere a la protección del tercer acreedor, con independencia de las relaciones internas de los cónyuges.

Ya en relación con los gastos patrimoniales comunes, hay que tener en cuenta en primer lugar, los que se refieren a los bienes gananciales, de los que trata la regla 2.^a del artículo 1362, según la cual, serán de cargo de la sociedad de gananciales, los gastos que se originen, por «La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes».

Dentro de los gastos de adquisición de los bienes gananciales hay que destacar los que se produzcan por el precio, aparte de peritajes, escrituras, registros, impuestos, etc. Tanto si los bienes se adquieren por ambos cónyuges, regla general, (art.1375), como si la adquisición es por uno sólo de los cónyuges, (arts.1365, 1367, 1370, 1384, etc.), (26).

Sobre los gastos de tenencia del bien ganancial, cabe entender, los que se refieren a su administración, mantenimiento y reparación: los gastos de mantenimiento del bien, (impuestos), (RUEDA, MARTÍNEZ CALCERRADA).

Y por último en cuanto a gastos de disfrute, los de producción de los frutos.

(25) Según DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, p. 237, en el caso singular del artículo 1368, se da una combinación del criterio objetivo y subjetivo. Señala así mismo que la finalidad del precepto es la de proteger los intereses del régimen de la comunidad ante un mero hecho: *ob. cit.*, p. 306. Vid. también TORRALBA, *ob. cit.* p. 1709.

(26) RUEDA y DE LOS MOZOS, *obs. cit.*, pp.561 y 255. TORRALBA, *ob. cit.*, p.1667.

También GUILARTE al tratar sobre el número 2 del artículo 1362, se preocupa de poner de relieve la distinción frente al artículo 1365 y escribe, que «mientras que el artículo 1365, 1 hace provisionalmente responsable al consorcio únicamente frente a los actos de gestión y disposición de los bienes comunes, este elenco se amplía a propósito de la responsabilidad interna desde el momento en que se incluye asimismo como cargo del consorcio el que resulta de la adquisición de tales bienes comunes. Ello a través del término «adquisición», que el segundo de los preceptos citado omite. Omisión lo suficientemente aclarada pero decisiva para evitar la absoluta desvirtuación del sistema si cualquier adquisición de bienes comunes permitiera la agresión al patrimonio consorcial», *ob. cit.*, p. 382.

Mayores dificultades ofrece el concretar la carga que supone para los gananciales, «La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges»: regla 3.^a del artículo 1362.

Para MARTÍNEZ CALCERRADA, la administración ordinaria será la que se acompaña a una normalidad de gestión o explotación de los bienes, (27).

Según DE LOS MOZOS, la «administración», hay que entenderla en un sentido amplio, parecido a la regulación anterior, artículo 1408, 2.^o, 3.^o y 4.^o (28), con posibilidad de aplicación de las reglas del usufructo, artículos 500, 501, 504, 505. Todo ello teniendo en cuenta que la comunidad se beneficia de los frutos y rentas de los bienes, (art.1347, 2.^o) (29).

De acuerdo con estos criterios, cabría incluir dentro de la administración ordinaria de los bienes privativos, las reparaciones ordinarias, (art.500 del CC.) (30), o las reparaciones menores de mera conservación a que hacía referencia el número 3.^o del artículo 1408 de la anterior redacción del CC.

También las *cargas* y contribuciones anuales y las que se consideren *gravámenes de los frutos*, art.504 (31).

Sin embargo habría que excluir las reparaciones extraordinarias de los bienes, (art.501) (32), o las reparaciones mayores que señalaba el número 3.^o del artículo 1408 del CC., anterior redacción.

Excluyéndose también las cargas o contribuciones que se impongan directamente sobre el capital, art.505, 1 (33), como puede ser el

(27) *El nuevo Derecho de familia*, T. II, Régimen sobre filiación y Sociedad de gananciales, Madrid 1981, p. 227.

(28) Art.1408: «Serán de cargo de la sociedad de gananciales: 2.^o, Los atrasos y réditos devengados durante el matrimonio de las obligaciones a que estuviesen afectos, así los bienes propios como los gananciales. 3.^o, Las reparaciones menores o de mera conservación hechas durante el matrimonio en los bienes peculiares del marido o de la mujer. Las reparaciones mayores no serán de cargo de la sociedad. 4.^o, Las reparaciones mayores o menores de los bienes gananciales».

(29) *Ob. cit.*, p. 258 y LACRUZ. Vid. también GUILARTE, *ob. cit.*, p. 389.

(30) Art. 500: «El usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo».

Se considerarán ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación. Si no las hiciere después de requerido por el propietario, podrá éste hacerlas por sí mismo a costa del usufructuario».

(31) Art. 504: «El pago de las cargas y contribuciones anuales y el de las que se consideren gravámenes de los frutos, será de cuenta del usufructuario todo el tiempo que el usufructo dure».

(32) Art.501: «Las reparaciones extraordinarias serán de cuenta del propietario. El usufructuario está obligado a darle aviso cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas».

(33) Art. 505, 1: «Las contribuciones que durante el usufructo se impongan directamente sobre el capital, serán de cargo del propietario».

arbitrio de plusvalía (34).

Por todo ello ante las dificultades que pueden aparecer para determinar el alcance de los gastos que afectan a la administración ordinaria de los bienes privativos, con cargo de los gananciales, habría que distinguir como reglas básicas: los gastos que afectan a las reparaciones ordinarias, menores o de mera conservación del bien, que ciertamente recaerán sobre los bienes gananciales; y por otra los gastos necesarios, para la producción de los frutos, rentas o intereses, que en cuanto que son bienes gananciales, (art.1347, 2.º), serán de cargo de los mismos, como ya señala la regla 2.ª del artículo 1362, al referirse concretamente a la «adquisición», de los bienes comunes.

Por último son también gastos comunes, a cargo de la masa ganancial, los que se originen, por «La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge»: art.1462, 4.ª.

También aquí hay que destacar el carácter ganancial de los bienes que se obtengan por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges, (art.1347, 1.º), con la declaración lógica que hace la regla 2.ª del artículo 1362, respecto a la adquisición de dichos bienes con cargo a los gananciales.

(34) Dentro del casuismo y concreción con que se trata la materia, incluía GIMÉNEZ DUART, como gastos que afectan a la administración ordinaria de los bienes privativos de los cónyuges la mano de obra de cultivo, insecticidas, abonos, etc. Considerando como gasto extraordinario a excluir, el que se produzca por la transformación de una finca de secano en regadío: *ob. cit.*, p. 543.

RAGEL SÁNCHEZ, alude a los actos de mantenimiento y conservación, entre los que cita: blanqueado de paredes, reparaciones menores, aseguramiento de los bienes, ejercicio de acciones posesorias; y por otra parte actos necesarios para la adquisición de los frutos y la nivelación del volumen de productividad, entre los que considera, percepción de rentas, ventas de cosechas y objetos perecederos, compra de semillas, pago de jornales, sueldos y cargas sociales, pago de impuestos sobre la actividad ejercida, pago de alquileres, gastos de transporte, etc.: RAGEL SÁNCHEZ, Luis F., *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge*, Madrid, 1987, p. 92.

Por su parte PEÑA y BERNALDO DE QUIRÓS, distingue gastos de ordinaria administración de cada uno de los bienes, que incluyen reparaciones ordinarias, cargas periódicas, (pensiones por censos, rentas de arrendamientos, primas del seguro, contribuciones anuales de cada bien); y gastos del conjunto del patrimonio privativo: retribución a administradores y asalariados, intereses por deudas propias, contribuciones anuales sobre la renta. No las plusvalías. *Ob.cit.*, p. 246.

DE LOS MOZOS que se detiene en el problema que puede presentar el pago de los intereses de las deudas puramente personales de los cónyuges, parece se inclina por una contestación negativa, en cuanto a considerar que aquéllos sean de cargo de los gananciales, aunque sin olvidar la facultad del cónyuge para tomar como anticipo el numerario ganancial necesario, sin perjuicio del reembolso, para la administración ordinaria de sus bienes, o el ejercicio de su profesión: artículo 1382: *Ob.cit.*, p. 260.

Sobre el pago de intereses por deudas propias de un cónyuge, hay que recordar que el Código civil belga le incluye dentro de los gastos comunes: art.1408, 5.º. También Aragón, en su Compilación, art.41,2.Como también la anterior redacción de nuestro Código civil, art.1408, 2.º.

Si bien hay que tener en cuenta la contradicción que supone, el contenido de la regla 4.^a del artículo 1362, con el número 8.^o del artículo 1346 del Código civil, al señalar que «Son privativos de cada cónyuge, los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencia de un establecimiento o explotación de carácter común», (35).

Frente a la contradicción de estas normas de «difícil coordinación», también cabría distinguir, como hiciéramos al tratar de la regla 3.^a del artículo 1362, los gastos ordinarios en la explotación del negocio o en el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge, como carga ganancial, (36), teniéndose que subrayar el criterio de la necesidad del gasto, para la obtención de la ganancia (art. 1347, 1.^o), (37).

Como complemento de los gastos comunes familiares y de los hijos y patrimoniales, que se recogen en las reglas vistas del artículo 1362, hay que considerar también las obligaciones extracontractuales del artículo 1366 y asimismo la normativa cerca de los juegos de los cónyuges.

(35) Ante la contradicción del número 8.^o del artículo 1346, con la regla 4.^a del artículo 1362, señalaba GIMÉNEZ DUART, que ésta únicamente afectaba a los negocios de carácter ganancial: *ob.cit.* p. 543. Y RUEDA la aplicación de la regla 4.^a del artículo 1362, tanto a negocio privativo como ganancial: *ob.cit.*, p. 564. Para afirmar DE LOS MOZOS, la evidencia de su ámbito referido exclusivamente a los negocios privativos, con cita de los artículos 1362, 2.^o, 1346, 8.^o y 1374, 5.^o: «Cuando se trata de negocio común no hace falta decirlo, todo es de cargo de la sociedad de gananciales, no sólo los gastos de explotación, sino también los gastos de establecimiento»: *ob. cit.*, p. 261. En el mismo sentido GUILARTE, pues en otro caso el precepto carecería de utilidad: *ob.cit.*, p. 392.

(36) DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, p.263, con remisión a LACRUZ, excluye del cargo de los gananciales, para ser gasto privativo, los gastos de establecimiento, y los que no sean de explotación regular. Cita como gastos ordinarios, el pago de alquileres, luz, teléfono, pago del personal necesario, material fungible utilizado. LACRUZ concretamente aludía a la máquina de escribir como cargo ganancial, para ser gasto privado, la adquisición de un automóvil.

Por su parte TORRALBA, señalaba que pueden ser gastos excesivos, los de mantenimiento de un lujoso despacho en el caso de un profesional que ha iniciado recientemente su ejercicio y con ingresos reducidos. Sin que sean de cargo de la sociedad las nuevas inversiones, ampliaciones de negocio, etc. Y que esta cuestión habrá que examinarla caso por caso para determinar si tales inversiones entran o no dentro del concepto de explotación regular de los negocios». Obra citada, p. 1669.

RAGEL considera gastos de la explotación regular de los negocios: útiles imprescindibles para ejercer la actividad, cuotas colegiales, cuotas obligatorias a mutualidades, licencia fiscal, alquileres de local, suministros de agua, luz y teléfono, automóvil para agente comercial o representante, personal colaborador: enfermera, mecanógrafa, delineantes: *ob. cit.*, p. 89.

(37) Así llama la atención en los ejemplos de la nota anterior, el que LACRUZ ponga la adquisición de un automóvil como gasto privativo y sin embargo RAGEL también el supuesto del automóvil, como gasto ganancial, en cuanto se adquiera para el trabajo de un agente comercial o representante.

Según el artículo 1366 del Código Civil, «Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor».

La norma actúa en principio, tanto en el ámbito de la relación externa como interna, desde la doble perspectiva interna-externa, (38), y comprende, tanto las obligaciones contraídas por culpa o negligencia (art.1902), como las derivadas de responsabilidad objetiva, (art.1903). Pero sin que comprenda la responsabilidad penal: delitos comunes o económicos o fiscales, (39).

Y sin que tampoco entre en el ámbito general del precepto, la actuación con dolo o culpa grave del cónyuge: excepción que afectará tanto a la relación externa, (el tercero no puede obligar a los gananciales), como a la relación interna, (a cargo del cónyuge que actuó con dolo o culpa grave) (40).

Por último hay que aludir a las deudas de juego moderado, como carga definitiva de los gananciales, —en paralelismo con el carácter ganancial de lo que se adquiere por el juego: art.1351—, a incluir en el ámbito de los gastos familiares y patrimoniales.

Así se desprende del contenido del artículo 1371 del Código Civil, (41), sin perjuicio de la faceta externa o provisional que aparece en el artículo 1372, respecto de lo perdido y no pagado, en relación con juego lícito, (art.1800), y cargo de los bienes privativos (42).

(38) GUILARTE, *ob.cit.*, p. 401. *Vid.* DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, p. 292.

(39) DE LOS MOZOS, GUILARTE. Son supuestos propios del precepto, los daños que se produzcan en accidente de tráfico por llevar los hijos al Colegio o de paseo; o en el ámbito de la profesión, arte u oficio; o si hay que responder de daños causados por los hijos, dependientes o empleados; o con ocasión de la administración de los bienes propios o comunes. Para tener un alcance flexible la expresión «en beneficio de la sociedad conyugal»: así cabe incluir el accidente de caza, accidente del cónyuge al llevar la suegra al médico. DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, p. 296 y G. DUART, *ob.cit.*, p. 550.

Sobre el ámbito del precepto, también TORRALBA SORIANO, *ob.cit.*, p.1693.

(40) Así GUILARTE, *ob. cit.*, p. 403, teniendo en cuenta una interpretación literal de la norma. También RAGEL SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 96. Sin embargo GIMÉNEZ DUART y DE LOS MOZOS, consideran que la excepción no afecta a la relación externa, (el tercero puede obligar a los gananciales): *obs. cit.*, pp. 550 y 298.

(41) Art.1371: «Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego no disminuirá su parte respectiva de los gananciales siempre que el importe de aquélla pérdida pudiere considerarse moderada con arreglo al uso y circunstancias de la familia».

(42) Art.1372: «De lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en los juegos en los que la Ley concede acción para reclamar lo que se gane responden exclusivamente los bienes privativos del deudor».

En la anterior redacción del Código civil, en relación con el juego en el matrimonio, señalaba el artículo 1411: «Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego, no disminuirá su parte respectiva en los gananciales».

En cuanto a deudas privadas de los cónyuges, a las que se refiere el artículo 1373 del CC., pero sin que el mismo las determine a diferencia de las comunes, a concretar por exclusión respecto de éstas, y en base al interés propio y exclusivo que para el cónyuge deben suponer, son de admitir las siguientes de amplia aceptación (43):

- a) Las deudas contraídas antes del matrimonio.
- b) Las deudas hereditarias (Sobre las mismas PEÑA se remite al contenido del artículo 595 del Código civil).
- c) Las deudas que provengan de la adquisición de bienes privativos.
- d) Las obligaciones delictuales y demás extracontractuales (Con dolo o culpa grave), no comprendidas en el artículo 1366.
- e) Las deudas de juego no moderado.
- f) Las que excedan del ejercicio de la potestad doméstica: art. 1362, 1.º y 1319.
- g) También las que excedan de la administración ordinaria de los bienes privativos o de la explotación regular de los negocios: art. 1362, 3.º y 4.º.

Y en definitiva como se ha indicado todas las deudas relacionadas con el interés propio y exclusivo del cónyuge deudor.

Lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en juego lícito será de cargo de la sociedad de gananciales».

(43) Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, fasc. 2.º, 3.ª ed., Barcelona 1989, p. 472. DE LOS MOZOS, *ob. cit.*, p. 328. TORRALBA *ob. cit.* p. 1739. DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., *El embargo de bienes gananciales*, Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, núm.16, Madrid 1986, p. 75. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, *ob. cit.*, p. 257.

Notas sobre la nueva Ley del contrato de Agencia

DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA

Abogado. Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo

SUMARIO: I. Introducción y aspectos generales de la Ley del Contrato de Agencia.—II. El Contrato de Agencia: Concepto y Caracteres.—III. Contenido del Contrato.—1. Obligaciones del Agente. 2. Obligaciones del Empresario. 3. La Remuneración del Agente. A) Los Sistemas de Remuneración. B) La Retribución por Comisiones. C) La Efectividad de la Remuneración: Devengo, Información, Pago, Pérdida y Reembolso de Gastos. D) Convenio sobre la Prima.—IV. La Extinción del Contrato de Agencia. 1. Extinción por Causa de Muerte. 2. La Extinción por el Transcurso del Tiempo. A) Los Contratos por Tiempo Determinado. B) Los Contratos por Tiempo Indefinido. 3. La Indemnización por Clientela. 4. La Indemnización por Daños y Perjuicios. 5. Inexistencia y Pérdida de los Derechos a Indemnización por Clientela y por Daños y Perjuicios.

I. INTRODUCCION Y ASPECTOS GENERALES DE LA LEY DEL CONTRATO DE AGENCIA

Dentro del amplio proceso de Reforma de nuestro Derecho Mercantil que se está desarrollando durante estos últimos años, se ha publicado recientemente la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Régimen Jurídico del Contrato de Agencia (Aranzadi 1992/1.216, BOE de 29 de mayo de 1992), en adelante, para abreviar, Ley del Contrato de Agencia.

Esta Ley viene a regular por vez primera en nuestro Ordenamiento Jurídico, de una forma general, el contrato mercantil de Agencia, un contrato dotado, como señala generalmente la doctrina mercantilista, de una tipicidad social, pero carente hasta la publicación de dicha norma de una tipicidad jurídica en nuestro Derecho (1). Se trata de una

(1) Antonio PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, en el Prólogo a la obra de Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», «Cuadernos de los Studia Albornotiana».

Léy anhelada desde hacía bastante tiempo por dicha doctrina (2), pues hasta este momento la solución de los conflictos planteados en la vida diaria entre los intervinientes en tal contrato tenía que darse sobre la base de la doctrina jurisprudencial que se había venido decantando y que, a su vez, se había apoyado en tres pilares: el Derecho Comparado; la aplicación de los preceptos legales reguladores de contratos afines (fundamentalmente del contrato de comisión); y los estudios llevados a cabo por la doctrina.

Conviene así y todo destacar que aun cuando no contásemos hasta la aprobación de la meritada Ley con una norma reguladora del contrato de agencia en general, es lo cierto que sí se podía hablar de regulaciones sectoriales del mismo:

a) Así, se **contaba con el Real Decreto 3.595/1977, de 30 de diciembre** (Aranzadi 1978/313, BOE de 13 de febrero de 1978), por el que se aprobó el Estatuto General de los Colegios Oficiales de Agentes Comerciales, en el que en lugar de definir el contrato de agencia se definía al agente comercial. Se trataba de una norma de índole eminentemente administrativa y que regulaba indirectamente aspectos de una modalidad del contrato de agencia, la agencia comercial, si bien es cierto que se trata de la de más amplia difusión.

Relacionado con el meritado Real Decreto, se aprobó más tarde el **Real Decreto 1.438/85, de 1 de agosto** (Aranzadi 1985/2.035, BOE de 15 de agosto), que regula la relación laboral especial de los representantes de comercio. Esta norma se utilizó también a los efectos de diferenciar entre el contrato mercantil de agencia y el laboral contrato que une a los representantes y viajantes de comercio con sus empresarios, con lo que, a la vez, se lograba ir perfilando más el atípico contrato mercantil de agencia.

b) Existían también normas atinentes a otras modalidades especiales de la Agencia, tales como las relativas a los agentes de seguros —**Real Decreto Legislativo 1.347/1985, de 1 de agosto**, por el que se aprobó el Texto Refundido de las Ley Reguladora de la Producción de Seguros Privados (Aranzadi 1985/1.935 y 2.411; BBOOEE de 3 y 9 de

na», Zaragoza, 1986, p. 7, incluía al contrato de agencia en la «categoría de las relaciones jurídicas desahoradas por cuanto no lograron encontrar cartas de vecindad en el momento de redactarse dos cuerpos legales básicos de nuestro Derecho privado: el Código de Comercio, de 1885, y el Civil, de 1888».

(2) Así LUÍS FELIPE RAGEL SÁNCHEZ, reiteradamente, primero en «La Denuncia Unilateral sin Justa Causa en el Contrato de Agencia por Tiempo Indeterminado», «Anuario de Derecho Civil», 1985, p. 86, hace mención a la deseada ley reguladora del contrato de agencia; más tarde, en el «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990», «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 23, Sentencia n.º 596, p. 464, vuelve a referirse, antes de la aprobación de la Ley objeto de este trabajo, al «largo peregrinaje que están soportando los agentes de comercio hacia la anhelada tierra prometida de la seguridad jurídica».

octubre) modificado por el **Real Decreto Legislativo 1.300/1986, de 28 de junio** (Aranzadi 1986/2.111; BOE de 30 de junio)— y a los agentes publicitarios (3).

c) En último término se había aprobado ya en el seno de las Comunidades Europeas la **Directiva 86/653, de 18 de diciembre** (D.O.C.E. de 31 de diciembre de 1986, n.º L 382/17), relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (4). Esta Directiva obligaba, en su artículo 22, a que España, en cuanto que Estado miembro de las Comunidades desde el día 1 de enero de 1986, aprobase, con anterioridad al día 1 de enero de 1990, las normas internas de transposición necesarias para lograr los objetivos fijados en la misma.

Es claro que nuestra Ley de transposición (veremos cómo esta Ley ha ido más allá de alcanzar los objetivos comunitarios), que es objeto de este artículo, fue aprobada con posterioridad a dicha fecha, por lo que Ragel Sánchez (5) defiende que a partir del 1 de enero de 1990, an-

(3) Sobre normas específicas reguladoras de otros tipos de agencia, tales como las de publicidad, de viajes, de transportes, Vid. Manuel BROSETA PONT, «Manual de Derecho Mercantil», «Editorial Tecnos», 8.ª Edición, Madrid, 1990, p. 452.

(4) Para un estudio sobre las Propuestas de Directivas y reformados de las mismas que condujeron a esta Directiva 86/653, puede consultarse María Victoria SADA, «Los Agentes», «Revista de Derecho Mercantil» n.º 161-162, julio-diciembre 1981, pp. 611-623 y Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, pp. 57-78.

(5) Vid. Luís Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1990», ... ya citado, p. 471. Defiende este autor, aun sin manifestarlo expresamente, la aplicación de la doctrina del «efecto directo» de las Directivas Comunitarias en aquellos puntos en que las mismas sean imperativas e incondicionales, tan en boga en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y aplicado ya también en nuestra Jurisprudencia interna. A través de dicha doctrina se dota a las Directivas Comunitarias de una eficacia cuasi-reglamentaria, una vez transcurridos los periodos de adaptación de los diferentes Derechos internos de los Estados miembros.

Sobre la eficacia directa de las Directivas Comunitarias, puede consultarse, entre otros, por cuanto que combina una visión teórica y práctica de la misma —al ser Comentario a una Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— el siguiente artículo doctrinal: David ORDÓÑEZ SOLÍS, «El Efecto (Directo e Indirecto) de las Directivas y la Nulidad de las Sociedades Mercantiles», (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de noviembre de 1990), «La Ley, Comunidades Europeas», Año XII, n.º 63, 11 de marzo de 1991, pp. 1-7.

Ya anteriormente, Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes sobre la Delimitación y la Disciplina Jurídica de su Actividad Mercantil», «Revista Jurídica Española La Ley», 1989-4, pp. 1144-1157, había manifestado que el exceso de trabajo de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación haría imposible el cumplimiento de los plazos de adaptación de nuestro Derecho Interno al ordenamiento comunitario que se preveía en la ya señalada Directiva.

te la falta de legislación interna, fue ya aplicable dicha Directiva a los contratos de agencia celebrados en España tras dicha fecha, así como sería aplicable a partir del 1 de enero de 1994 a los contratos de agencia celebrados con anterioridad, para el caso de que aun no se hubiese aprobado nuestra norma interna.

De acuerdo con lo expuesto es claro que la Ley del Contrato de Agencia se inserta dentro de la adaptación de nuestro Derecho Mercantil a la normativa comunitaria, uno de cuyos hitos más importantes ha sido la aprobación de la Ley 19/1989, de 25 de julio de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en Materia de Sociedades, y los subsiguientes Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y Reglamento del Registro Mercantil, esperándose la pronta aparición del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Pero a diferencia de lo que ocurre con esos textos legales, aquí no sólo nos vamos a encontrar con una adaptación de una normativa ya existente en nuestro ordenamiento a la normativa comunitaria, sino que como dice la propia Exposición de Motivos de la Ley del Contrato de Agencia (Apartado 1, último párrafo) nos encontramos ante una regulación «ex novo» del contrato de agencia, que va más allá de las directrices impuestas por el Derecho Comunitario.

Es de destacar también la incidencia que la normativa comunitaria va a tener en aquellas modalidades de agencia que impliquen la promoción y, en su caso, conclusión por el agente de las denominadas ventas celebradas fuera del establecimiento del vendedor. Pensemos que en los casos de agencia de ventas, es frecuente que el tercero que el vendedor capta para contratar puede ser el destinatario final de los bienes vendidos, esto es, el consumidor de los mismos, que, además, va a celebrar el contrato sin ni siquiera haber acudido al establecimiento mercantil del vendedor, así como sin haber visto personalmente los bienes comprados (compra sobre catálogo, sobre muestra); de otro lado, ha sido el propio agente el que se ha dirigido, en bastantes ocasiones, al consumidor para que éste celebre el contrato de compraventa objeto, a su vez, del contrato mercantil de agencia. Para estos supuestos se hace necesaria la aprobación de una Ley estatal; algunas Comunidades Autónomas han dictado ya normas sobre la cuestión, tendentes a dotar de una protección adicional e inderogable a ese consumidor: cabe citar, en este punto, de un lado, el reconocimiento del derecho especial e irrenunciable del consumidor a revocar su consentimiento en un determinado plazo a partir de la manifestación del mismo sin que ello dé lugar a ningún tipo de responsabilidad por su parte; de otro lado, también se postula la responsabilidad solidaria de agente y empresa-

rio principal por el incumplimiento de las normas reguladoras de este tipo especial de ventas (6).

Analizando, en esta Introducción, cuáles son las notas más destacadas que presenta la Ley del Contrato de Agencia, podemos sintetizar las siguientes:

a) Desde el punto de vista de su rango normativo, se trata, como es obvio, de una **Ley formal**, aprobada por nuestras Cortes Generales, con lo que se cumple el criterio expuesto por Valenzuela Garach (7), para quien el referido rango normativo venía exigido porque era el mismo tipo de norma el que venía regulando contratos de una entidad semejante a la agencia, como es el caso de la comisión mercantil, ya reglamentada en nuestro Código de Comercio.

b) Se trata de una **Ley especial**, lo que implica que el contrato de agencia, aun a pesar de calificarse de mercantil en la propia Exposición de Motivos de la Ley del Contrato de Agencia y de rama desgajada del tronco común de la comisión mercantil, regulada ésta sí en el Código de Comercio, se ha extraído de la regulación en dicho texto legal, prefiriéndose su tratamiento en una Ley especial como es la que ahora estudiamos.

El Apartado 1 de la Exposición de Motivos de la Ley del Contrato de Agencia considera que, tanto razones de dificultad de ubicación sistemática de la Agencia en el Código de Comercio (sería preciso modificar la numeración de bastantes de sus preceptos para dar cabida a una regulación tan detallada como la que proporciona la Ley), como la política legislativa que se viene desarrollando en los últimos años (consistente en la aprobación de Leyes especiales), conducen a la elaboración de la Ley del Contrato de Agencia (8). Nos encontramos, pues, ante un paso más en el abandono de los afanes codificadores que durante el siglo pasado influyeron en el Derecho Europeo, superados por la tendencia actual hacia una legislación especializada de cada contrato e institución jurídica.

c) Se trata de una **Ley de carácter imperativo**, tal y como dispone su artículo 3. Su imperatividad se debe a la búsqueda de una protec-

(6) Vid. sobre los contratos realizados fuera del establecimiento (principalmente ventas), el interesante artículo de Mercedes VERGEZ SÁNCHEZ, «Régimen Jurídico de los Contratos Realizados Fuera de Establecimiento» (*Una Aproximación al Derecho Europeo*), «Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea», «Estudios en Homenaje a José GIRON TENA», Civitas, Madrid, 1991, pp. 1185-1202.

(7) Vid. Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1150.

(8) Vid. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «El Derecho Mercantil en el Siglo XXI», «Revista Jurídica Española LA LEY» 1990-4, pp. 1197-1202, en especial, pp. 1198-1199, quien se refiere a que la única salida, coyuntural o no, para la renovación normativa del Derecho Mercantil es por la vía de las Leyes Especiales (habla de «caer en la tentación de las Leyes Especiales»), al considerar que «una codificación total y renovada del Derecho Mercantil no es hacendera en este momento».

ción de la parte contratante más débil, esto es, del agente comercial. Con esta tendencia proteccionista (9) se atenuará, en parte, la utilización de este tipo de contratos como refugio de los empresarios (10) para evadirse de la mayor protección que el Derecho del Trabajo proporcionaba a los representantes de comercio, y decimos que en parte pues todavía sigue siendo mayor la protección dispensada por el Derecho del Trabajo a dichos representantes de comercio que por el Derecho Mercantil a los agentes.

Dicha imperatividad no es absoluta, sino que viene matizada y condicionada en un doble aspecto: de un lado, existen preceptos en la Ley que son dispositivos, en el sentido de que facultan directamente a los contratantes para que pacten lo contrario de lo dispuesto en los mismos, y de otro lado los hay que permiten una libertad de pacto dentro de los límites máximos fijados por la propia Ley (estos últimos pactos se caracterizan porque, en su mayor parte, benefician al agente, pues los hay que, por ejemplo, se refieren a reducciones de plazos para recibir informaciones para efectuar pagos de comisiones).

Se suprime, por tanto, el criterio de adecuar el grado de imperatividad a la importancia y fortaleza económica del agente, que se había previsto en la Propuesta de Directiva Comunitaria de 17 de diciembre de 1976, en la que se preveía que, superado un determinado importe de capital desembolsado por el agente persona jurídica, se podían derogar determinadas disposiciones de la propia Directiva, que para el caso de contratar con agentes de menor potencial económico seguían siendo imperativas.

Ello ha planteado problemas, a juicio de la doctrina, por cuanto que la regulación normativa actual implica abarcar a muy diversas modalidades de agentes, que van desde el cuasi-trabajador hasta el típicamente empresario (puede llegar a tener el agente un volumen de operaciones, un número de trabajadores, unas instalaciones, muy superiores a los de su empresario principal), con lo que se debe tratar de homogeneizar las normas de protección cuya intensidad debería variar en

(9) Para Sergio SÁNCHEZ SOLE, «Comentario a la Ley sobre el Contrato de Agencia» «Praxis Mercantil», Apéndice 13, Boletín de Información de 15 de junio de 1992, p. 83, esta norma presenta caracteres más propios del Derecho Laboral que del Derecho Mercantil. A nuestro juicio, se inserta en la tendencia creciente a la disminución del juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho Mercantil, originado por el creciente interés que la sociedad, en su conjunto, tiene en el establecimiento de unas adecuadas normas jurídicas que garanticen y aseguren el adecuado funcionamiento del mercado; ahora bien, ello no debe hacernos olvidar que el principio general sigue siendo el de autonomía de la voluntad, por lo que será necesaria una visión flexible, que permita acuerdos «extra legem» entre los contratantes, siempre que no colisionen frontalmente con la propia Ley, en este caso especialmente del contrato de agencia, con la moral o con el orden público.

(10) Vid. Luís Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado. pp. 61-87, en especial pp. 63-64.

función del mayor o menor desequilibrio existente entre los contratantes de la agencia.

En realidad, el análisis de los sucesivos Proyectos previos a la Directiva Comunitaria 86/653 muestra una evolución hacia la atenuación del carácter tuitivo de la normativa, con la correspondiente cesión de imperatividad y otorgamiento de mayor libertad a las partes contratantes, conveniente para un adecuado desarrollo de los negocios.

Buena muestra de la finalidad tuitiva para el agente, que manifiesta la imperatividad de la Ley del Contrato de Agencia, se puede apreciar en el fuero especial de competencia territorial, previsto en su Disposición Adicional, norma de carácter eminentemente procesal y que debe añadirse a los fueros especiales de competencia previstos en el artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se trata de una norma imperativa, no derogable por la voluntad de los contratantes, que excluye los fueros de competencia pactados (11), atribuyendo el conocimiento de cuantos litigios nazcan del contrato de agencia al Juez del domicilio del agente (12).

d) Es una **Ley común**: la propia Ley se erige, como señala el Apartado 3 de su Exposición de Motivos, en «derecho común aplicable a toda clase de agencias mercantiles» (sería mejor, a nuestro juicio, haber dicho a toda clase de contratos mercantiles de agencia), quedando excluidos expresamente de su aplicación los agentes que actúen en mercados secundarios oficiales o reglamentados de valores (artículo 3.2). El hecho de que en nuestro ordenamiento sigamos sin normas que regulen expresamente otros contratos de colaboración empresarial, tales como la distribución, la concesión, la mediación o el corretaje, la franquicia, puede determinar que algunas de las soluciones que han adquirido soporte legal con la aprobación de esta Ley del Contrato de Agencia, se extiendan por la doctrina y Jurisprudencia a esas otras modalidades contractuales huérfanas de regulación legal, en tanto en cuanto no desvirtúen su peculiar naturaleza jurídica, adquiriendo, en ese caso, la Ley, que ve-

(11) Podemos insertar esta norma en la Reforma de nuestro Derecho Procesal tendente a proteger a las partes contratantes más débiles, a través del establecimiento de fueros de competencia vinculantes. Así es de reseñar la nueva redacción dada al artículo 1.439 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por virtud de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal.

(12) Se evitan así los pactos que atribuían la competencia para el conocimiento de estos litigios a los Juzgados del domicilio de la empresa representada por el agente, generalmente separado del domicilio del agente, con las dificultades que para el agente supone todo litigio fuera de su domicilio, tal y como expuso Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 64. Al ser norma procesal, es una norma de orden público, que no puede ser derogada por la voluntad de los contratantes.

nimos tratando, el carácter de norma de derecho común de los contratos de colaboración empresarial (13).

De esta forma podemos decir que es una Ley Común en un doble aspecto: respecto de las diversas modalidades del contrato de agencia y respecto de las diversas modalidades de contratos de colaboración empresarial jurídicamente atípicos.

e) Se trata de una **Ley de carácter objetivo y no subjetivo**, según se desprende ya de su propio título, pues en la misma se toma como base no al sujeto, agente comercial, sino al instrumento jurídico a través del cual se articula su actuación profesional, esto es, la celebración del contrato de agencia mercantil. Así se destaca expresamente en el Apartado 1, punto 2, de la Exposición de Motivos, lo que supone apartarse de la concepción del modelo alemán que se plasmó en la Directiva 86/653, que comienza refiriéndose en su artículo 1 al agente comercial. Pues bien, nuestra Ley, en su artículo 1, lo que hace, por contra, es definir el contrato de agencia (14).

f) En cuanto a **la entrada en vigor de la Ley**, la misma sólo hace referencia indirecta y especial a esta cuestión en su única **Disposición Transitoria**. Por lo tanto, debemos acudir a la norma general del Código Civil (artículo 2.1.), de manera que su entrada en vigor se habrá producido a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado de 29 de mayo de 1992.

Este principio general de entrada en vigor tendrá dos excepciones:

1. De una parte, aquellos puntos de la Directiva Comunitaria 86/653 que sean de carácter imperativo e incondicional, habrán de aplicarse a los contratos de agencia celebrados en España, tras el día 1 de enero de 1990, de acuerdo con la doctrina del efecto directo de las Directivas Comunitarias, ya citada.
2. Respecto de los contratos de agencia celebrados en España antes del día 1 de enero de 1990, así como de los celebrados entre esa fecha y la de entrada en vigor de la Ley del Contrato de Agencia, no afectados por la Directiva Comunitaria, sóloamen-

(13) Así ya BALDÍ, a quien cita Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, pp. 64-65, comentando la Propuesta de Directiva, hacía referencia a la posible aplicación expansiva de las normas sobre indemnización del contrato de agencia a los contratos de concesión de venta en exclusiva.

(14) Por su parte Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1150, defendía la transposición de la Directiva Comunitaria con su misma concepción subjetiva, al considerar que «... la mejor definición del contrato de agencia, fiel delimitadora de sus contornos, es la que comienza precisando qué se entiende por agente comercial».

Respecto de la bipartición de los sistemas jurídicos comparados que venían tradicionalmente regulando el contrato de agencia, en subjetivos y objetivos, Vid. Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», «Revista de Derecho Mercantil» n.º 83, enero-marzo 1962, pp. 7-25, especialmente pp. 9-14, en las que analiza los sistemas subjetivos (Alemania y Francia) y los objetivos (Suiza e Italia).

te será de aplicación la meritada Ley a partir del 1 de enero de 1994, tal y como previene la señalada Transitoria.

El problema fundamental, máxime teniendo en cuenta la tradición de celebración verbal de estos contratos en la práctica mercantil española, vendrá dado por la acreditación de la fehaciencia de la fecha de celebración del contrato, por lo que para su prueba habrá de acudir, bien a documentos que patenticen las relaciones mercantiles habidas entre el Agente y su principal (en este punto estimamos que será de interés el análisis de las contabilidades de unos y otros), bien a la declaración testifical de quienes hubiesen contratado con el empresario principal merced a la labor de promoción del agente.

La sistemática que vamos a seguir a lo largo de este breve estudio será la de analizar la nueva situación, sin duda alguna dotada de una mayor seguridad jurídica, del contrato de agencia en nuestro Derecho a la luz de su normativa reguladora, valiéndonos también de las importantes aportaciones doctrinales ya existentes en España, a los fines de tratar de aclarar aquellos puntos que en la regulación legal puedan presentar oscuridad acerca de su verdadero alcance y significado.

II. EL CONTRATO DE AGENCIA: CONCEPTO Y CARACTERES

Han sido muchas las definiciones que en nuestra mejor doctrina mercantil se han dado del contrato de agencia, ante la ausencia de una norma jurídica que viniese a definirlo (15), tomando todas ellas como

(15) A título de ejemplo, pueden citarse las siguientes: para Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado. p. 1150, es «una relación contractual de intermediación por la que una persona, el agente comercial precisamente, se encarga de manera permanente y profesional bien sea de promover o negociar con un tercero las operaciones mercantiles —en concreto, la compraventa de las mercancías— del empresario por cuenta de quien actúa, bien sea de negociar y concluir esas operaciones no sólo ya por cuenta del empresario sino también en su nombre», conviene observar respecto de esta definición de VALENZUELA que la misma se centra en una modalidad de agencia, la que tiene por objeto la celebración de contratos de compraventa, que viene a calificar de comercial, que no mercantil, pues también serán mercantiles las agencias cuyo objeto sea distinto (caso de promoción de arrendamientos de servicios); para Manuel BROSETA PONT, «Manual ...», ... ya citado, p. 451, refiriéndose al contrato de agencia en general como hacen el resto de autores que a continuación enumeramos, es «el contrato por el cual un empresario mercantil asume, de modo permanente y mediante retribución, la tarea de promover o de concertar contratos en nombre y por cuenta de otro, en una zona determinada»; para Fernando SÁNCHEZ CALERO, «Instituciones de Derecho Mercantil», «Editoriales de Derecho Reunidas», Décimoquinta Edición, Madrid, 1991, p. 462, es «aquel por el cual un empresario de manera permanente, mediante una remuneración y con una cierta independencia, asume el encargo de preparar o realizar contratos mercantiles por cuenta y en nombre de otro empresario»; para Francisco VICENT CHULIA, «Compendio Crítico de Derecho Mercantil», Tomo II, «José María Bosch Editor», 3.^a Edición, Barcelona 1990, p. 312, es aquel por cuya virtud «un empresario mercantil, llamado agente,

elemento definidor y básico su configuración como una modalidad insertada dentro de la categoría más amplia de los contratos de colaboración empresarial.

Actualmente ya contamos con la definición que del contrato de agencia nos da el artículo 1 de la Ley, al decir: «Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones».

A partir de esta definición, completada por otros elementos que del contrato de agencia se nos dan en diversos preceptos del mismo texto legal, podemos analizar las notas que identifican a este contrato y que, a la vez, nos permiten diferenciarlo de otros contratos de colaboración empresarial con los que guarda similitudes:

1.— Es un **contrato entre empresarios**: aun cuando el artículo 1.º no llegue a calificar de empresario ni al agente ni a la persona con quien éste contrata, es lo cierto que tal condición se les reconoce implícitamente a ambos tanto en el artículo 2 (relativo a la necesaria independencia del agente), como en el artículo 6 (cuando se regula la posibilidad de que el agente concluya actos y operaciones de comercio en nombre del empresario), en el artículo 7 (regulador de la actuación profesional y simultánea del agente por cuenta de varios empresarios), o en el artículo 26 (al mencionar como causas que permiten la denuncia unilateral y automática del contrato, sin necesidad de preaviso, la declaración de quiebra o la admisión a trámite de un expediente de suspensión de pagos respecto de cualquiera de los contratantes; se habla, por consiguiente, de dos procedimientos concursales típicos y exclusivos de los empresarios mercantiles, no de un concurso de acreedores o de una quita y espera de las que habría que hablar en el caso de admitir

se obliga a promover y/o estipular contratos en una zona determinada por cuenta y en nombre de otro, durante un tiempo, determinado o indeterminado, a cambio de una retribución». Puede apreciarse una práctica coincidencia de elementos en dichas definiciones (condición de empresario de los contratantes y labor profesional del agente consistente en promover y, en su caso, concertar contratos), variando en función de la inclusión o no de la determinación de la zona en la que el agente debe actuar, así como en la referencia a la duración determinada o indeterminada de este contrato, la independencia del agente y la retribución del mismo.

En el campo práctico podemos citar la definición que se dio de los contratos de agencia en la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de junio de 1990 (Ponente: Sr. Alonso Soto; «Revista Jurídica Española LA LEY» 1991-1/43-TDC, pp. 890-893): «Contratos celebrados entre dos empresarios jurídicamente independientes, por los que uno de ellos, el agente comercial, se encargará en lo sucesivo de promover la conclusión de nuevos contratos de venta o suministro de mercancías por cuenta de otro empresario». Se trata de una definición reducida a lo que antes hemos denominado, con VALENZUELA GARACH, «agencia comercial».

la no condición empresarial de alguno de los contratantes). Se respeta, pues, esta clásica nota, puesta ya de manifiesto por Garrigues (16) y por algunos otros autores citados supra Nota (15).

Bien es cierto que la literalidad de la Ley podría hacernos dudar acerca de la concurrencia de empresarios, por cuanto que a lo largo de su articulado reserva el término empresario para referirse a quien contrata con el agente su actuación profesional. Con el fin de aclarar los términos definidores de los sujetos intervinientes en el contrato de agencia, consideramos que sería conveniente calificar a quien contrata con el agente como «empresario principal», pues aun cuando no tenga un poder de dirección, en sentido estricto, sobre el agente, sí que va a tener, «ex artículo» 9.2. c) de la Ley del Contrato de Agencia, facultad de darle «instrucciones razonables»; pensamos que calificarlo simplemente de empresario, como hace la Ley, puede ser equívoco, pues las dos partes contratantes de la agencia son empresarios, esto es, el agente también es empresario (17).

Esta condición empresarial del agente es una de las notas que va a permitir diferenciar el contrato mercantil de agencia de los contratos laborales concertados por los representantes de comercio (18). Dicha

(16) Y como posteriormente recoge, entre otros, Manuel BROSETA PONT, «Manual de Derecho Mercantil», ... Ya citado, p. 451.

(17) Buena muestra de la importancia que da el legislador al empleo de una terminología precisa, que permita deslindar la agencia de otros contratos de colaboración empresarial afines, puede apreciarse cuando en el Apartado 2.1 de la Exposición de Motivos, se hace hincapié en la no utilización del término «comitente», para evitar la confusión con el contrato de comisión. En aras de esa mayor precisión terminológica entendemos que hubiera sido conveniente haber utilizado en la Ley el concepto de «empresario principal» y no el de empresario a secas.

(18) Son clásicos y absolutamente necesarios los esfuerzos de nuestra doctrina y Jurisprudencia para diferenciar los agentes comerciales de los representantes de comercio, tomando como criterio básico diferenciador la independencia del agente comercial en el ejercicio de su actividad empresarial, lo que viene a suponer, en suma, su condición de empresario. Como es normal la diferencia se aprecia con mayor claridad cuando el Agente comercial es una persona jurídica, pues una persona jurídica no puede concertar una relación laboral de representante de comercio, al sólo poder ser trabajadores las personas físicas. Sobre la diferenciación entre representantes de comercio y agentes comerciales y sus implicaciones sobre todo en el campo de las indemnizaciones por extinción de una y otra relación mercantil y laboral, Vid. Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, pp. 1146 y ss.; Luís Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 62 y en «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1990», ... ya citado, pp. 464 y ss., quien llama la atención sobre las similitudes entre las relaciones jurídicas en las que intervienen agentes y representantes de comercio, tales como su estabilidad, continuidad y retribución periódica. Buena muestra de que el agente es empresario es que está obligado a llevar contabilidad «ex artículo» 9.2. e) de la Ley, obligación que el artículo 34 del Código de Comercio reserva para los empresarios.

condición empresarial atribuye al agente la dirección del ejercicio de una actividad empresarial (el objeto del contrato de agencia), asumiendo los riesgos y venturas derivados de la misma, lo que enlaza con otras dos notas características de este contrato que más adelante veremos, cuales son las de la independencia y la de su objeto.

b) Es un **contrato de duración**: frente a un contrato de ejecución instantánea, en el contrato de agencia la vinculación entre agente y empresario principal se prolonga en el tiempo. Existe, pues, como ya señalaba Garrigues (19), una estabilidad en la relación, una continuidad que supone el que el agente debe desempeñar su misión de promover y/o concluir una serie continuada de operaciones de comercio, que a su vez constituirán el contenido de la actividad empresarial de aquel empresario que contrató con el agente.

Esta nota de la estabilidad o permanencia ha sido la que la doctrina mercantilista ha venido utilizando como criterio diferenciador del contrato de agencia respecto de otro contrato aún atípico jurídicamente, pero de gran interés social, como es el de mediación o corretaje. Así se enfrenta la instantaneidad de la mediación a la continuidad de la agencia. A nuestro juicio esta diferencia debe relativizarse, pues podemos pensar en el caso de un Agente de la Propiedad Inmobiliaria (que celebra con sus clientes contratos de mediación o corretaje, según tiene reconocido reiteradamente nuestra Jurisprudencia) que acuerda con un cliente mediar en exclusiva en la venta de la totalidad de las viviendas de un edificio propiedad de su cliente. Aquí habría continuidad en la relación, hasta tanto en cuanto se vendiesen todas las viviendas, sin que por ello fuese posible, a nuestro juicio, hablar de la existencia de un contrato de agencia; es por ello por lo que estimamos necesario acudir a la combinación de este criterio de la continuidad con otros que veremos seguidamente para diferenciar corretaje y agencia (20).

(19) Vid. Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», ... ya citado, pp. 21-22. También mantenían ya la nota de la estabilidad como característica de la agencia, Teresa PUENTE MUÑOZ, «El Contrato de Concesión Mercantil», «Editorial Montecorvo, S.A.», p. 67; Antonio MILLÁN GARRIDO, «Introducción al Estudio del Corretaje», «Revista General del Derecho», 1987, pp. 711.

(20) Buena muestra del confusiónismo existente entre los contratos de agencia y corretaje, en el campo de la mediación inmobiliaria, acentuada quizás por la propia denominación de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria como agentes, puede apreciarse en la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1992 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; Aranzadi 1992/2.332), en la que se calificó de agencia un contrato que resultaba típico de mediación o corretaje, consistente en la mediación profesional de un Agente de la Propiedad Inmobiliaria en la venta de un piso, mediante la oferta al mercado de tal venta, aportándose los datos del inmueble a vender y su precio, que suele ser más indicativo que definitivo, y cuya retribución es un porcentaje del referido precio. Dicha desafortunada Sentencia contiene también el error de declarar vigente el Real Decreto de 19 de junio de 1981 como norma rectora de la profesión de los Agentes de la Propiedad

De otra parte la estabilidad diferencia también la agencia de la

Inmobiliaria, cuando la misma se encuentra ya anulada por la Sentencia de la entonces Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1982 (Aranzadi 1982/8.081), lo que determinó el que la normativa en vigor, tras acuerdo del Consejo de Ministros en reunión de 20 de abril de 1983, siga siendo el Decreto de 4 de diciembre de 1969 (Aranzadi 1969/2.299) con las modificaciones introducidas por el Decreto de 10 de enero de 1975 (Aranzadi 1975/168).

Para Rodrigo URÍA, «Derecho Mercantil», Décimoctava Edición, Madrid, 1991, p. 636, se diferencian mediación y agencia, aparte de por la estabilidad de esta última, por la actuación parcial del agente en beneficio de su empresario principal, cuyas instrucciones debe respetar y seguir (si son razonables añade hoy la Ley), así como por la facultad de representación que puede ostentar el agente. Estamos de acuerdo con la opinión de URÍA, si bien entendemos que también en las mediaciones inmobiliarias de venta, si tenemos en cuenta el cobro de honorarios de los API en proporción al precio de venta de los inmuebles, obtendremos que su actuación también redundará en beneficio (parcialidad pues) de su cliente, si bien es cierto que el cobro de comisiones por parte de los API no se condiciona nunca al buen fin de la operación, sino sólo a la celebración del contrato, lo que determina una mayor imparcialidad respecto del contrato a concluir y sus condiciones; en cuanto a la facultad de representación, consideramos que mediante un expreso apoderamiento también el corredor puede actuar como representante de su cliente en el contrato a celebrar gracias a su mediación. A esos criterios diferenciadores se añaden por parte de Manuel SANPONS SALGADO, siguiente a RODRÍGUEZ VALCARCE, «El Contrato de Corretaje», «Editorial Madrid, 1965, pp. 64-65, la delimitación territorial de actividades, la remuneración proporcional en la ejecución parcial del negocio (preferiríamos hablar de la ejecución parcial del objeto del contrato) y la formulación de reclamaciones al agente —reconocida hoy esa función en el artículo 9.2.d) de la Ley—.

A nuestro juicio, por tanto, las notas que con mayor claridad diferencian agencia y corretaje son: el agente sólo tiene derecho a ser retribuido por comisión cuando se concluye el contrato celebrado por su intervención, mientras que el corredor cobra desde que se celebra dicho contrato; el agente puede cobrar un salario fijo, por comisión o retribuirse por un sistema mixto, en tanto que el corredor cobra siempre una comisión; el agente recibe declaraciones y reclamaciones de las operaciones de compraventa realizadas por su intervención, el corredor no.

Puede consultarse también VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, pp. 14-15 y especialmente Notas (4) y (5) donde hace una detallada enumeración de todas aquellas personas que se denominan agentes sin que celebren contratos de agencia, y todas aquellas actividades calificadas de «agencia» y que tampoco tienen nada que ver con el contrato de agencia comercial, si bien, en el caso del agente de publicidad, la concepción amplia que de la agencia contiene la Ley permite incluirla actualmente en el seno del concepto legal del contrato de agencia. Igualmente puede consultarse su Nota (6), pp. 17-22, donde hace un completo estudio de una serie de relaciones jurídicas especiales en las que los términos «agente» y «agencia» son usados con una acepción especial, aunque sigan siendo tales agentes protagonistas de contratos de agencia, máxime tras la aprobación de la Ley hoy vigente.

comisión, pues como afirma Ragel Sánchez (21), «el contrato de comisión se manifiesta en la encomienda efectuada en favor del comisionista para que realice aisladas actuaciones, que se retribuyen a través de liquidaciones individualizadas», a diferencia de lo que ocurre en la agencia caracterizada por la continuidad y estabilidad de la conducta profesional del agente, así como por la retribución periódica al mismo, mediante la realización de liquidaciones también periódicas.

La duración del contrato no implica que el mismo deba ser de duración indeterminada, debiendo señalarse que cuando en el Apartado 2, punto 4, de la Exposición de Motivos de la Ley se dice de los contratos de duración anual, que tienen un plazo pequeño en comparación con los contratos por tiempo indefinido, ello no supone el que la Ley prevea duración mínima alguna para este tipo de contratos, por lo que hemos de concluir que siempre que el contrato manifieste una continuidad en el tiempo puede haber un contrato de agencia, por lo que no habrá duración mínima ni máxima, debiendo respetarse, como señala Garrigues (22), la equidad que exige una duración suficiente para que el Agente pueda obtener los beneficios derivados de una primera etapa, siempre difícil, de implantación y difusión del producto o servicio sobre el que se pretenda contratar. Es más, el propio interés del agente le llevará a no concertar contratos por tiempos despreciables de duración, siempre que requiera un mínimo de inversión para poder llevar a cabo su actuación. Consideramos que sí serán posibles los contratos de agencia por campañas (pensemos en el nombramiento de agentes por una fábrica de helados para una urbanización turística que sólo abre sus instalaciones en los meses de verano).

c) Es un **contrato remunerado**: ello se encuentra en íntima relación con el carácter mercantil que presenta este contrato, implicando que el cumplimiento por el agente de las obligaciones que le son inherentes, hace nacer a su favor el derecho a la obtención de una remuneración. Nada hay gratuito en la contratación mercantil, como reiteradamente señalaba Garrigues.

Esta nota es también consecuencia de la condición de empresario que ostenta el agente, para quien el desempeño de su profesión constituye su medio de vida.

(21) Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1989», «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 21, septiembre-diciembre 1989, Sentencia n.º 548, pp. 853-865, especialmente p. 857.

(22) Vid. Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales ...», ... ya citado, p. 22; bien es cierto que la introducción de la indemnización por clientela y la indemnización por daños y perjuicios, reconocidas a favor del Agente conduce a una satisfacción de la equidad por esa vía, al margen de la estipulación de una duración mínima equitativa «per se».

A resultas de esta nota, uno de los aspectos en cuyo tratamiento se centra la Ley del Contrato de Agencia es en el tema relativo a los sistemas de retribución de los agentes.

d) Su objeto es promover simplemente o promover y concluir operaciones mercantiles por cuenta y en nombre ajenos, que no son otros que los del empresario que celebró con el agente el contrato de agencia. Ello supone que el agente, o bien se limita a buscar clientes para que contraten con su principal, o bien expande su labor a la celebración de contratos con dichos clientes, actuando dotado de poder de representación de su principal, de manera que contrate en nombre de su empresario principal representado.

La naturaleza «per se» del contrato de agencia no exige que el agente actúe dotado de poderes de representación de su principal, por lo que, tal y como previene el artículo 6 de la Ley, será preciso que haya una atribución expresa (verbal o escrita, pues la Ley no dice nada al respecto) de facultad de representación por parte del principal a favor de su agente, para que éste pueda concluir en nombre de su principal las operaciones por él promovidas.

Aquí se encuentra otra nota que Garrigues (23) empleó para diferenciar agencia y mediación o corretaje, siendo más clara la diferencia cuando el agente no sólo promueve sino que también concierta las operaciones mercantiles en nombre y por cuenta de su principal (24).

Es importante destacar, como ya lo hace la propia Exposición de Motivos de la Ley del Contrato de Agencia, en su apartado 2, punto 2, que el objeto del contrato de agencia regulado por la Ley no se limita únicamente a promover o promover y concluir contratos de compraventa de mercancías (como se hace en el artículo 1.2 de la Directiva 86/653), sino que se extiende a toda clase de operaciones de comercio, permitiendo, por tanto, abarcar aquellos contratos que no sólo supongan circulación de mercancías, sino también de otros bienes muebles e, incluso, de servicios (25); es por ello por lo que la Ley no lleva por rú-

(23) Vid. Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», ... ya citado, p. 23, haciendo hincapié en la imparcialidad de la actividad del mediador frente a la parcialidad, favorable al empresario con quien contrató, del agente. Hoy la parcialidad del agente se reconoce de forma expresa en el artículo 9 de la Ley, cuando obliga al agente a llevar a cabo su actuación profesional «velando por los intereses del empresario o empresarios por cuya cuenta actúe».

(24) Esa actuación del agente en nombre y por cuenta ajena permite diferenciarlo del concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propio. Vid. Juan Luis IGLESIAS PRADA, «Notas para el Estudio del Contrato de Concesión Mercantil», «Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo URÍA», Civitas, Madrid, 1978, p. 258.

(25) A ello ya se refería GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», .. ya citado, p. 23, para quien la promoción y la conclusión de contratos no sólo abarcaba a los contratos de compraventa, sino también los de arrendamiento de servicios, de seguros, de transportes, etc ..., que venía a englobar en el concepto más amplio de «operaciones mercantiles». Se va más allá, pues, de la concepción que de la agencia se.../

brica del «contrato de agencia comercial», sino la del «contrato de agencia» en general. Esta amplia configuración del objeto de la Agencia es la que permite, a nuestro juicio, configurar la Ley del Contrato de Agencia como la norma configuradora del derecho común de este tipo de contratos, debiendo, pues, primar los aspectos concretos previstos en otras leyes especialísimas que vengan a regular modalidades concretas del contrato de agencia (caso de las agencias de seguros, transportes, publicidad o de valores, por poner algunos ejemplos).

De otra parte no se exige la exclusiva en cuanto a la promoción o promoción y conclusión de operaciones mercantiles sólo para un empresario, quedando «*ex lege*» (artículo 7 de la Ley del Contrato de Agencia) facultado el agente para poder realizar siempre la promoción y/o conclusión de operaciones mercantiles no análogas ni competitivas con las fijadas en un contrato de agencia, siendo necesario, por contra, el consentimiento del empresario con quien contrató cuando se trate de operaciones mercantiles análogas o competitivas (26).

Buena muestra de que la exclusiva debe pactarse expresamente se aprecia en el artículo 12.2 de la Ley, a la hora de regular un régimen especial de comisiones para el caso de concurrencia de dicho pacto, que puede ser verbal o escrito.

Para poder llevar a cabo el objeto del contrato de agencia, el artículo 5 de la Ley prevé que el agente pueda actuar: por sí mismo; por medio de sus dependientes (esto es fiel reflejo de que el agente es un empresario); o a través de subagentes por quienes responderá y cuya intervención deberá haber autorizado expresamente el empresario principal. Se trata de un precepto que prevé una solución prácticamente idéntica a la prevista en los artículos 261 y 262 del Código de Comercio para el contrato de comisión. Es de reseñar que aunque sólo el artículo 5.2 de la Ley hace responsable al agente de la actuación de los subagentes, debe entenderse que dicho agente también responderá de la actuación de sus dependientes, tal y como para la comisión prevé expresamente el artículo 261 del Código de Comercio.

.../ nos da en la ya citada Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de junio de 1990, que se limitaba sólo a la agencia de compras y suministros de mercancías. Una clara muestra de que el objeto del contrato de agencia puede ser la promoción y, en su caso, conclusión de contratos de arrendamiento de servicios, se aprecia en el artículo 9.2. d) de la Ley, al regular las obligaciones de los agentes.

(26) No se excluye, ni mucho menos, la posibilidad de celebrar pactos de exclusiva, de simple o de doble, como señala Manuel BROSETA PONT, «Manual ...», ... ya citado, p. 452, en el sentido de que o bien el agente se obligue a no trabajar en una zona para los empresarios competidores de su principal, o bien el principal se obligue a no designar otro agente en la misma zona e incluso a evitar la entrada de sus productos en esa zona al margen de su agente.

e) Es un **contrato no formal ni solemne**: se inserta, pues, esta nota dentro de la caracterización general de los contratos en nuestro ordenamiento jurídico como dotados de libertad de forma (artículos 1.278 Código Civil y 51 del Código de Comercio), y con la caracterización particular que en la práctica ha venido manifestando tradicionalmente el contrato de agencia, pues basta ver que en la casi totalidad de los litigios relativos a este contrato que han llegado al Tribunal Supremo se debatía acerca de contratos verbales de agencia.

Así se desprende del artículo 22 de la Ley del Contrato de Agencia, que no exige, como requisito «ad solemnitatem» no ya su plasmación en un documento público sino ni tan siquiera la forma escrita. Se previene, eso sí, la posibilidad de que en cualquier momento cualquiera de las partes (normalmente lo será el agente) exija de la otra parte su plasmación por escrito, escritura que deberá reflejar no sólo el contrato original sino también sus sucesivas modificaciones. Esta posibilidad ya se preveía en el 13 de la Directiva 86/653, que permitía a los Estados miembros la exigencia de forma escrita, como requisito de validez del contrato de agencia (27).

Es interesante destacar el que la Directiva Comunitaria prevé expresamente la irrenunciabilidad de ese derecho de cualquiera de las partes del contrato a solicitar la forma escrita, en tanto que nada se dice en la Ley española al respecto. Por nuestra parte, entendemos que a pesar de la proclamación general de imperatividad que se hace de la Ley, como ya hemos señalado, cabe entender que será posible la renuncia a exigirse forma escrita del contrato, en aras del respeto a la autonomía de la voluntad (artículo 1.255 C.c.), no debiendo olvidar que nos seguimos moviendo en el campo del Derecho Privado.

f) Es un **contrato mercantil**: correspondiéndose ello con la naturaleza mercantil de la actividad profesional del agente (28), así como

(27) Debido a esa posibilidad prevista en la Directiva Comunitaria, el Borrador de la Ley del Contrato de Agencia formulado por el Consejo General de Colegios de Agentes Comerciales de España, había propuesto no sólo la exigencia de forma escrita sino también su inscripción en un Registro especial «ad hoc», que habría de crearse, todo ello con el fin de superar los abusos tradicionales cometidos sobre el agente en cuanto que parte contratante más débil, y ante la falta de constancia escrita del contrato. Vid. el Comentario a ese borrador que se hace por Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes...», ... ya citado, pp. 1152-1154, quien se inclina finalmente por la adopción de la fórmula que, en último término, ha seguido nuestro legislador.

(28) Califica de mercantil la función de los agentes Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», ... ya citado, p. 8, por entender que dicha función es la «mediar en las ventas y facilitarlas, haciendo coincidir la oferta y la demanda o creando a veces una nueva demanda». Actualmente deberá entenderse extendida la función de los agentes a la mediación en otras operaciones de comercio además de la compraventa de mercaderías.

con la condición de empresarios que tienen las dos partes contratantes de dicha relación jurídica.

g) Es un **contrato de colaboración empresarial**: se debe mantener una colaboración entre dos empresarios (el agente y el empresario principal), sin que ninguno de ellos puede dar instrucciones u órdenes que afecten a la independencia del otro (29). Ello tiene importancia sobre todo respecto del agente, por cuanto que esa independencia del mismo es factor decisivo para distinguirlo del representante de comercio.

Así, el artículo 2 de la Ley del Contrato de Agencia no sólo excluye de su ámbito de aplicación a los representantes y viajantes de comercio dependientes, sino que nos da, en su apartado 2, el doble criterio que determina la concurrencia de la independencia, siguiendo lo que ya se había establecido en el Código de Comercio Alemán tras la Reforma de los 4 y siguientes por Ley de 6 de agosto de 1953 (30): libertad de determinación u organización de su actividad empresarial y libertad de determinación de su horario de trabajo (el agente acude a visitar a sus clientes cuando tiene por conveniente).

(29) A propósito de la independencia jurídica de agente y empresario principal, conviene destacar que, desde la perspectiva de la defensa de la libre competencia, la ya citada Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 25 de junio de 1990, consolidando su propia doctrina, viene considerando que en los contratos de agencia, desde un punto de vista económico, no puede hablarse de la existencia de una dualidad de partes, haciendo inaplicable la normativa española y comunitaria protectora de la libertad de competencia a dichos contratos, con excepción de los casos, previstos en el artículo 19 de la Ley del Contrato de Agencia, en los que «el agente se hiciera cargo de los riesgos financieros inherentes a la operación en que participan» (entendemos que la expresión anterior tomada de la Resolución ya referenciada puede hacerse equivalente a asunción por el agente del riesgo y ventura de las operaciones o actos de comercio promovidos o concluidos por cuenta de un empresario, a lo que se refiere el artículo 19 de la Ley del Contrato de Agencia).

En igual sentido, respecto de la imposibilidad de considerar la agencia contrato restrictivo de la competencia, Vid. FRANCISCO VICENT CHULLA, «Compendio Crítico ...», ... ya citado, p. 313.

Sobre las diferencias entre el viajante o representante de comercio y el agente, Vid. Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, pp. 27-55.

(30) Vid. Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», ... ya citado, pp. 9-10 y 19-20, donde recoge la opinión de SCHMIDT-RIMPLER en el sentido de considerar como elemento decisivo calificador de la independencia del agente la existencia de una organización más o menos compleja y que atenderá las necesidades de su cliente, que no es otro que el empresario con quien celebra el contrato de agencia. Considera, pues, irrelevantes tanto el sistema de retribución (fijo, por comisiones o mixto), la prestación de servicios profesionales para uno o varios empresarios y la calificación que las partes den al contrato (los contratos son lo que son con independencia de cómo los califiquen las partes contratantes).

Consecuencia de la independencia del agente es que el mismo ni está incluido entre el personal de la empresa ni sometido a la jerarquía que toda empresa supone para sus trabajadores (31).

Finalmente, conviene reseñar que esa colaboración empresarial presenta la característica de que el agente actúa en nombre y por cuenta ajena, lo que permite diferenciar su actuación de la del concesionario que, además de comprar las mercancías que luego revende y prestar servicios de post-venta, actúa en nombre y por cuenta propio (32). Igualmente se diferencia su actuación de la del comisionista que, por lo común, actúa en nombre propio y por cuenta ajena (33).

h) Es un contrato que ni presupone ni requiere el pacto de exclusiva, si bien la Ley tampoco prohíbe que las partes, de forma completamente libre, acuerden la exclusiva bien a favor del empresario principal (así podemos entender la prohibición de que el agente se comprometa a no promover ningún otro tipo de operación de comercio), bien a favor del agente (comprometiéndose el empresario principal a no tener más agentes en una zona geográfica determinada).

III. CONTENIDO DEL CONTRATO

1. Obligaciones del Agente

Se regulan dichas obligaciones en el artículo 9 de la Ley (34), estando todas ellas imbuídas por la actuación profesional del agente, en

(31) Vid. Joaquín GARRIGUES, «Los Agentes Comerciales», ... ya citado, pp. 18-19, quien pone dos ejemplos extremos en los que será fácil distinguir entre agente y representante de comercio: será agente la «persona que con capital propio y organización también propia abre una oficina y ofrece sus servicios a uno o varios empresarios de modo permanente, con el fin de representarlos en la preparación o conclusión de contratos mercantiles»; por contra, no sería agente quien dedicándose a las mismas operaciones lo haga «en nombre y por cuenta de un empresario, de quien recibe un salario fijo, careciendo de personal propio y de contabilidad independiente y teniendo reglamentada su actividad por el empresario que utilice sus servicios».

(32) Vid. Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 70; Juan Luis IGLESIAS PRADA, «Notas para el Estudio del Contrato de Concesión Mercantil», ... ya citado, p. 258.

(33) Vid. Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 67.

(34) Para Sergio SÁNCHEZ SOLE, «Comentario a la Ley sobre Contrato de Agencia», ... ya citado, pp. 82-93, tal enumeración es enunciativa y no limitativa y ello, a nuestro juicio, en un triple sentido: existen en la propia Ley más obligaciones que las enunciadas en el artículo 9 (caso de la obligación de no concurrencia, salvo pacto expreso en contrario, prevista en el artículo 7 de la misma Ley), existen obligaciones que impuestas por otras leyes respecto de contratos afines a la agencia pueden aplicarse extensivamente al mismo y, de otra parte, pueden pactarse expresamente nuevas obligaciones extralegales, pero que no contraríen dicha Ley. Apunta el propio SÁNCHEZ SOLE, p. 86, la obligación del agente al cumplimiento de los deberes de con-.../

cuanto que empresario dedicado a dicha actividad de promoción y, en su caso, conclusión de operaciones de comercio, que le corresponde como colaborador de otro empresario. Es por ello por lo que en el desempeño de sus funciones no sólo se le exigirá un comportamiento leal e impregnado de buena fe (lo que es común a todo tipo de contratos, tal y como dispone el artículo 1.258 C.c.), sino también una actuación favorable a los intereses del empresario principal, lo que determina la actuación parcial e interesada que el mismo debe llevar a cabo. Cabe, pues, que digamos que el comportamiento leal y de buena fe en defensa de los intereses de su cliente, el empresario principal, es una doble obligación de carácter general que debe inspirar toda la actuación profesional del agente, tal y como dispone el artículo 9.1 de la Ley.

Seguidamente, en el apartado 2 del mismo artículo 9, se particularizan algunas obligaciones específicas que el agente debe respetar, en todo caso, en el cumplimiento del contrato de agencia, para no incurrir en el incumplimiento de obligaciones legales que sería causa de extinción del contrato, a voluntad del empresario principal.

Dichas **obligaciones legales particulares** son:

a) Ocuparse con la **diligencia de un ordenado comerciante** del objeto del contrato de agencia: la promoción y, en su caso, conclusión de operaciones de comercio. Nos encontramos, por tanto, con que al agente, en cuanto que empresario cuya actividad profesional es la de llevar a efecto el contrato de agencia, se le exige un «plus» de diligencia respecto de la que se podría exigir a cualquier otra persona que, de forma no profesional sino altruista, se dedicase a las mismas labores de promoción de operaciones mercantiles.

Frente a la expresión más vaga utilizada por la Directiva 86/653, en su artículo 3.2.a) (se habla allí de «ocuparse como es debido»), se utiliza en nuestro ordenamiento una categoría de comportamiento ya conocida la «diligencia del ordenado comerciante», a la que se refería, por ejemplo, ya la Ley de Anónimas de 1.951 (artículo 79) respecto de las obligaciones de los administradores sociales y que se mantiene en el vigente Texto Refundido de la Ley de Anónimas con la sustitución del término «comerciante» por el de «empresario» (35), que tanto pre-

.../servación, guarda y custodia de las mercancías del empresario principal, tal y como para el comisionista prevén los artículos 265 y 266 del Código de Comercio; entendemos que esta obligación existirá sólomente en aquellos casos en que el agente disponga de dichas mercancías en su poder y custodia, pues las operaciones mercantiles pueden hacerse sólomente sobre catálogo o muestrario, así como pueden consistir en arrendamientos de servicios, en los que no existen mercancías, por lo que podemos concluir que esas obligaciones sólomente concurrirán en ciertos casos de contratos de agencia comercial.

(35) *Vid.* la defensa que hace José María GARRETA SUCH, «La Responsabilidad Civil, Fiscal y Penal de los Administradores de las Sociedades», 2.^a Edición, Marcial Pons, Madrid, 1991, pp. 75-77, sobre la superación del término «comerciante» por el término «empresario» en nuestro Derecho Mercantil más moderno.

supone la condición de comerciante (categoría jurídica superada hoy por la más amplia de empresario) del agente, como la necesidad de exigirle un «plus» de diligencia respecto de la normal del buen padre de familia.

b) **Deber de información** al empresario con quien ha contratado de todos aquellos datos de incidencia en las operaciones que le han sido encomendadas y, fundamentalmente, de la solvencia de los terceros con quienes existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución.

Es muy importante esta función si pensamos que en muchas ocasiones el empresario principal deberá fiarse de las informaciones prestadas por su agente comercial, para decidir si conviene o no contratar con determinado cliente, puesto que la distancia geográfica entre el establecimiento del empresario principal y el desconocimiento que éste tiene del mercado en el que actúa su agente, le impiden decidir con verdadero conocimiento de causa, de no ser por las valiosas informaciones que le debe proporcionar el agente.

No debe confundirse este deber de información con la necesidad de una indagación por parte del agente de todas las circunstancias que puedan incidir en el contrato, aun cuando entendemos que si será importante que el agente trate de conocer lo mejor posible la solvencia del cliente para, en definitiva, velar por los intereses del empresario principal.

c) **Seguir las instrucciones razonables** del empresario con el que ha contratado, siempre que no se afecte a su independencia.

Esta obligación es, a nuestro juicio, una de las que puede plantear mayores problemas prácticos por razón de la utilización de categorías jurídicas indeterminadas, que deberán ser ponderadas, caso por caso, por parte de nuestros órganos jurisdiccionales. Así, de una parte, se hace referencia a la «razonabilidad» de las instrucciones que deben ser dadas por parte del empresario al agente, lo que, «sensu contrario», llevará a que el agente no se vea obligado a cumplir con las instrucciones que no sean adecuadas, «irracionales», para el buen fin del contrato de agencia. De otra parte, se establece una tensión entre la independencia del agente en el ejercicio de su profesión (nota distintiva del agente respecto del representante de comercio, unido al empresario por una relación laboral) y el seguimiento de las instrucciones del empresario, necesarias para la buena marcha de la agencia así como para la existencia de una coordinación entre el empresario principal y sus diversos agentes (36).

(36) Así entiende Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, pp. 51-52, que el empresario principal tiene derecho a impartir instrucciones y el agente el deber de seguirlas. Tales instrucciones pueden afectar a la venta, remisión, distribución, precio, forma y plazos del mismo, según tiene reconocido la Jurisprudencia española que cita VALENZUELA en su Nota (54).

d) Hasta ahora hemos visto obligaciones que ya se preveían por la Directiva Comunitaria, si bien matizadas en nuestro Derecho; pero éste añade además otras dos obligaciones en el apartado 2 del artículo 9, siendo la primera de ellas, la de **recepción de las reclamaciones de terceros** sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido.

A nuestro entender esta obligación se puede estimar incluida dentro de la proyección general de nuestro Derecho hacia la protección de consumidores y usuarios. Pensemos que en muchas ocasiones los terceros con quienes se van a celebrar las operaciones mercantiles derivadas de la intervención profesional del agente van a serlo consumidores o usuarios finales de bienes o servicios; si tenemos en cuenta que la finalidad de la agencia es evitar que el empresario tenga instalaciones propias y personal dependiente del mismo en una determinada área geográfica, es fácil comprender que si obligásemos al tercero que contrata a hacer las reclamaciones por evicción o por vicios de cantidad o calidad directamente al empresario productor de los bienes o prestador de los servicios, se le estaría obligando, en numerosas ocasiones, a largos y costosos desplazamientos hasta el domicilio del empresario, lo que supondría, en fin, dificultar la defensa de sus legítimos derechos e intereses.

De esta forma, se logra convertir al agente en receptor de las reclamaciones por los defectos en los bienes o servicios contratados gracias a su promoción, debiendo entenderse cumplida la obligación de denuncia en tiempo de los mismos por parte del destinatario final al agente, a los efectos de luego poder hacer uso de las correspondientes acciones de reclamación que le sean atribuidas por ley frente a los empresarios vendedores de mercancías o prestadores de servicios.

El cumplimiento de esta obligación por parte del agente debe servir, a nuestro juicio, de base para justificar sobradamente la posibilidad de que el agente comercial «*stricto sensu*» (esto es, el agente de compras y ventas) pueda, de conformidad con el artículo 336 del Código de Comercio, exigir del comprador, en el acto de la entrega de las mercaderías vendidas, el reconocimiento a contento de dicho comprador en cuanto a calidad y cantidad de las mismas, para de esta manera quedar a cubierto de posibles reclamaciones posteriores, tal y como se establece en el artículo 8 de la Ley, debiendo acudir al procedimiento previsto en el artículo 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho artículo 8 de la Ley faculta también, no obliga, al agente para que pueda efectuar el depósito judicial de las mercancías vendidas en el caso de que el tercero demorase o rehusase sin justa causa su recibo, al igual que se establece para el vendedor en el artículo 332 del Código de Comercio, debiendo aplicarse, en materia de procedimiento, los artículos 2.118 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

e) **Llevanza independiente de contabilidad de los actos u operaciones** relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.

Esta obligación muestra, en primer lugar, la posibilidad de que el agente no se encuentre ligado por vínculo de exclusiva con un concreto empresario, a la vez que nos sirve de criterio para diferenciarlo del representante de comercio, que mantiene una relación laboral única con un sólo empresario.

De otra parte, no queda claro si la llevanza de contabilidad independiente debe limitarse a separar dentro de una única contabilidad las partidas correspondientes a cada uno de los empresarios por cuenta de quien actúa, o si bien supone la llevanza de libros distintos de contabilidad respecto de cada uno de los empresarios principales. La literalidad de la Ley parece conducir, más bien, a la segunda interpretación apuntada, entendiendo en sentido estricto la contabilidad como el conjunto de los libros contables, aun cuando ello plantea problemas de coherencia con el principio general previsto en el artículo 34 del Código de Comercio, que exige a los documentos que forman la contabilidad del empresario el que formen una unidad.

f) **Prohibición de competencia.** Se regula en los artículos 20 y 21 de la Ley del Contrato de Agencia.

Con esta prohibición se trata por parte del empresario principal de evitar que el agente pueda utilizar los conocimientos obtenidos a través de la ejecución del contrato de agencia en su propio y exclusivo beneficio para, una vez extinguido el contrato de agencia, dedicarse profesionalmente al mismo sector de bienes o servicios abarcados por las operaciones comerciales que se dedicó a promover y, en su caso, concluir, en ejecución de la agencia.

Entendemos que la prohibición de competencia sólo se refiere al ejercicio de la actividad profesional del agente como tal, no a la posibilidad de que el agente pase a promover y concluir operaciones comerciales del mismo tipo que las objeto de un antiguo contrato de agencia, por ejemplo, a través de un contrato de concesión, en cuyo caso perdería la condición de agente comercial para obtener la de concesionario.

Las prohibiciones de competencia exigen el cumplimiento de **tres requisitos** para su validez y eficacia:

1.—Deberán **pactarse por escrito**. Por ello debemos entender que la existencia de un pacto de prohibición de competencia presupone generalmente la forma escrita del contrato de agencia.

De otro lado, a diferencia del resto de obligaciones legales que proceden directamente de la dicción literal de la ley, la prohibición de competencia es una obligación que depende de la voluntad de los contratantes, al exigir su concreta estipulación por los mismos.

2.—Deberá **limitarse geográfica, personal y objetivamente**. Hablamos de limitación geográfica en cuanto que sólo se puede prohibir la competencia en la zona en la que el agente hubiese desem-

peñado su actividad profesional. En cuanto a la limitación personal, afectará a la promoción y, en su caso, conclusión de operaciones de comercio con las personas confiadas al agente (es el caso, por ejemplo, de celebración de un contrato de agencia para que el agente promueva y, en su caso, concluya operaciones mercantiles con ciertas empresas en concreto). Finalmente, en cuanto a la delimitación objetiva se refiere a los bienes o servicios objeto de las operaciones de comercio que, a su vez y valga la redundancia, constituyen el objeto del contrato de agencia.

Entendemos que no será necesario para que se pueda pactar la prohibición de competencia el que se hubiese a su vez pactado la atribución de una exclusiva geográfica o personal a favor del agente, respecto de las zonas y grupos de personas, a las que luego afecte la referida prohibición.

3.—La duración máxima de la prohibición de competencia no podrá exceder de dos años contados a partir de la extinción del contrato de agencia.

No es clara la redacción del artículo 20.2 de la Ley del Contrato de Agencia, cuando determina que la duración de la prohibición de competencia no podrá exceder de un año cuando «el contrato de agencia se hubiera pactado por un tiempo menor», puesto que no nos proporciona el canon respecto del cual se debe determinar si un tiempo es mayor o menor. A nuestro juicio debe entenderse que se está haciendo referencia a la posibilidad de que se pacte una duración del contrato de agencia inferior a dos años, en cuyo caso el plazo de limitación de competencia no podrá exceder de un año. Cabe, por tanto, concluir que la duración del pacto de no competencia atiende a la duración pactada, que no real, del contrato de agencia, así como que en los casos de contratos de agencia por tiempo indeterminado la duración del pacto de no competencia será de un máximo de dos años, cualquiera que fuese la causa por la que se extinguiese el contrato de agencia.

Resulta, pues, que la obligación de no competir nace siempre que se produce la extinción del contrato de agencia, determinando su incumplimiento la obligación de una indemnización de daños y perjuicios a favor del empresario principal, respecto de la cual nada se dice en la Ley, que tampoco aporta criterio cuantificador alguno. Consideramos que será adecuado tomar como canon de medida el importe de los beneficios que se hubiesen podido obtener por el empresario de haberse respetado la no competencia, teniendo en consideración el volumen de operaciones realizado por el empresario principal y por el antiguo agente.

La prohibición de competencia se erige, pues, en derecho para el empresario, que puede renunciar a él (37), así como su incumplimiento

(37) *Vid.* Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente ...Comercial», ya citado, pp. 76-77.

por parte del agente, será causa de extinción del contrato, «ex artículo» 30.a) de la Ley del Contrato de Agencia, que no dará lugar a derecho alguno de indemnización a favor del mismo, por existir un incumplimiento de obligación legalmente establecida al agente.

2. Obligaciones del Empresario

Al igual que ocurre con el agente, y de idéntica forma que sucede con los demás contratos en el Derecho Español (artículo 1.258 C.c.), la actuación del empresario deberá estar toda ella impregnada de buena fe y lealtad.

Dicha obligación general se concreta en una serie de obligaciones particulares (38) que se recogen en el artículo 10 de la Ley del Contrato de Agencia, siguiendo el artículo 4 de la Directiva Comunitaria:

a) Puesta a disposición del agente de la documentación relativa al objeto de las operaciones de comercio a promover y, en su caso, concluir por el agente. Se hace una enumeración abierta de dicha documentación en nuestra Ley, concretándose la Directiva, al hacer referencia a tarifarios, catálogos y muestrarios.

Los plazos de entrega y la cantidad de dicha documentación habrán de ser pactados por las partes contratantes, operando en su defecto la equidad, que exige que tal documentación sea proporcionada en tiempo suficiente y en cantidad apropiada para que el agente pueda desempeñar con éxito su labor profesional. Así, difícil será que un agente de ventas de una fábrica de electrodomésticos consiga promover contratos de suministro de electrodomésticos si no cuenta con documentación alguna que permita acreditar las condiciones y características de los mismos.

Hay que entender que toda esa documentación deberá serle entregada de forma gratuita al agente, debiendo éste devolverla a su empresario principal a la fecha de la extinción del contrato.

b) Deber de información, proyectado especialmente sobre la posibilidad de que descendiese el volumen de operaciones comerciales a un nivel sensiblemente inferior al que el agente pudiera esperar.

Este deber se proyecta especialmente en el artículo 15 de la propia Ley para el caso de que el sistema retributivo del agente fuese por comisiones.

El cumplimiento de este deber permitirá que el agente pueda reajustar gastos y plantillas en función de las operaciones que se esperan

(38) Insiste SÁNCHEZ SOLE, «Comentario ...» ... ya citado p. 86, en que la enumeración de las obligaciones de los también es «*numerus apertus*».

van a ser promovidas y, en su caso, concluidas. Pensemos en el supuesto de una fábrica que carece de stock suficiente para atender pedidos, en cuyo caso es claro que el volumen de operaciones, a celebrar, forzosamente, va a disminuir.

c) **Deber de comunicación al agente**, que presenta una doble manifestación. De una parte, en el plazo de quince días, la comunicación de la aceptación o rechazo de la operación promovida por el agente. Opera este deber en aquellos contratos de agencia en los que el agente se haya limitado a obligarse a realizar labores de promoción de operaciones de comercio.

Igualmente deberá comunicar, a la mayor brevedad, en función de la naturaleza de la operación, al agente la ejecución total, parcial o la falta de ejecución de las operaciones comerciales promovidas y, en su caso, concluidas por la intervención del agente. Tiene gran importancia este deber a los efectos del nacimiento del derecho al cobro de comisiones por parte de los agentes.

d) **Deber de remuneración**. Es consecuencia del carácter mercantil y retribuido que le damos al contrato de agencia a la hora de estudiar sus caracteres generales. Su importancia es tal que la Ley dedica toda la Sección 3.^a del Capítulo II a su tratamiento, abarcando los artículos 11 al 19, por lo que trataremos la misma de forma independiente en el apartado siguiente de este mismo estudio.

Es de destacar que la parcialidad del comportamiento del agente (en beneficio del empresario principal, su cliente) conduce a que sólo deba pagarle comisión su principal y no el tercero que es captado por la labor promocional del agente (39).

3. La Remuneración del Agente

Es completamente normal que siendo el agente un empresario que se dedica de manera profesional a la promoción y, en su caso, conclusión de operaciones de comercio por cuenta de terceros, sea uno de los motivos de mayor preocupación del mismo la de determinar cuál va a ser el monto y el sistema de retribución de su actividad profesional.

(39) Como señala Francisco VICENT CHULIA, «Compendio Crítico ...», ... ya citado, p. 292, ello supone que la imparcialidad del mediador le permita cobrar por mitad sus comisiones de las dos partes a quienes aproxima para la celebración de un concreto contrato, a diferencia de lo que ocurre en la agencia en la que el agente sólo tiene derecho a cobrar la comisión de su cliente, en cuyo beneficio habrá actuado de una forma parcial.

A) *Los sistemas de remuneración*

Conforme al artículo 11 de la Ley la retribución del agente puede revestir una triple forma, de acuerdo con lo que expresamente se pacte en cada contrato de agencia:

a) **Retribución por comisión:** consiste en la estipulación de un porcentaje sobre el volumen o valor de las operaciones que hubiesen sido promovidas y, en su caso, concluidas por el agente. Se trata, pues, de un sistema de retribución muy similar al previsto en el artículo 277 del Código de Comercio para el contrato de comisión, hasta el punto de que se habla en la propia Ley del contrato de agencia del cobro de una comisión. En este caso son de aplicación los artículos 12 a 19 de la Ley del Contrato de Agencia.

b) **Retribución mediante el pago de una cantidad fija (40):** dado que el contrato de agencia es de duración entendemos que esa cantidad fija debe ser, normalmente, también periódica, con lo que realmente existirían bastantes puntos de acercamiento entre este sistema de retribución y el salarial previsto para los representantes de comercio. En este caso no resulta de aplicación lo previsto en los artículos 12 a 19 de la Ley del Contrato de Agencia.

c) **Sistema mixto,** en el que se combinan tanto una retribución fija como el pago de comisiones, en cuyo caso sí son de aplicación, en cuanto a lo que respecta al abono de comisiones, los tan citados artículos 12 a 19 de la Ley.

En defecto de pacto de los contratantes sobre el sistema y volumen de las retribuciones. se establecen dos criterios de determinación de los mismos:

a) En primer lugar se ha de recurrir a los usos de comercio de cada plaza, en este caso del lugar en que el agente desarrolle su actividad.

(40) Destaca VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, p. 34, la escasa aplicación práctica de la retribución fija, así como en su Nota (24) las discusiones habidas en la doctrina y Jurisprudencia italianas a propósito de la posible desnaturalización de la agencia por causa del establecimiento de un sistema de retribución fija que, a juicio de la doctrina, viene a subsumir al agente en la condición de empleado, al sustituir la incertidumbre o riesgo por la certeza del beneficio, mientras que para la Jurisprudencia el mismo ve reducido, pero no eliminado, el riesgo que debe ser inherente a su actividad. Este autor en la misma obra, p. 66, critica la Propuesta de Directiva Comunitaria por permitir la retribución fija del agente «pues ello puede desvirtuar el riesgo empresarial, y la consiguiente incertidumbre del beneficio, que en todo caso debe soportar el agente de comercio». A nuestro juicio, no se afecta a la naturaleza jurídica de la agencia por causa de una retribución fija, al mantenerse la independencia del agente en la realización de su actividad profesional, así como la incertidumbre del beneficio, pues el agente, en el desempeño de su actividad profesional, asumirá unos gastos variables (oficina, personal, gastos generales, etc ...) de los que dependerá su beneficio o su pérdida, aun cuando se reduzca ese riesgo por contar con unos ingresos fijos ya predeterminados.

Se trata, pues, de aplicar la segunda fuente de Derecho Mercantil regulada en el artículo 2 del Código de Comercio, a la vez que es un criterio que no se aparta mucho del previsto en el artículo 277 párrafo 2 del de Comercio, para el contrato de comisión mercantil.

b) En defecto de usos de comercio, deberá ser el Juez quien determine la «remuneración razonable» que le corresponde percibir al agente. Se trata de un sistema de cuantificación de retribuciones completamente nuevo en nuestro Derecho, que se incluye en razón de su previsión expresa en el artículo 6 de la Directiva.

A nuestro juicio, los criterios que, entre otros, se podrán emplear judicialmente, en caso de conflicto, para determinar cuál ha de ser esa remuneración razonable pueden ser: implantación anterior del empresario principal en la zona de actuación del agente; evolución del volumen de operaciones a lo largo de la actuación del agente; coste de las instalaciones acometidas por el agente para el desempeño de su actividad.

B) *La Retribución por Comisiones*

La vinculación directa que existe entre las comisiones y el volumen de las operaciones de comercio promovidas y, en su caso, concluidas por parte del agente, hace que sea éste el sistema de retribución más complejo y por ello exige el que La Ley del Contrato de Agencia se ocupe del mismo a lo largo de ocho preceptos (los artículos 12 a 19).

Resulta evidente que la diligente actividad promocional del agente, cuando se inicia el cumplimiento de un contrato de agencia, puede no producir frutos, pues la labor de penetración e implantación en nuevos mercados suele ser lenta, a la vez que tras la extinción del contrato de agencia puede seguir produciendo sus frutos (léase celebración de operaciones comerciales por parte del empresario principal con terceros, consecuencia de la actividad profesional de aquel que fue agente pero que ya no lo es). Si a ello sumamos el hecho evidente de la existencia de sucesión temporal de contratos de agencia, en los que el agente subsiguiente puede beneficiarse la actividad promocional del precedente, así como la existencia de contratos de agencia con y sin pacto de exclusividad, pronto observaremos la importante incidencia que la diversidad estructural de la agencia y el factor tiempo deben tener en la determinación de los momentos a partir del cual y hasta el cual va a tener derecho el agente a percibir las comisiones pactadas, usuales o razonables.

Sintetizando los supuestos que se pueden dar en la práctica podemos ver los siguientes:

1.—Durante la vigencia del contrato de agencia (artículo 12 de la Ley):

a) **Agencia con pacto de exclusiva** territorial o personal.

El pacto de exclusiva territorial implica la determinación de una zona geográfica concreta en la que el agente promoverá y, en su caso, concluirá operaciones de comercio por cuenta de su principal, con exclusión de cualquier otro agente y del propio principal. Queda, por consiguiente, obligado el empresario principal a no celebrar más contratos de agencia que permitan la actuación del nuevo agente en una zona afectada por una anterior exclusiva.

Por lo que se refiere a la exclusiva personal, la misma implica la atribución de un grupo de personas, respecto de las cuales el agente promoverá y, en su caso, concluirá las operaciones de comercio objeto de la agencia.

En estos casos el agente tendrá derecho al cobro de comisiones sobre todas las operaciones de comercio bien concluidas con personas pertenecientes a la zona geográfica o al grupo objeto de la exclusiva, aun cuando en las mismas no haya intervenido personalmente el agente (41). Como es lógico, el ideal de todo agente es celebrar contratos con este tipo de pactos de exclusividad.

b) **Agencia sin pacto de exclusiva.**

Para que nazca el derecho del agente a la comisión deberá concurrir uno de los dos requisitos siguientes: que haya una intervención profesional del agente respecto del acto u operación de comercio concluido; que el acto u operación de comercio se haya concluido con persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga.

En el primero de los supuestos referidos es perfectamente lógico el nacimiento del derecho a la comisión del agente por cuanto que el agente ha cumplido con su obligación de intervención profesional.

En cuanto al segundo supuesto, el mismo implica el reconocimiento implícito de que si el empresario va a contratar con el tercero, no es gracias a su esfuerzo personal o al de sus dependientes, sino al trabajo profesional del agente que fue quien captó a dicho cliente para su principal. Entendemos que la Ley debe interpretarse en el sentido de que el agente debe haber promovido y, en su caso, concluido una operación comercial con ese mismo tercero para el mismo empresario principal, de manera que ese tercero pueda ya ser considerado cliente del empresario principal, merced a la anterior actuación profesional del agente. La interpretación de considerar que fuese suficiente con que el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido operaciones con ese mismo tercero pero para otro empresario (pensemos en el agente sin pacto

(41) En la doctrina Rodrigo URÍA, «Derecho Mercantil», ... ya citado, p. 637, con cita de la Sentencia de 28 de febrero de 1970, califica a esta modalidad de comisión de «comisión indirecta» «por contraposición a la que se devenga cuando el pedido se cursa por mediación del propio agente».

de exclusiva, que promociona operaciones comerciales de diversos empresarios), conduciría a una situación injusta, así como, en ocasiones, difícil de verificar. A nuestro juicio, la razón de ser de esta expansión del derecho a la comisión se encuentra en el beneficio general que se experimenta por el empresario principal debido a la labor continuada y profesional del agente en la captación de nueva clientela para dicho principal.

c) **Sucesión de Contratos de Agencia** (artículo 13.2 Ley).

Dada la posibilidad de que se sucedan en el tiempo diversos agentes, que han ido contratando con un mismo empresario principal, puede darse la posibilidad de que durante la vigencia de un contrato de agencia se concluyan operaciones de comercio celebradas gracias a la intervención de un agente precedente, en cuyo caso el agente que lo fuese al tiempo de la conclusión de la operación de comercio carece de derecho a la comisión.

Se hace, finalmente, referencia a un criterio de equidad en cuanto al reparto de comisiones por los agentes sucesivos, cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen. Dichas circunstancias deben ser, a nuestro juicio, motivadas por la participación de ambos agentes en la promoción y, en su caso, conclusión de las operaciones de comercio.

2.—**Tras la extinción** del contrato de agencia (artículo 13).

La regla general será la de inexistencia de derecho a retribución por parte del agente respecto de las operaciones de comercio objeto del contrato y concluidas por el empresario principal tras la extinción del contrato.

Se establecen por la Ley **dos excepciones** a dicha regla general, fundadas en motivos de equidad, con el fin de evitar un enriquecimiento injusto por parte del empresario principal (42):

a) El cobro de comisiones por las operaciones de comercio concluidas en el plazo de los TRES MESES contados desde la fecha de extinción, siempre que el agente pruebe que la operación de comercio se debe a la actividad desarrollada por el agente durante la vida del contrato.

b) Que aunque la conclusión de la operación de comercio sea posterior a la extinción, el encargo o pedido del tercero que dio origen

(42) A nuestro entender es posible justificar aquí la existencia de un enriquecimiento injusto pues se produciría tanto un enriquecimiento para el principal (beneficios derivados de la conclusión de las operaciones de comercio) como un empobrecimiento del agente (quien habría asumido los gastos de promoción de las operaciones, que luego se concluyen tras la extinción del contrato).

Para VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1.155, refiriéndose al artículo 17.3 de la Directiva, antecedente, a nuestro entender, del artículo 13 de la Ley, este derecho al cobro de las comisiones esperadas de la ejecución normal del contrato supone la indemnización del lucro cesante ocasionado al agente por la extinción del mismo.

a la misma fuese anterior a dicha extinción, de manera que el agente, de haberse concluido la operación en vida del contrato de agencia, hubiese tenido derecho al cobro de la comisión.

C) *La Efectividad de la Remuneración: Devengo, Información, Pago, Pérdida y Reembolso de Gastos*

Se regulan todas las cuestiones citadas en el título de este apartado en los artículos 14 al 18 de la Ley del Contrato de Agencia.

El nacimiento del derecho a la remuneración («devengo» en palabras del legislador —artículo 14 de la Ley—, utilizando un concepto extraído del Derecho Tributario y Bancario), se puede producir en un triple momento (43), dependiendo en parte del tipo de operaciones que constituyan el objeto de la agencia:

a) Cuando el empresario haya ejecutado el acto u operación de comercio. Pensemos en el caso de una agencia de compra, en el momento en que el principal recibe las mercancías y paga su precio.

b) Cuando el empresario no haya ejecutado el acto u operación de comercio por su exclusiva voluntad.

c) Cuando los terceros que contrataron por la intervención del agente hubieran ejecutado total o parcialmente la operación de comercio. Sería el caso de una agencia de venta, en la que se produce el pago del Precio por el tercero comprador.

Ello determina que, como ya señalaba Valenzuela Garach (44), no haya distinción entre comisiones debidas y exigibles, puesto que su adquisición o devengo queda condicionado en todo caso al «buen fin» de la operación.

Si nos encontramos ante empresas que presenten un gran volumen de operaciones y que tengan diferentes agentes comerciales en una misma zona geográfica sin pacto de exclusiva, es fácil colegir la dificultad que el agente tendrá para conocer cuándo se han ejecutado o no las operaciones de comercio promovidas y, en su caso, concluidas por el mismo. Para resolver estos problemas el artículo 15 de la Ley reco-

(43) El devengo no es más que «el hecho generador del derecho a la comisión» al que se refiere VICENT CHULIA, «Compendio Crítico ...», ... ya citado, p. 317.

(44) Vid. Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1.152. Ese buen fin de la operación, supone, como señala Rodrigo URÍA, «Derecho Mercantil», ... ya citado, p. 636, la necesidad de que el tercero contratante haga efectiva la correspondiente prestación, de manera que, como dice Fernando SÁNCHEZ CALERO, «Instituciones de Derecho Mercantil», ... ya citado, p. 464, «si el tercero no cumple su prestación, decae el derecho del agente a la comisión». Por tanto, en los casos de agencia de ventas, la comisión supone un porcentaje de las cantidades efectivamente pagadas por cada cliente; Vid. Francisco VICENT CHULIA, «Compendio Crítico de Derecho Mercantil», ... ya citado, p. 312.

noce un amplio derecho de información a favor del agente, que concreta la obligación general de información prevista en el artículo 10.2 de la misma Ley y que, en su caso, deberá hacerse efectivo ante los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo previsto en la nueva redacción del artículo 32 del Código de Comercio, tras la Reforma del mismo por Ley de 25 de julio de 1989.

Este **derecho de información** tiene una doble manifestación:

a) Como deber del empresario respecto del agente, que queda obligado a presentar, como máximo con una periodicidad trimestral, pues se admite el pacto expreso de reducción del plazo, la relación de comisiones devengadas. Dicha información habrá de ser presentada antes del último día del mes siguiente a la conclusión del trimestre natural.

b) Como derecho del agente al examen de la contabilidad de su empresario principal y del resto de información que solicite para comprobar la cuantía de sus comisiones.

No hay, de otra parte, que confundir el nacimiento del derecho al cobro de la comisión (su devengo) con el momento en que el agente puede efectivamente cobrar dicha comisión. Por ello el artículo 16 de la Ley obliga al empresario a pagar las comisiones mediante liquidaciones, al menos, trimestrales, debiendo efectuar los pagos antes de que transcurra el último día del mes siguiente a la conclusión del trimestre natural. Este sistema retributivo es una consecuencia de la estabilidad y continuidad que presenta el contrato de agencia, evitando el engorro que supondría que el agente quisiese cobrar de manera individual y aislada cada una de las operaciones de comercio que hubiese promovido y, en su caso, concluido.

Se admite siempre, en beneficio del agente a quien le interesará por razones de liquidez, el pacto de acortar los plazos para llevar a término las precipitadas liquidaciones.

No existe previsión alguna respecto de la calificación preferencial que pudiesen tener los créditos de los agentes, por su derecho de remuneración, frente a los empresarios principales, así como tampoco se ha reconocido legalmente el derecho de retención a favor del agente sobre los efectos entregados en depósito por el principal, o sobre los pagos realizados por clientes a favor del empresario principal (45).

Por último, conforme previene el artículo 18 de la Ley del Contrato de Agencia, el agente no tiene derecho alguno al reembolso de los gastos ocasionados al mismo por el ejercicio de su actividad profesional. Ello no es más que una consecuencia del carácter empresarial que su-

(45) Esas dos medidas de protección especial de los pagos a los agentes fueron propuestas en su día en el Borrador redactado por el Consejo General de Colegios de Agentes Comerciales de España, según puso de manifiesto VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», .. ya citado, p. 1.152.

pone su actividad, lo que le exige hacerse cargo de los gastos de explotación de la misma. Nos encontramos aquí, pues, con otra diferencia entre el contrato de agencia y el contrato de comisión, pues respecto de este último el artículo 278 del de Comercio reconoce el derecho del comisionista a reclamar a su comitente, previa presentación de cuenta justificada, los gastos y desembolsos efectuados con el abono del interés legal del dinero desde la fecha de los mismos hasta la de su efectivo reintegro.

Cabe llamar la atención acerca de que esta norma que excluye el abono de gastos es especial del ordenamiento español, por cuanto que la Directiva Comunitaria no contiene previsión expresa alguna al respecto.

D) *Convenio sobre la Prima*

Utilizamos aquí un concepto empleado por la doctrina (46) para referirnos al supuesto previsto en el artículo 19 de la Ley del Contrato de Agencia, que no tiene parangón en la Directiva Comunitaria, pese a estar previsto en la Propuesta de Directiva de 1976.

Se trata de un pacto, cuyo contenido es el de que el agente responde del buen fin de las operaciones de comercio (sería lo mismo decir que de la solvencia de los terceros que contraten con su principal por medio de su intervención), que debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Forma escrita.
- b) Determinación de si abarca a todas o a parte de las operaciones promovidas y, en su caso, concluidas por cuenta del empresario.
- c) Expresión de la comisión a percibir por el agente. Entendemos que se tratará de una comisión sólo sobre la parte de las operaciones abarcadas por la garantía del agente, pudiendo, por tanto, pactarse respecto del resto de operaciones una retribución por cantidad fija.

Asimismo consideramos que para aquellos casos en los que el agente tenga pactado un sistema retributivo general por comisiones, deberá acordarse una comisión especial o adicional, más elevada, respecto de aquellas operaciones en las que agente asuma el riesgo y ventura de las mismas, pues razones de equidad justifican, a nuestro entender suficientemente, ese plus de comisión para el agente. Tam-

(46) Vid. María Victoria SADA, «Los Agentes», ... ya citado, p. 618. También se la define como «comisión de garantía»; Vid. Luís Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 64 y Nota (11). Por su parte, Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, p. 70, proclama su naturaleza de «cláusula fiduciaria».

co regulan aquí ni la Directiva Comunitaria ni la Ley española el establecimiento de ningún derecho preferente a favor del agente para cobrar el importe de sus retribuciones (47).

IV. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA

Son dos las causas de extinción del contrato de agencia que se prevén en la Ley (48):

1. Extinción por causa de muerte

Se regula en el artículo 27 de la Ley del Contrato de Agencia, suponiendo una novedad respecto de la Directiva 86/653, que no prevé nada expresamente al respecto.

Dada la configuración del contrato de agencia como un contrato «*intuitus personae*», en lo que se refiere a las condiciones personales del agente, es por lo que el referido precepto legal prevé que la muerte o declaración de fallecimiento del agente es causa automática de extinción del contrato (49).

(47) SÁNCHEZ SOLE, «Comentario ...», ... ya citado, p. 89, defiende la aplicación analógica del artículo 276 del Código de Comercio, que establece un derecho especial de retención y un crédito preferente sobre los efectos que el comitente haya remitido al comisionista. Es de destacar que el Borrador de la Ley redactado por el Consejo General de Colegios de Agentes Comerciales de España, sí había previsto expresamente tanto el derecho de retención como la configuración de los créditos del agente frente al principal como créditos preferentes. Vid. Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial ...», ... ya citado, pp. 1152-1153. Finalmente el texto de la Ley no ha dicho nada al respecto, de donde interpretamos que la voluntad del legislador fue excluir la preferencia de créditos y el establecimiento de derecho de retención.

(48) La Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 23 de abril de (Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Gimeno Fernández; Aranzadi 1974/2.045) excluye expresamente la posibilidad de aplicar el artículo 279 del de Comercio (libre revocabilidad del contrato de comisión a instancia del comitente), relativo al contrato de comisión, a un contrato de agencia. El mismo criterio se expone «*obiter dicta*» en la Sentencia de 25 de octubre de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena y López; Aranzadi 1985/4.952).

(49) Se asienta, pues, el contrato de agencia en la legislación española, más sobre las condiciones personales del agente, cuando éste sea persona física, que sobre la organización empresarial que el mismo tenga. Se mantiene, pues, una posición distinta a la defendida por parte de Juan Luis IGLESIAS PRADA «Notas para el Estudio ...», ... ya citado, p. 278, a propósito del contrato de concesión, pero también aplicable a la agencia, siguiendo a GARRIGUES (Vid. su Nota 74). Para IGLESIAS PRADA este tipo de contratos serían más «*intuitus instrumenti*» que «*intuitus personae*», por lo que el contrato debería continuar existiendo en la medida en que el establecimiento mercantil del concesionario o del agente siguiese existiendo.

No ocurre lo mismo respecto del empresario principal, pues su muerte o declaración de fallecimiento únicamente faculta a sus sucesores en la empresa para denunciar el contrato de agencia, siendo la solución en este caso muy similar a la prevista para la comisión en el artículo 280 del Código de Comercio, con las exigencias de preaviso que más adelante veremos a la hora de estudiar la incidencia del factor tiempo en este tipo de contratos. No existe, pues, en estos casos, no ya una extinción «*ipso iure*» del contrato, sino ni tan siquiera el derecho del agente a reclamar la extinción del contrato, lo que es buena muestra de que las cualidades personales decisivas a la hora de contratar van a serlo del agente y no del empresario principal.

Conviene señalar que este artículo 27 de la Ley está contemplando la existencia únicamente de personas físicas en el contrato de agencia (tanto por parte del agente como por parte del empresario principal), por lo que no conviene olvidar que el artículo 1 de la propia Ley reconocía la posibilidad de que cualquiera de las dos partes contratantes fuese una persona jurídica. Aun cuando la Ley no diga nada expresamente al respecto, consideramos que la disolución y liquidación del agente-persona jurídica, con su correspondiente extinción, deberá asimilarse al fallecimiento de la persona física teniendo asimismo el efecto de extinguir el contrato de agencia, salvo en el caso de que hubiese una sucesión en la organización empresarial del agente disuelto y liquidado por parte de un nuevo empresario, en cuyo caso cabría la posibilidad de acordar la continuidad de la agencia con el sucesor. Y lo mismo habrá de ocurrir cuando quien se disuelva, liquide y, por tanto, se extinga, sea el empresario principal que revista también una forma societaria.

2. La Extinción por el Transcurso del Tiempo

Hay que partir de la base de que el contrato de agencia, siendo un contrato de duración, puede ser pactado por tiempo determinado o por tiempo indeterminado.

A) *Los Contratos por Tiempo Determinado*

El artículo 23 de la Ley, a diferencia de lo que ocurre con la Directiva Comunitaria, que prácticamente sólo se ocupa de los contratos de agencia por tiempo indeterminado, prevé expresamente la posibilidad de pactar, sin necesidad de que el pacto sea por escrito, una duración determinada o indeterminada del contrato de agencia, estableciéndose una presunción de duración indefinida salvo pacto expreso en contrario.

El artículo 24.2 de la Ley prevé asimismo la conversión automática de los contratos por tiempo determinado en contratos de duración indefinida, cuando, vencido que fuese el plazo pactado, el contrato siga siendo ejecutado por ambas partes. No existe, por tanto, en el contrato de agencia, la tácita reconducción por igual plazo de duración que el anteriormente pactado, sino, por contra, su conversión automática y «ministerio legis» en contrato indefinido. Entendemos que ni siquiera cabrá la prórroga automática por iguales períodos de tiempo que el inicialmente pactado ni aunque las partes lo hubiesen así expresamente estipulado, por cuanto que con el establecimiento de un contrato por tiempo indefinido quedan mejor protegidos los intereses del agente. Como excepción consideramos que sí cabrá la posibilidad de pactar un contrato, por ejemplo, con un plazo de duración de TRES AÑOS, ampliable por prórrogas de igual duración, hasta una máximo de QUINCE AÑOS, porque sí podríamos hablar de la existencia de una duración determinada o, al menos, parcialmente determinada; por contra, si simplemente se hablase de prórrogas automáticas sin límite máximo, consideramos que habrá que acudir a la conversión automática en contrato de duración indefinida que hemos citado.

No dice nada la Ley al respecto de la posibilidad de extinción «ante tempus» del contrato por tiempo determinado, sin concurrencia de justa causa (50). Estamos conformes con Ragel Sánchez (51) en entender que en este caso de extinción anterior al vencimiento del contrato, nos encontramos, en realidad, ante un incumplimiento del contrato, que permitirá a la contraparte exigir la indemnización de daños y perjuicios, entre los que cabrá la inclusión del lucro cesante, que, a nuestro juicio, puede incluir el importe de las comisiones a devengar entre la fecha de extinción anticipada y la del vencimiento pactado del contrato.

En estos casos, como daño emergente consideramos que podrá solicitarse la indemnización por los gastos amortizables de instalaciones «ad hoc» al contrato de agencia, no amortizados a causa de dicho vencimiento anticipado, así como las indemnizaciones por clientela. De estas dos modalidades indemnizatorias nos ocuparemos más adelante con detalle, al venir reguladas en los artículos 28 y 29 de la Ley.

(50) Vid. Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1156, quien era partidario de que se hubiese seguido la Propuesta de Directiva que asimilaba estos supuestos al de la resolución de los contratos por tiempo indefinido sin respetar el plazo de preaviso, cara a la indemnización a favor del agente, cuando fuese el principal el que extinguiese de forma unilateral e injustificada.

(51) Vid. Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1989», ... ya citado, p. 860.

B) *Los Contratos por Tiempo Indefinido*

Constituyen la modalidad más frecuente del contrato de agencia y la que mayores problemas ha planteado en la práctica cara a su extinción (52).

Para que un contrato de agencia sea de tiempo indefinido caben dos posibilidades:

a) Que expresamente se pacte la duración indefinida del contrato, pacto que no requiere revestir forma escrita.

b) Que a la hora de celebrar el contrato de agencia, ni agente ni principal digan nada respecto de la duración del contrato, en cuyo caso la duración es indefinida por presunción legal «iuris et de iure» de que la voluntad de las partes fue pactar la meritada duración.

La posibilidad de la extinción de los contratos de duración indeterminada a través de la denuncia unilateral por uno de los contratantes ha sido ya reconocida por nuestra Jurisprudencia, en la precitada Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988, en la que, recogiendo la doctrina jurisprudencial recaída básicamente en relación con contratos de concesión en exclusiva (53), se hace un detallado y completo estudio de las soluciones adoptadas por el Derecho Comparado y en modalidades contractuales españolas que prevén la posibilidad de duración indeterminada, para concluir que la denuncia unilateral no es incumplimiento del contrato, naciendo sólomente el derecho a indemnización cuando la denuncia se hubiese hecho con mala fe o abuso del derecho.

Cabe extraer igualmente de la señalada Sentencia que el reconocimiento del derecho de denuncia es consecuencia del carácter de contrato de confianza, «*intuitus personae*», que presenta la agencia, lo que motiva el que a nadie se pueda obligar a estar permanente y eternamente obligado respecto del otro contratante, cuando pierda la confianza que en aquél tenía depositada (54).

(52) *Vid.* Sentencia de la Sala I.^a del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López) con el Comentario a la misma de Enrique QUIÑONERO CERVANTES, «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil» n.º 16, Sentencia n.º 427, pp. 237-242.

(53) La inmensa mayoría de la doctrina mercantilista que estudia la agencia destaca el menor número de litigios relativos al contrato de agencia respecto del contrato de concesión, señalando como causa de esta circunstancia las mayores dimensiones de los concesionarios, que les permite disponer de mayor medios económicos que, a su vez, les facilitan el soportar el coste de la tramitación de litigios contra las grandes compañías mercantiles a las que se suelen servir de agentes y de concesionarios.

(54) *Vid.* Juan Luis IGLESIAS PRADA, «Notas para el Estudio ...», ... ya citado, p. 277, quien afirma que «la confianza —simple motivo subjetivo en los contratos de ejecución instantánea— se transforma normalmente en los contratos de ejecución continuada en un motivo determinante de la voluntad y en causa del contrato»; Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, con cita de Díez PICAZO, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, pp. 73-74, donde defiende la justificación de la denuncia unilateral de los contratos de duración indefinida y en que concurra un componente fiduciario.

La señalada Sentencia de 22 de marzo de 1988, consolidada más tarde en la también citada de 19 de septiembre de 1989, y reiterada en la posterior de 16 de febrero de 1990 (55), estableció como criterio acreditativo de la buena fe (56) de quien denunciaba unilateralmente el contrato (en todos los casos planteados en la Jurisprudencia el empresario principal, no el agente), la existencia de un preaviso, así como reconoció el derecho del agente a obtener una «indemnización por clientela», que por nuestra parte preferimos denominar «indemnización por plusvalía de clientela».

Pues bien, todo ello ha tenido plasmación legal en nuestro Derecho de forma expresa y superando algunos problemas que la aplicación práctica presentaba, con motivo de la aprobación de la Ley del Contrato de Agencia.

Cabe, por tanto, que distingamos a la hora de estudiar la extinción de los contratos de agencia por tiempo indefinido los siguientes apartados:

1. El Preaviso

Es requisito «sine qua non» para que podamos hablar de la existencia de una denuncia unilateral de buena fe por parte de cualquiera de los contratantes de la agencia, el que la denuncia se formule por escrito y con un plazo de preaviso, tal y como dispone el artículo 25 de la Ley.

El preaviso, podemos definirlo como el espacio de tiempo que habrá de mediar necesariamente entre la fecha de la recepción y conocimiento de la denuncia por la contraparte y la fecha en que se da por efectivamente extinguida la relación contractual de la agencia; también puede entenderse como preaviso la denuncia unilateral y escrita de cualquiera de las partes por la que se indica que el contrato de agencia se extinguirá en una determinada fecha futura.

Conforme al espíritu proteccionista del agente que impregna toda la Ley del Contrato de Agencia, se prevé expresamente en el artículo 25.3 de la Ley la posibilidad de pacto expreso de preavisos desequilibrados en sentido unívoco a favor del agente, esto es, que sólo cabe que sea más amplio el preaviso exigido al empresario principal que al agente, pero no a la inversa.

En cuanto a los plazos mínimos de preaviso, que siempre podrán ampliarse por pacto expreso de las partes contratantes, se fijan a razón de un mes por año de duración del contrato —debemos entender que se

(55) *Vid.* Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1990» ... ya citado, pp. 459-472.

(56) Como señala Juan Luis IGLESIAS PRADA, «Notas para el Estudio ...», ..., p. 273, «la buena fe es el aire que envuelve las relaciones entre los comerciantes».

refiere a los años transcurridos hasta aquél en el que nos encontramos a la hora de denunciar unilateralmente el referido contrato—; para el caso de contratos convertidos «ministerio legis» en contratos por tiempo indeterminado, el artículo 25.5 de la Ley hace expresa referencia a computar la duración tanto de los años pactados de duración inicial, como los que posteriormente a la conversión en contratos por tiempo indefinido hubiesen ya transcurrido en el momento de formular la denuncia, hasta llegar al sexto año (que supone un máximo de seis meses por imposición de ley, con independencia de la facultad de pactar plazos de preaviso mayores), siendo para los contratos de duración inferior a un año el plazo mínimo de preaviso el de UN MES.

El pacto de ampliación de los plazos de preaviso beneficia, a nuestro juicio, a ambas partes, pues tanto permite al empresario seleccionar con calma y cuidado su futuro agente en la misma zona geográfica, como al agente planificar su futura actuación empresarial. En ningún caso la formulación del preaviso excluye que las partes contratantes deban seguir cumpliendo con todas y cada una de las obligaciones que nacen del contrato de agencia hasta la fecha de efectiva extinción del contrato.

En cuanto al cómputo del plazo de un mes no queda claro, a nuestro entender, si deberá computarse de fecha a fecha o si por el contrario deberá entenderse como «dies ad quem» el del último día del mes siguiente al en que se efectuó la denuncia. El artículo 25.4 de la Ley del Contrato de Agencia se refiere al «último día del mes», mientras que el artículo 15.5 de la Directiva se refiere al «final del mes civil». A nuestro juicio la interpretación más conforme con nuestro Derecho en general es computar los meses tal y como dispone el artículo 5 de nuestro Código Civil, de manera que el plazo mensual deberá computarse de fecha a fecha, esto es, a partir de la fecha en que se recibiera fehacientemente el preaviso por la otra parte contratante.

Acogiéndose a la facultad que para los Estados miembros se reconoce en el artículo 16 de la Directiva Comunitaria, el legislador español, en el artículo 26 de la Ley, **excluyó de la necesidad de preavisar** tanto en los contratos por tiempo determinado como por tiempo indefinido, en dos supuestos:

a) **Incumplimiento de las obligaciones contractuales**, y a fuesen establecidas por la Ley o por la voluntad de las partes. No es ni más menos que una aplicación particularizada de la acción resolutoria tácita de los contratos bilaterales prevista en el artículo 1.124 CC (57).

(57) Supone, en palabras de Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, la existencia de una «justa causa de extinción». Vid. «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, pp. 71-72, y la enumeración que en la Nota (41) hace de las posibles infracciones contractuales del agente.

b) Por la **crisis económica** de cualquiera de las partes contratantes, manifestada a través de la declaración de quiebra o la mera admisión a trámite de un expediente de suspensión de pagos. Suponen, por tanto, estas situaciones concursales la concreción de las circunstancias excepcionales a que se refiere el artículo 16.b) de la Directiva 86/653.

En estos dos supuestos el único requisito de la denuncia será su forma escrita, con manifestación de voluntad de extinguir el contrato, así como indicación de la causa de la extinción, debiendo tratarse, pues, de una denuncia motivada. El momento de extinción será el de la recepción de la notificación escrita por la contraparte. Entendemos que a los efectos de evitar posibles conflictos es aconsejable que estas notificaciones se hagan de manera fehaciente, a ser posible, mediante Requerimiento Notarial.

Sigue presentando nuestra Ley la laguna que ya Fernando Valenzuela Garach (58) observó en la Directiva Comunitaria, referente a la falta de determinación de las consecuencias indemnizatorias que deberían derivarse la denuncia unilateral del contrato sin preaviso, fuera de los casos previstos en el artículo 26 de la Ley en los que los dos contratantes quedan exentos de la obligación de preavisar.

Ante la laguna legal, pensamos que en estos casos de falta de respeto a los plazos de preaviso mínimos legales o superiores pactados por las partes, la contraparte perjudicada por la inexistencia de preaviso tendrá derecho a ser indemnizada. Para el caso de que fuese el agente el perjudicado por la denuncia extemporánea del empresario principal, esta situación deberá ser resuelta, de acuerdo con nuestra doctrina y Jurisprudencia (59), a través del nacimiento de la obligación de dicho empresario de indemnizar al agente con el abono de las comisiones medias que le hubiese correspondido al agente percibir por las operaciones que se hubiesen promovido y, en su caso, concluido durante dicho período de tiempo.

En aquellos casos en los que se hubiese pactado expresamente por las partes contratantes un plazo de preaviso, la denuncia sin el mismo supondría un claro incumplimiento del contrato, de donde resulta de

(58) *Vid.* Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial», ... ya citado, pp. 1354-1355.

(59) *Vid.* Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 74, que llama la atención sobre los perjuicios que para el agente supone la extinción brusca y sin preaviso de la agencia, dado que deberá mediar un tiempo hasta que encuentre otra ocupación, que le permita obtener los ingresos que antes obtenía a través del contrato de agencia extinguido; *Vid.* también del mismo artículo doctrinal, p. 79, donde propugna como canon de indemnización el importe de las comisiones que el agente hubiese percibido durante el tiempo del preaviso no respetado, calculadas sobre las comisiones medias de los dos años anteriores; *Vid.* del mismo autor citado «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1989», ... ya citado, p. 860.

aplicación el artículo 1.101 C.c., que hace nacer la obligación de indemnizar daños y perjuicios, concretada también, para el caso del agente, en las referidas comisiones pendientes de devengo.

Para el supuesto de ser el empresario el perjudicado por la falta de preaviso del agente, podrá tomarse como concepto indemnizatorio el de las pérdidas sufridas por la disminución de operaciones experimentada a causa de la no consecución de un nuevo agente en la zona durante el tiempo que medie entre la denuncia unilateral y la fecha de extinción normal de la agencia. Para el cálculo de esta indemnización tendrán un indudable valor para nuestros Jueces y Tribunales las pruebas periciales que se practiquen a través del análisis de la contabilidad y declaraciones fiscales anteriores del empresario, que permitan obtener, en ocasiones, un cálculo lo más fiable posible de las pérdidas sufridas.

Estos supuestos indemnizatorios debemos considerarlos adicionales respecto de los previstos expresamente en la Ley del Contrato de Agencia y que más adelante analizaremos: la indemnización por clientela y la indemnización por falta de amortización (artículos 28 y 29 de la Ley).

3. La Indemnización por Clientela

Se trata también de otro concepto nacido antes en nuestra doctrina y Jurisprudencia (60), siendo recogido por el artículo 28 de la Ley, a semejanza de lo previsto en el artículo 17 de la Directiva Comunitaria.

Su justificación se encuentra por parte de Luis Felipe Ragel Sánchez (61) en la doctrina de la prohibición del enriquecimiento injusto, por cuanto a causa de la extinción de la agencia se produce un enriquecimiento del empresario principal, que sigue disfrutando de la clientela

(60) *Vid.* las ya referenciadas Sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988, 19 de septiembre de 1989 y 16 de febrero de 1990, así como los comentarios doctrinales a las mismas, también referidos y Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 75, quien llama la atención acerca del beneficio económico sobreañadido que puede adquirir el empresario representado o principal, al poder contratar directamente con la clientela que le captó el agente, pero sin la intervención de éste y sin tener, por tanto, que abonarle retribución alguna.

Señala Fernando SÁNCHEZ CALERO, «Instituciones de Derecho Mercantil», ... ya citado, p. 464, que el derecho a la indemnización por clientela ya había sido reconocido en los usos del tráfico.

(61) *Vid.* Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, pp. 82-83, quien también hace una referencia bastante superficial a la infracción de la regla de la buena fe como justificante de esta modalidad indemnizatoria. Por su parte Enrique QUIÑONERO CERVANTES, «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988», ... ya citado, p. 242, es partidario de buscar la fundamentación del derecho a la indemnización por clientela no en el enriquecimiento injusto, sino en la mala fe del denunciante manifestada a través del mantenimiento de relaciones comerciales con los clientes proporcionados por el agente.

que le proporcionó la actuación del agente y se ahorra su retribución, con un paralelo empobrecimiento del agente, que deja de percibir su retribución, correspondiéndose los meritos empobrecimiento y enriquecimiento sin causa justificativa.

De este derecho a indemnización sólomente será titular el agente que haya celebrado un contrato de agencia, tanto por tiempo determinado como indefinido, siendo los **requisitos** para que opere el mismo:

a) Que el agente haya aportado con su actividad empresarial nuevos clientes al empresario o haya incrementado el volumen de sus operaciones con la clientela que ya tenía el principal. Es por esto por lo que preferimos denominar a esta indemnización «indemnización por plusvalía de clientela», pues el dato decisivo es el incremento de las operaciones concluidas por el principal gracias a la intervención del agente, bien mediante la apertura de nuevos mercados, bien mediante la potenciación y desarrollo de aquellos otros mercados que el principal ya tuviere abiertos al iniciarse la ejecución del contrato de agencia.

b) Que la actividad anterior del agente pueda proporcionarle ventajas al empresario principal. A nuestro juicio esto conllevará la extinción del derecho a indemnización por plusvalía de clientela cuando se haya producido el inmediato fallecimiento o la disolución, según sea persona física o jurídica, del empresario principal, sin que sea sucedido en la empresa.

c) Debe ser la equidad la que en último término justifique esta indemnización por plusvalía de clientela (62), manifestada a modo simplemente ejemplificativo, en la existencia de pactos de prohibición de competencia (es el supuesto sin duda más evidente, en el que al agente le queda vedado el aprovecharse de la clientela que ha captado para su principal, con el fin de desviarla hacia otros productos o servicios que promocione en el futuro), o en la pérdida de comisiones por parte del agente. Quedarán excluidos de derecho a indemnización aquellos supuestos en los que el agente siga relacionándose con la clientela captada para su empresario principal, procurando desviar la misma hacia los nuevos productos o servicios que se dedique a promocionar.

d) La extinción del contrato podrá devenir tanto del cumplimiento del plazo pactado, como de la denuncia unilateral con preaviso, si fue el agente quien extinguió el contrato, o de la muerte o declaración de fallecimiento del agente o del principal, pues aunque el artículo 28.2 de la Ley haga sólo mención al agente, estimamos que cuando la empresa del principal subsista a su personalidad jurídica habrán de ser sus sucesores quienes deban abonar al agente la indemnización por clien-

(62) La necesidad de concurrencia de razones de equidad para dar lugar a indemnización a favor del agente se defiende, «obiter dicta», en la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena y López; Aranzadi 1985/4.952).

tela. Para el caso de que sea el agente el fallecido o declarado tal, habrán de ser sus herederos quienes resulten titulares del derecho a la indemnización por clientela.

El artículo 28.3 de la Ley cuantifica el volumen de la indemnización, fijando como tope máximo el importe medio anual de las remuneraciones recibidas por el agente durante los últimos CINCO AÑOS o durante todo el período de duración del contrato si éste hubiese sido inferior a cinco años, siguiéndose el mismo criterio que el previsto en el artículo 17.1.b) de la Directiva 86/653. Resulta, pues, que a la hora de computar las indemnizaciones a percibir por el agente sólo habrá que tomar en consideración sus ingresos profesionales, sin tener que deducir de los mismos los gastos sufridos por parte del agente, lo que facilita enormemente su cálculo a la vez que aumenta el importe de las indemnizaciones a percibir por el agente. La crítica que se puede hacer a este sistema de cuantificación es que al fijarse sólo topes máximos, la determinación del importe de la indemnización en cada caso concreto deberá alcanzarse bien por acuerdo entre las partes contratantes o bien, cuando haya conflicto, por parte de los Jueces y Tribunales, tras el correspondiente juicio, que permitirá ponderar las circunstancias concurrentes caso por caso, lo que supone una cierta inseguridad jurídica para el agente, a la vez que motivará la existencia de litigios (63).

Como criterio para cuantificar el importe de las indemnizaciones a percibir por el agente propuso también Luis Felipe Ragel Sánchez (64) ponderar si el contrato incluía o no un pacto de exclusiva, siendo mayores las mismas si lo incluía, por ser superiores las comisiones a percibir en ese caso, a la vez que resultaba más fácil la prueba de la clientela aportada al empresario representado.

4. La Indemnización por Daños y Perjuicios

Es la que se ha venido en denominar por Valenzuela Garach (65) indemnización por el daño emergente.

(63) No se siguió la propuesta formulada «de lege ferenda» por Luis-Felipe RAGEL SÁNCHEZ, «La Denuncia Unilateral ...», ... ya citado, p. 85, proponiendo, por motivos de seguridad jurídica y economía procesal, que se estableciesen unas cantidades fijadas para la indemnización por clientela, sino que se estableció el sistema de cuotas máximas por influencia del Derecho Comparado y, fundamentalmente, de la Directiva Comunitaria. Sobre los distintos sistemas vigentes clásicamente en el Derecho Comparado, puede consultarse la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1988, ya citada: sistema italiano de libertad judicial con base en la equidad; sistemas alemán, francés o austriaco de fijación de topes máximos de indemnización sobre la base de las comisiones medias de los últimos años.

(64) *Vid.* «Comentario a la Sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 1989», ... ya citado, p. 864.

(65) *Vid.* Fernando VALENZUELA GARACH, «El Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1.155.

Se regula en el artículo 29 de la Ley, de una manera, a nuestro juicio, más restrictiva que como se hace en el artículo 17.3 de la Directiva 86/653, pues en la misma se prevé también la indemnización cuando la extinción del contrato se realice en unas condiciones tales que impidan al agente beneficiarse de las comisiones que se devengarían de la ejecución normal del contrato, a la vez que se produce un beneficio sustancial para el principal a causa de la actuación del agente.

Sus **características** son las siguientes:

- a) Su titularidad corresponde sólo al agente comercial.
- b) Sólo opera en los contratos de duración indefinida.
- c) El respeto o no al preaviso por parte del empresario principal resulta irrelevante a los efectos de hacer nacer el derecho a indemnización del agente.

d) A diferencia del artículo 17.4 de la Directiva Comunitaria, es necesario que se produzca la extinción voluntaria del contrato de agencia, en virtud de la denuncia formulada por el empresario, lo que excluye la aplicación de este precepto a los supuestos de extinción por causa de muerte del agente. Dada la redacción imperativa e incondicional del artículo 17.4 de la Directiva («... la reparación del daño con arreglo al apartado 3 se producirá asimismo cuando la terminación del contrato se realice como consecuencia del fallecimiento del agente comercial»), cabe, a nuestro entender, concluir que, a pesar de que la Ley española no diga nada al respecto, deberá reconocerse el mismo derecho a indemnización de daños y perjuicios, previsto en el artículo 29 de la Ley, a favor de los herederos del agente fallecido, en virtud todo ello de la doctrina del efecto directo de las Directivas Comunitarias.

e) Los daños y perjuicios indemnizables en virtud de este precepto se concretan exclusivamente a los gastos amortizables efectuados por el agente (deben ser, a nuestro entender, no gastos corrientes sino gastos en inmovilizado susceptibles de amortización, soportados por el agente para poder llevar a cabo su actividad empresarial, tales como instalaciones, maquinaria, adquisición de locales, etc ...), a petición del empresario principal (así entendemos que deberá interpretarse la expresión «instruidos por el empresario») para la ejecución del contrato de agencia.

Consideramos que la meritada «instrucción empresarial» no debe ser interpretada en sentido estricto (de manera que sólo quedarían abarcados los gastos amortizables realizados siguiendo expresas instrucciones de su empresario principal), sino que también debe abarcar aquellos gastos exigidos para el normal desarrollo de la actividad empresarial del agente.

Este derecho a indemnización estipulado por la Ley a favor del agente nos pone de manifiesto una diferencia más entre agentes y representantes de comercio, por cuanto en estos últimos, al tratarse una relación laboral, la indemnización para el caso de extinción del contra-

to se incrementa por razón de la antigüedad; por contra, en el caso de los agentes, tal indemnización disminuye con la antigüedad, pues justamente esa antigüedad en el desempeño de su cargo es, por lo común, la que le habrá permitido al agente, mediante el cobro de las retribuciones a que tiene derecho, amortizar los gastos de las instalaciones, medios e instrumentos que le son necesarios para el desempeño de su actividad profesional. Llegados a una gran antigüedad será necesario que el agente acometa nuevas instalaciones de reposición, que deberán, nuevamente, ser amortizadas.

Por último, entendemos que la indemnización de daños y perjuicios a favor del agente por causa de la extinción anticipada del contrato de agencia no debe limitarse a las amortizaciones pendientes previstas en el artículo 28 de la Ley —debe entenderse, pues, que lo que hace la Ley es prever expresamente la indemnización por unos particulares daños y perjuicios, pero sin que ello suponga que no existan más daños y perjuicios indemnizables—, sino que como señala Sergio Sánchez Sole (66) deben ampliarse también al incumplimiento de los plazos de preaviso (en este caso la indemnización vendrá dada por el importe de las comisiones que normalmente se hubiesen devengado durante el periodo de preaviso, en el que hubiese continuado vivo el contrato), así como en los casos de extinción anticipada de los contratos de duración determinada antes del término pactado. En este último caso, cuando se produzca la extinción sin justa causa, quizás hubiese sido conveniente el estipular un precepto similar al artículo 56 LAU, salvando las distancias, que permitiese al agente seguir cobrando hasta el vencimiento normal del contrato el importe de las comisiones medias hasta la fecha recibidas; ante la ausencia de dicha norma pensamos que pueden tomarse como cánones de los daños y perjuicios a indemnizar: la naturaleza de la actividad, la necesidad o no de dismantelar las instalaciones, la exclusividad o no de la agencia e incluso la posible pérdida de prestigio profesional para el agente a quien se le rescinde anticipadamente su condición de tal.

5. Inexistencia y Pérdida de los Derechos a Indemnización por Clientela y por Daños y Perjuicios

La inexistencia se regula en el artículo 30 de la Ley, sobre la base de tres supuestos prácticamente coincidentes con los previstos en el artículo 18 de la Directiva Comunitaria:

a) Extinción del contrato por denuncia del empresario principal a causa del incumplimiento de las obligaciones legales y/o contractuales del agente, propias del contrato de agencia. Deberá tratarse, como ocu-

(66) Vid. Sergio SÁNCHEZ SOLE, «Comentario ...», ... ya citado, p. 92.

rre en todos los contratos, de incumplimientos que presenten la suficiente entidad como para erigirse en causa de resolución contractual.

b) Cuando sea el agente el que pone fin al contrato en virtud de su denuncia unilateral, a menos que la misma se deba a circunstancias imputables al empresario (pensemos en incumplimiento por el empresario de sus obligaciones contractuales y/o legales), o bien que por razones de edad, enfermedad o invalidez del agente ya no se le pueda exigir continuar con la ejecución del contrato de agencia.

c) Cuando con consentimiento del empresario se hubiese producido una sucesión en la condición de agente, de manera que el agente primitivo se hubiese visto sucedido por un nuevo agente en sus mismos derechos y obligaciones.

Los tres anteriores supuestos los hemos englobado bajo la rúbrica de «inexistencia» de los derechos de indemnización, por cuanto que en esos casos ni siquiera llega a nacer a favor del agente el derecho a obtener indemnización alguna de las previstas concretamente en la Ley.

Por lo que se refiere a la «pérdida» del derecho a las indemnizaciones de plusvalía de clientela y de daños y perjuicios, con ello queremos decir que si bien ha nacido el derecho a ser indemnizado, el agente lo pierde por la dejación de actividad reclamadora del mismo. El legislador ha preferido establecer un plazo expreso de prescripción muy breve, no calificado como tal en la Directiva Comunitaria (67), y asimilado, en cuanto a su extensión, al del ejercicio de las acciones de responsabilidad extracontractual. Así el artículo 31 —como excepción a la regla general de prescripción quincenal de acciones que se desprende de la remisión contenida en el artículo 4 de la propia Ley al Código de Comercio y, por esa vía, al artículo 1.964 del Código Civil— prevé un plazo de prescripción anual contado desde la fecha de extinción del contrato, por ser ese el momento en que nace la acción del agente para reclamar del empresario principal las señaladas indemnizaciones por clientela y por gastos amortizables.

(67) Dice el artículo 17.5 de la Directiva Comunitaria que: «El agente comercial perderá el derecho a la indemnización en los casos contemplados en los apartados 2 y 3 si no hubiere reclamado al empresario, en un plazo de un año desde la terminación del contrato». Para VALENZUELA GARACH, «EL Agente Comercial: Algunos Apuntes ...», ... ya citado, p. 1.155, dicho plazo previsto en la norma comunitaria era de caducidad. Nuestro legislador ha preferido calificarlo como plazo de prescripción, por lo que deberá ser invocado por el empresario, no aplicado de oficio por el Juez, así como será susceptible de interrupción y no de suspensión.

INFORMACIÓN LEGISLATIVA (*)

A cargo de

**PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH
LUIS MIGUEL LOPEZ FERNANDEZ**

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte General*

1. CORPORACIONES PUBLICAS. Se promulga la ley básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Ley 3/1993, de 22 de marzo («B.O.E» del 23).

Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación surgieron en España en 1886, como asociaciones de comerciantes, industriales y navieros, manteniendo el carácter privado y la libertad de incorporación hasta que en 1901 y 1911 se las revistió de naturaleza jurídico-público y se impuso la adscripción obligatoria. Esta situación, que resultaba conforme con los principios de organización del Estado que se sucedieron en España, parecía chocar en algunos aspectos con la vigente Constitución de 1978 (art. 7, configuración de las asociaciones empresariales; art. 22 derecho de asociación; art. 36, «a contrario», sobre Colegios profesionales; art.38, libertad de empresa) que no parece admitir este tipo de Corporaciones, de afiliación forzosa.

La nueva regulación, que ahora se promulga, mantiene las Cámaras con su condición corporativa pública y todas las consecuencias que se derivan, sin hacer referencia alguna a los principios constitucionales y utilizando argumentos muy endeblados para justificar su permanencia.

Las Cámaras se configuran como corporaciones de derecho público que desarrollan funciones públicas y privadas. Son funciones públicas-administrativas las de expedir certificados, recopilar costumbres y usos, proponer reformas normativas o medidas, asesorar a las Administraciones, estimular la exportación, tramitar agudas, llevar un censo, actuar como árbitros... (art. 2) y son funciones privadas de las Cámaras la defensa de los intereses y prestación de servicios a los partícipes en el comercio, industria y navegación. La enunciación de las funciones públicas es prolija (hasta 17 apartados) pero el exa-

(*) Comprende las disposiciones publicadas en el Boletín Oficial del Estado durante el primer trimestre de 1993.

men de su contenido evidencia, en unos casos, lo erróneo de tal calificación y, en otros, su escasa relevancia, por lo que la completa publicación de estas instituciones resulta desproporcionada.

La consecuencia más importante de la naturaleza pública de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación es la incorporación automática a ellas de las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que ejerzan tales actividades en territorio nacional (son electores según el art. 6) y la obligación de satisfacer el «recurso cameral permanente», principal fuente de sus ingresos, configurado expresamente como exacción parafiscal.

El recurso o exacción mantiene su carácter tradicional de «recargo» sobre los impuestos que gravan las actividades económicas (IAE, IRPF gravamen sobre actividades empresariales, Impuesto de Sociedades), será exigible por la vía de apremio y sus actos de gestión serán reclamables en vía económico-administrativa.

En ámbito restante de actuación de las Cámaras, el control de sus actos corresponderá a la jurisdicción contencioso-administrativa (previo recurso ante la Administración de tutela) o a los Tribunales ordinarios según la naturaleza de los actos fiscalizados.

La Ley se completa con la regulación de los órganos de las Cámaras, su composición, la distribución interna de los fondos y el régimen presupuestario.

2. Derecho de obligaciones

2. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Resarcimiento de los daños causados por la rotura de la presa de Tous.

Real Decreto-ley 4/1993, de 26 de marzo («B.O.E.» del 30).

A) Exposición:

La presente disposición, con rango de la ley formal, autoriza la celebración de transacciones entre el Estado y los damnificados por la rotura de la presa de Tous el día 20 de octubre de 1982.

Los elementos de los contratos a celebrar son los siguientes:

1. Sujetos: Frente al Estado como responsable, podrán concurrir los perjudicados directamente por la rotura de la presa que figuren como tales en el proceso penal que se ventila, bien como partes o como beneficiarios de la acción de resarcimiento entablada por el Ministerio Fiscal.

2. Objeto: El Estado ofrece el resarcimiento a tanto alzado de daños personales (fallecimiento) y materiales, dependiendo su importe, en este caso, del tipo de bien afectado (muebles, urbanos, rústico, cosechas) y del municipio en que estuviesen situados. De las cantidades resultantes se deducirán las ayudas del Estado anteriormente recibidas. Como contrapartida, los perjudicados habrán de renunciar a cualquier tipo de reclamación de indemnizaciones no sólo frente al Estado, sino también contra otra Administración Pública o funcionarios.

3. Forma: Justificado por el número elevado de posibles transactores, se prevé una celebración conjunta de los contratos por vía de un procedimiento administrativo. El Decreto-ley habla de un convenio transaccional.

Así, la presente disposición supone una invitación a la transacción, que habrá de ser aceptada por los perjudicados, por escrito, en un plazo de dos meses y parece que se formalizará la operación con una simple relación de beneficiarios y cantidades.

Finalmente el Decreto-ley se completa con la dotación de los fondos precisos para hacer frente a las indemnizaciones.

B) Observaciones:

La exposición de motivos de la norma detalla suficientemente la compleja tramitación de los procedimientos derivados de la rotura de la presa y todavía no concluidos, así como la causa fundamental que se aduce para la celebración de la transacción: La falta de indemnización de los perjuicios a pesar de haber transcurrido más de diez años desde el suceso. No obstante, la misma exposición de motivos refleja otro aspecto de la situación que debe destacarse, pues las dificultades procesales determinan que «no sólo no se han fijado definitivamente los hechos en vía judicial, ni las eventuales responsabilidades civiles derivadas de las mismas, sino que ni siquiera resulta posible predecir el final de tan singular proceso».

Estas circunstancias el presente Decreto-ley, que supera las exigencias normales de rango para transacciones del Estado (art. 39 de la Ley General Presupuestaria) por el volumen de fondos necesario, produce el efecto de anticipar la resolución judicial del siniestro, revocando la anterior decisión del Gobierno que negaba el resarcimiento de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado. Se trata, en definitiva, de una decisión política que debería considerarse al margen de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado y más bien encajable en el ámbito de la protección civil, como ocurre con las ayudas públicas en casos de catástrofe (Real Decreto 692/1981, de 27 de marzo y órdenes de 31 de julio de 1989 y 18 de marzo de 1993, reguladores de competencias y procedimientos en la materia), aunque, por el momento en que se adopta deba revestir la forma de transacción (arts. 1809 y 1813 del Código Civil).

3. *Derechos reales*

3. MERCADO UNICO. Se establecen restricciones a la circulación de ciertos bienes y mercancías.

Real Decreto 1631/1992, de 29 de diciembre («B.O.E.» del 1 de enero de 1993).

A pesar de la supresión de controles para el tráfico intracomunitario de mercancías impuesto por la ratificación del Acta Unica Europea, la existencia de determinados bienes y mercancías para cuya circulación aún no existen medidas comunitarias y que por su especial naturaleza deben ser objeto de

controles previos a su circulación entre los Estados Miembros de la CEE, ha hecho necesaria la promulgación del presente texto normativo. Normalmente, la expedición al resto de Estados miembros, o la introducción en el territorio español, de las mercancías a las cuales se refiere la norma presentada, se verificará en ejecución de una relación jurídica contractual, y la eventual imposibilidad de obtener autorización implicará el consecuente incumplimiento, cuyas consecuencias serán las que se deriven del Derecho aplicable en cada caso.

En cuanto a las concretas actividades sujetas a control administrativo, por los órganos que en cada caso se detallan en la norma, son las siguientes:

1. La salida, con destino al resto de los Estados miembros, de bienes culturales integrantes del Patrimonio Histórico Español.

2. La expedición al resto de los Estados miembros de productos y tecnologías de doble uso.

3. La expedición al resto de los Estados miembros y la introducción en el territorio español, procedente de éstos, de material de defensa.

4. La introducción en territorio español de armas de todas clases y sus partes y piezas fundamentales cuando procedan del resto de los Estados miembros de la CEE.

5. La introducción en territorio español de explosivos, cápsulas detonadoras, artificios pirotécnicos, cartuchería, pistones y pólvora de caza, procedentes del resto de los Estados miembros.

6. La introducción en España, procedente del resto de Estados miembros, de material destinado a la práctica de los juegos de suerte, envite o azar autorizados en España.

7. La entrada y salida de las mercancías que sean objeto de medidas de vigilancia o protección comercial previstas en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, o cuyo comercio intracomunitario esté limitado en virtud de las disposiciones del Tratado de Adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas, en tanto no hayan sido modificadas por actos normativos de la CEE.

4. BIENES PUBLICOS. Regulación del patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Ley de la Asamblea Regional 3/1992 de 30 de julio («B.O.E.» del 26 de enero de 1993).

A) Exposición:

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ha procedido a modificar la Ley 5/1985, de 31 de julio, reguladora de su patrimonio y que fuera objeto de presentación en las páginas de Información Legislativa correspondientes

al fascículo II del tomo XXXIX de esta revista (disposición número 11). El contenido concreto de la nueva Ley es el siguiente:

1) Disposiciones generales relativas a los bienes integrantes del patrimonio de la Comunidad Autónoma, clasificación de los mismos, proclamación de las tradicionales notas de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público, y prerrogativas administrativas para la protección y defensa de su patrimonio.

2) Regulación de los bienes demaniales, procedimientos de afectación, mutaciones demaniales, y disposiciones relativas a su uso y aprovechamiento por los particulares. Se incluye el régimen jurídico básico de las concesiones administrativas y se contempla la posibilidad de que la Administración regional pueda, por razones de interés general, reservarse el uso de determinados bienes de dominio público.

3) Régimen jurídico de los bienes patrimoniales de la Administración autonómica, comprensivo de las normas aplicables a la adquisición y disposición de los mismos, así como a la adjudicación de su uso y aprovechamiento. Resultan destacables las previsiones expresas relativas a la celebración de contratos mixtos de adquisición y arrendamiento (leasing) y a las adquisiciones y enajenaciones de bienes incorporales.

4) Responsabilidades y sanciones derivadas del daño o deterioro de los bienes integrantes del patrimonio de la Comunidad autónoma.

B) Observaciones:

La disposición presentada pone de manifiesto una evidente mejora en relación con la sistemática de la Ley 5/1985, cuyo texto nos pareció en su momento criticable por la confusión a que podía inducir la insuficiente separación entre el régimen jurídico de los bienes patrimoniales y demaniales. Dada la relación existente entre la claridad de las normas y la seguridad jurídica, garantizada por el artículo 9.3 de la Constitución, este sólo dato serviría de base para inducirnos a una valoración positiva de la tarea llevada a cabo por el legislador autonómico. Sin embargo, y curiosamente, la ley nos sugiere también un comentario positivo por mantener sustancialmente inalterados algunos aspectos del texto derogado que, si en su momento pudieron pasar desapercibidos por su equilibrio, merecen hoy ser destacados ante el camino emprendido por otras Comunidades Autónomas. Nos referimos concretamente a la regulación de las sanciones que del daño o deterioro de los bienes de la Comunidad pudieran derivarse, por cuanto las mismas vienen a aplicarse en función de un doble criterio:

a) La existencia de una relación funcional, laboral, de empleo o servicio, entre el causante del daño y la Administración de la Comunidad Autónoma, que implique la puesta a su cargo de la gestión de los bienes o derechos a los cuales la ley se refiere (tanto patrimoniales como demaniales).

b) El carácter demanial del bien dañado o usurpado.

Así, los daños causados a bienes de naturaleza patrimonial, como consecuencia de acciones dolosas o negligentes de quienes no estén vinculados a la Administración autonómica en virtud de ninguna de las referidas relaciones, no constituyen infracción administrativa, derivándose exclusivamente de tales daños la obligación de indemnizar, de acuerdo con la normativa reguladora de la responsabilidad aquiliana. Se evita de este modo la injustificable solución, adoptada por algunas Comunidades Autónomas y consistente en sancionar como infracción administrativa tales comportamientos, consagrando así una diferencia en el tratamiento de análogas conductas sobre la exclusiva base de la titularidad del bien dañado, dato que, ni es relevante a tales efectos, ni, en la mayoría de los supuestos, podrá ser conocido a priori por el dañante (consultar, por ejemplo, la regulación contenida en las leyes reguladoras del patrimonio del Principado de Asturias y de las Islas Baleares, presentadas en el tomo XLIV de este anuario, fascículo III, disposición n.º 1 y fascículo I, disposición n.º 5, respectivamente).

Por el contrario, los criterios utilizados por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia nos parecen perfectamente asumibles, dado que en ambos supuestos se ha producido, además del perjuicio patrimonial, un plus de anti-juridicidad, consistente en la lesión de los deberes inherentes a la relación especial en que el dañante se encuentra respecto de la Administración, o en el menoscabo del uso o servicio públicos a que el bien se hallaba afecto, según los casos, dándose además la circunstancia de que el carácter demanial del bien, o la existencia de la relación jurídica fundamentadora de la tipificación de los daños causados como infracción administrativa, son factores respecto de los cuales difícilmente el dañante podrá alegar ignorancia.

5. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se promulgan las leyes de ordenación del territorio de las Comunidades Autónomas de Aragón y Murcia.

Ley de las Cortes de Aragón 11/1992, de 29 de noviembre («B.O.E.» del 19 de enero de 1993) y Ley de la Asamblea Regional de Murcia 4/1992, de 30 de julio («B.O.E.» del 26 de enero de 1993).

A) Exposición:

Siguiendo el orden de su publicación en el «B.O.E.» y comenzando, por tanto por la Ley aragonesa, podríamos resumir así su contenido:

1. Se prevé la creación de un Centro de Documentación Territorial de Aragón, destinado a reunir y tratar información relativa al territorio aragonés.

2. Se establecen los siguientes instrumentos para la consecución de una adecuada política de ordenación territorial:

— Las Directrices Generales de Ordenación Territorial, entendidas como instrumento básico de ordenación conjunta e integrada de la totalidad del territorio de la Comunidad Autónoma.

— Las Directrices Parciales de Ordenación Territorial, cuya función consiste en desarrollar las previsiones contenidas en las Directrices Generales

y que pueden referirse a áreas geográficas supramunicipales o a sectores económicos concretos.

— Los Programas Específicos de Actuación o Gestión de Ambito Territorial, configurados en la ley como instrumentos de ejecución de las Directrices Parciales y mediante los cuales se definen las concretas actuaciones a realizar en un determinado período de tiempo, así como los medios para su financiación.

— Los Procedimientos de Gestión Coordinada, destinados a racionalizar, en un ámbito territorial específico, la intervención de los órganos de las diferentes Administraciones públicas en relación con actuaciones de incidencia en la estructura territorial de Aragón.

3. El panorama normativo se completa con el establecimiento de una serie de medidas de fomento que adoptarán la forma de ayudas y beneficios de índole urbanística, encaminados a la consecución de determinadas finalidades, consideradas como prioritarias. La ley contiene además un régimen sancionador propio, para asegurar el estricto cumplimiento de sus preceptos.

4. En cuanto a la eficacia normativa de los instrumentos de ordenación creados por la norma presentada, el artículo 14 de la misma impone la necesidad de que en los mismos se distingan con precisión las determinaciones vinculantes de aquellas otras que posean exclusivamente naturaleza de directriz orientativa. El interés de la distinción legal radica en que, mientras las primeras determinaciones vinculan tanto a los particulares como a las Administraciones Públicas, las directrices orientativas sólo habrán de ser tenidas en cuenta por las Administraciones Públicas en la configuración de sus propias políticas de incidencia territorial. En particular la Ley establece la necesaria adaptación de los instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística al contenido de las Directrices de Ordenación, si bien en sus artículos 25.3 y 29.2 establece la necesidad de que su elaboración y aprobación se inspire en el principio de máximo respeto a las determinaciones contenidas en dichos instrumentos de ordenación, en la medida en que tal principio sea compatible con los intereses contemplados en el ámbito propio de las Directrices.

5. Se contienen también una serie de disposiciones tendentes a facilitar una más exhaustiva utilización del suelo no urbanizable no sujeto a especial protección, mediante recalificaciones llevadas a cabo en atención al caso concreto.

En cuanto a la ley de la Asamblea Regional de Murcia, sus aspectos más destacables son los siguientes:

1. Se crea el denominado Sistema Territorial de Referencia, destinado a albergar la información relativa al territorio de la Región de Murcia y que constituirá la base para la formulación de objetivos y toma de decisiones relativas al mismo. Se prevé además que sus datos estén a disposición de todos los ciudadanos.

2. Como instrumentos de ordenación territorial se contemplan, en primer lugar, las directrices de ordenación territorial, clasificadas a su vez en:

— Directrices regionales de ordenación territorial, referidas a actuaciones con incidencia en la totalidad de la Comunidad Autónoma.

— Directrices subregionales o comarcales de ordenación territorial, según se refieran a un ámbito espacial menor al de la Región de Murcia o a una comarca.

— Directrices sectoriales de ordenación territorial, relativas a la regulación del efecto de actividades sectoriales desarrolladas en un ámbito espacial. Se prevé en este sentido la elaboración de directrices de regulación, protección y usos del espacio rural, y de ordenación de los recursos naturales.

— Programas de actuación territorial, concebidos como instrumento de desarrollo de las directrices, cuyo objeto es recoger, de forma sistemática, las actuaciones con incidencia en el territorio que vayan a realizarse por los diversos organismos y entidades públicas.

— Actuaciones de interés regional, declaradas así por el Consejo de Gobierno, en atención a las ventajas de variada índole que pueden representar, y cuya promoción se atribuye, tanto a entidades públicas como a sujetos de derecho privado.

3. En cuanto a la eficacia normativa de estos instrumentos, la ley establece que las determinaciones de las directrices de ordenación serán de obligado cumplimiento para la actuación territorial de la Administración Pública en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en los términos que establezca el decreto de aprobación de las mismas, imponiéndose también la necesidad de que los planes urbanísticos o sectoriales y los programas de actuación territorial vigentes en el momento de su aprobación, se adapten a su contenido (art. 19 de la ley). En relación con los programas de actuación territorial, una de sus más destacadas consecuencias normativas consiste en la necesidad de adaptar a su contenido las previsiones contenidas en los programas de actuación y estudios económico-financieros de los planes urbanísticos, así como en los planes y programas sectoriales en vigor. Por último, la declaración de actuación de interés regional, en caso de disconformidad del proyecto con el planeamiento en vigor, implica también la necesidad de proceder a la modificación de este planteamiento, en los términos establecidos por el artículo 42 de la ley.

4. Se establecen también una serie de medidas tendentes a garantizar que la ejecución de obras, instalaciones y actuaciones calificadas por las directrices de ordenación o las normas sectoriales como actuaciones con incidencia territorial, se adapten a los instrumentos aprobados. Resulta especialmente destacable en este sentido la atribución al Consejo de Gobierno de la decisión definitiva en relación con los conflictos que pudieran plantearse entre las previsiones del planteamiento urbanístico, las directrices de ordenación del territorio y los

programas de actuación territorial y los proyectos de obras promovidos por organismos o entidades de derecho público *de cualquier ámbito*.

5. Se contienen también en la ley los procedimientos para la elaboración y aprobación de los planes de ordenación de los recursos naturales, contemplados en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales y de la fauna y flora silvestres, así como para la declaración de espacios protegidos, según su diversa tipología.

B) Comentario:

Las disposiciones objeto de presentación conjunta tienen como elemento común el de constituir el marco legal para la promulgación de una serie de instrumentos de desarrollo que nos sitúan a mitad de camino entre las técnicas de planificación económica y los planes directores territoriales de coordinación, contemplados en los artículos 68 y 69 del Texto Refundido de la Ley del Suelo como derecho supletorio respecto de la regulación que las Comunidades Autónomas puedan establecer en ejercicio de sus competencias.

En este sentido, ambas leyes vienen a poner de manifiesto la vinculación existente entre el desarrollo socioeconómico y la ordenación de los usos del suelo, planteando también como problemas comunes los siguientes:

1. La posibilidad de que en el ejercicio de la competencia de ordenación del territorio, configurada como exclusiva en los Estatutos de Autonomía de acuerdo con la redacción dada al artículo 148-1-3.^a de la Constitución, se pueda haber ido más allá de lo que permite la construcción del principio de unidad de mercado llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, principio éste que, de acuerdo con la Sentencia 88/1986, «supone, por lo menos, la libertad de circulación sin traba por todo el territorio nacional de bienes capitales, servicios y mano de obra, y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica».

2. La difícil composición entre el interés municipal y el propio de la Comunidad Autónoma, claramente resuelta por las leyes presentadas en detrimento del primero, al establecerse en ambos textos la necesidad de que el planeamiento urbanístico se adapte a las determinaciones de los instrumentos de ordenación en ellos contemplados.

3. En las dos leyes se contienen mecanismos para posibilitar una más intensiva utilización del suelo no urbanizable no sujeto a especial protección mediante procedimientos que concluyen con la recalificación de dicho suelo en atención a la actuación puntual contemplada. Con motivo de la presentación en estas mismas páginas de la Ley de las Cortes Valencianas 4/1992, reguladora del suelo no urbanizable (tomo XLV, fascículo IV, disposición n.º 3), apuntábamos ya la inevitable propagación de estas medidas, que confirman un cambio de óptica respecto de la excepcionalidad con que el legislador contemplaba, antes de la entrada en vigor de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, los usos del suelo no urbanizable ajenos a su natural destino agrícola. Si bien es verdad que a través del recurso representado por las edificaciones o instalaciones de utilidad pública o interés so-

cial, contempladas en el artículo 85-2 de la derogada *Ley del Suelo*, se venía posibilitando la efectiva utilización, para las actividades más diversas, del suelo no urbanizable, produciéndose además cierta inseguridad jurídica (recuérdese, por ejemplo, el favor con que el Tribunal Supremo contemplaba los hipermercados y el desfavorable trato dispensado en este sentido a las discotecas, en SSTs de 13 de julio de 1984 y de 29 de febrero de 1988, respectivamente), no es menos cierto que las disposiciones presentadas, además de agravar la inseguridad, al desaparecer la excepcionalidad de estos usos como criterio orientador de las decisiones jurisprudenciales, implican la desnaturalización de un sistema presuntamente basado en la planificación, dado que si ésta, según ha puesto de manifiesto Sebastián MARTIN RETORTILLO, supone una previsión de las actuaciones que se opone a la improvisación o al simple azar, la declaración caso por caso del interés de actuaciones cuyo único denominador común es el interés comunitario, social o general, viene a integrar elementos antagónicos en un mismo sistema.

5. Se continúan incrementado los supuestos expropiatorios cuyo beneficiario es un particular. Así, en la *Ley murciana*, las personas y entidades que pretendan llevar a cabo actuaciones de interés regional, deben acompañar la documentación necesaria para el conocimiento de la titularidad de los bienes afectados; la declaración del interés regional llevará aparejada, en su caso, la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios (artículos 40-2 y 42). Por su parte, la *Ley aragonesa*, luego de contemplar la posibilidad de transformar el suelo no urbanizable en nuevos asentamientos de desarrollo, impone que la correspondiente propuesta presentada en este sentido justifique la disponibilidad del «mayor porcentaje posible» de los terrenos necesarios (artículo 40). Lógicamente, al no exigirse la disponibilidad de todos los terrenos precisos, hay que entender que la declaración de la utilidad pública del resto del suelo a efectos expropiatorios, resulta de la simple constancia, exigida por la *Ley*, de que las directrices parciales determinen que determinados terrenos, calificados como suelo no urbanizable, están sujetos a la eventualidad de ser convertidos en suelo de desarrollo urbano.

Parece que, cada vez con mayor intensidad, la protección de las situaciones jurídicas individualizadas carece de valor alguno cuando entran en juego consideraciones de carácter económico. Tras la doctrina de la sala 1.^a del Tribunal Supremo en relación con la accesión invertida, comienzan a generalizarse estos supuestos en los cuales el propietario, pese a estar utilizando sus bienes de acuerdo con su función social, se ve amenazado de expropiación si otro particular presenta un proyecto que a la Administración le resulte más atractivo. Seguramente la resolución del caso extremo en que el propietario egoísta de una pequeña superficie, imprescindible para la instalación de un proyecto de gran interés público, impide su ejecución con irracionales pretensiones económicas, tendentes a la patrimonialización de plusvalías debidas en su totalidad a la iniciativa ajena, no impone soluciones tan radicales y generales como las adoptadas por los textos presentados cuya conformidad con la seguridad jurídica, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y la tutela constitucional dispensada al derecho de propiedad resulta cuestionable.

6. PATRIMONIO AGRARIO. Se promulga la Ley de patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma de Aragón y de medidas específicas de reforma y desarrollo agrario.

Ley de las Cortes de Aragón 14/1992, de 28 de diciembre («B.O.E.» del 4 de febrero de 1993).

La presente disposición ha sido promulgada con la finalidad de resolver algunos problemas, cuyo adecuado tratamiento no podía ser abordado mediante la aplicación de los mecanismos establecidos en la Ley estatal de Reforma y Desarrollo Agrario y en la Ley 6/91, de 25 de abril, reguladora del patrimonio agrario de la Comunidad, texto éste último derogado por la norma presentada.

Así, en relación con la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y más concretamente con el régimen legal contemplado en la misma para las tierras reservadas en zonas regables, se establece un mecanismo que intenta evitar fenómenos de acumulación de propiedad o especulativos en tierras reservadas, permitiendo a la vez la transmisión de las mismas, si bien sometida a autorización administrativa. Se procede también a una más precisa regulación de los procedimientos de concentración parcelaria de carácter privado y a la homogeneización de la tipología de las obras a realizar por la administración, en zonas y comarcas determinadas por decreto.

En cuanto a la anterior Ley reguladora del patrimonio agrario de la Comunidad, las modificaciones operadas tienden a establecer una serie de garantías para impedir también que las tierras, una vez transformadas y adjudicadas, puedan acumularse nuevamente en unos pocos propietarios. En este sentido se limita la superficie acumulable en una sólo mano y se exige que los sucesivos adquirentes sean agricultores a título principal.

Pasando ya al contenido concreto de la disposición presentada, podría este resumirse del modo siguiente:

1. Disposiciones generales relativas al patrimonio agrario de la Comunidad y modalidades para su aprovechamiento. Organos de gestión de los bienes y derechos que lo integran y composición y funcionamiento del Consejo del Patrimonio Agrario, configurado como órgano consultivo y de participación.

2. Disposiciones relativas a la adjudicación de bienes propiedad de la Comunidad Autónoma. Se regula especialmente el régimen jurídico de acceso diferido a la propiedad, que conlleva importantes limitaciones para el adjudicatario, entre las que destacan las prohibiciones de ceder sus derechos y constituir sobre los bienes gravamen o derecho real alguno sin autorización administrativa. Se establece expresamente la nulidad de pleno derecho de las actuaciones verificadas con incumplimiento de estas previsiones legales.

3. Normas comunes aplicables a la adjudicación de bienes integrantes del patrimonio agrario de la Comunidad, tanto en concesión como en propiedad. Se impone la necesidad de concurso público, regulándose los requisitos personales de los adjudicatarios y las bases para la adjudicación de los bienes. Las concesiones se configuran como intransmisibles e inembargables, en tanto se establece la inembargabilidad de los bienes en régimen de acceso diferi-

do a la propiedad. También resultan de interés lo preceptos reguladores de las causas de extinción de las adjudicaciones y de las personas con derecho a subrogarse en el régimen de acceso diferido a la propiedad o a la renovación de la concesión, para el caso de fallecimiento, jubilación o declaración de incapacidad laboral permanente del adjudicatario.

4. Tienen especial interés las disposiciones reguladoras de los derechos de adquisición preferente, conferidos a la Diputación General en relación con determinados actos mediante los cuales se enajenen bienes que en su origen hayan pertenecido en propiedad al patrimonio agrario de la Comunidad Autónoma, así como las cautelas notariales y registrales establecidas para la protección de estos derechos.

5. En el caso de adjudicación de la propiedad de bienes integrantes del patrimonio agrario de la Comunidad, la consolidación del derecho, que se producirá automáticamente una vez transcurrido el plazo de duración del régimen de acceso diferido, no implica ausencia de especiales limitaciones para el propietario. Así, las modificaciones hipotecarias de las fincas procedentes de ese patrimonio, su enajenación por actos inter vivos, transformación, cambio de destino o naturaleza, se sujetan a autorización administrativa previa bajo sanción de nulidad. En relación con la transmisión mortis causa de tales bienes, y a falta de designación por el causante del heredero a quien haya de atribuirse la explotación, la ley proporciona una serie de criterios tendentes a asegurar que se adjudiquen a un sólo heredero, que haya cooperado habitualmente en la misma, estableciendo como criterio subsidiario un derecho de adquisición preferente en favor de la Comunidad Autónoma. Se impone además que, en todo documento público en que se describan o relacionen bienes procedentes en origen del patrimonio agrario de la Comunidad y en los asientos registrales, los Notarios o funcionarios autorizantes y los Registradores de la Propiedad o Mercantiles, respectivamente, hagan expresa referencia a la sujeción de tales bienes a lo dispuesto en la ley presentada.

7. ARMAS. Se aprueba un nuevo Reglamento de Armas.

Real Decreto 137/1993, de 29 de enero («B.O.E.» del 5 de marzo).

Cumpliendo las previsiones de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana (Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, reseñada en este Anuario, XLV-II, n.º 12 de la Información legislativa) se dicta una nueva regulación administrativa sobre la fabricación, comercio, tenencia y uso de las armas, sustituyendo al anterior Reglamento de 1981 reseñada en este Anuario, XXXIV-IV, n.º 30 de la Información legislativa).

Como todas las disposiciones que han venido regulando esta materia cabe destacar del nuevo Reglamento los preceptos sobre clasificación de armas, prohibiciones de tráfico y publicidad de ciertas armas, requisitos impuestos a la comercialización y tránsito de las armas y licencias de utilización.

8. SUELO Y ORDENACION URBANA. PROPIEDAD TERRITORIAL. Se aprueba la tabla de vigencias de los Reglamentos de Planeamiento, Gestión Urbanística, Disciplina Urbanística, Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares y Reparcelaciones.

Real Decreto 304/1993, de 26 de febrero («B.O.E.» del 18 de marzo).

Mediante la presente disposición, promulgada con el fin de dar el debido cumplimiento al mandato contenido en la disposición final única, apartado 4, del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio, el Gobierno ha procedido a explicitar los preceptos de los referidos reglamentos que han de considerarse derogados. Aún cuando el análisis de los concretos y heterogéneos preceptos afectados excede la finalidad de estas páginas, resulta destacable la proclamación expresa de la vigencia de los artículos 28, 31, 34 y 35 del Reglamento de Reparcelaciones, en cuanto no se opongan al contenido del artículo 310 del citado Texto Refundido, acabando así con las dudas que continuaba planteando la vigencia de aquella norma reglamentaria, que algunos autores entendían derogada desde la entrega en vigor del Reglamento de Gestión Urbanística (en torno a este problema, resulta interesante la detenida exposición llevada a cabo por José Manuel GARCIA, en su artículo «La Reparcelación y la Compensación en relación con el Registro de la Propiedad», publicado en los números 565, 567 y 576 de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario).

Además, resulta sorprendente el mantenimiento, sin las oportunas modificaciones, de los preceptos contenidos en el apartado 3 del artículo 53 y en los apartados 3 y 4 del artículo 54, del Reglamento de Gestión Urbanística, en aquellos aspectos que se refieren a la constancia registral de la ocupación directa de terrenos destinados a sistemas generales, dado que su contenido resulta claramente incompatible con el artículo 203 del Texto Refundido. Como se recordará, el sistema de ocupación directa regulado por el Reglamento de Gestión Urbanística, aparte de continuar hablando de polígonos, aprovechamientos medios y aprovechamientos apropiables del 90%, partía de que en el folio de la finca ocupada y al margen de la última inscripción de dominio vigente, debía hacerse constar, mediante nota marginal, el hecho de la ocupación. No obstante, ese mismo folio podía reflejar las unidades de aprovechamiento atribuidas al titular del dominio, y, en su caso, a los titulares de derechos reales sobre la finca ocupada, acogiendo, en tanto no se adjudicaran las parcelas de reemplazo en el polígono correspondiente, las inscripciones relativas a los negocios jurídicos en virtud de los cuales se procediera a la transmisión o gravamen de esas unidades de aprovechamiento.

Sin embargo, los apartados 5 y 6 del artículo 203 del Texto Refundido, parten de una técnica registral diversa, tan sorprendente y de tal relevancia que algunos autores han comenzado a intentar extraer de ella consecuencias de derecho sustantivo en relación con la naturaleza inmueble del aprovechamiento urbanístico. Así, los mencionados preceptos presentan la novedad de que, de manera simultánea, y en virtud de la certificación administrativa contemplada en el apartado 4 del propio artículo 203, se ha de proceder a la inscripción de la superficie ocupada a favor de la administración y a la apertura de folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico correspondiente a la finca ocupada, produciéndose así una especie de segregación del suelo y su aprovechamiento.

Además, esta novedosa técnica registral tiene un interés destacado por cuanto supone la excepción a la regla general, contenida en el artículo 307.5 del propio Texto Refundido y según la cual el acceso de los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico se harán constar por nota

marginal (ya que no tendría sentido que, en el período comprendido entre la ocupación y la aprobación definitiva del instrumento de redistribución, el aprovechamiento tenga su propio folio y, en cambio, los actos de transferencia y gravamen del mismo deban hacerse constar por nota marginal). Sin duda la ingente tarea que supone adaptar las normas reglamentarias referidas al nuevo Texto Refundido, unida a la esperanza depositada en la reforma del Reglamento Hipotecario, que seguramente habrá inducido un menor cuidado en relación con estos aspectos de la tabla de vigencias, son factores que pueden excusar tanto esta como otras omisiones, que, a buen seguro, la experiencia en la aplicación práctica del nuevo régimen urbanístico evidenciarán y que resulta imposible detectar en una primera consulta de los textos presentados.

4. *Derecho de familia*

9. FORMAS RELIGIOSAS DE CELEBRACION DEL MATRIMONIO. Instrucción sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa.

Instrucción de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado («B.O.E.» del 24 de febrero).

A) Exposición:

Con la finalidad de evitar divergencias de criterios entre los encargados de los Registros Civiles, en lo relativo al modo de inscribir los matrimonios celebrados en las formas religiosas a que hacen referencia los artículos séptimos de las leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre, por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, presentadas en las páginas de Información Legislativa correspondientes al fascículo número I del tomo XLVI de esta revista (disposición n.º 4), se ha procedido a dictar la presente instrucción, cuyos aspectos más destacados son los siguientes:

1. Se delimitan con detalle los ámbitos temporal, territorial y personal de los referidos preceptos, estableciéndose que el régimen de inscripción contemplado en los mismos resulta aplicable a los matrimonios celebrados después de su entrada en vigor, en España, y tanto si uno o ambos contrayentes son españoles, como si los dos son extranjeros. Precisamente, en el caso de que ambos contrayentes sean extranjeros, la instrucción entiende que las normas comentadas han venido a ampliar la posibilidad de opción conferida por el artículo 50 del Código civil a los extranjeros que celebren matrimonio en España, si bien cuando la forma religiosa esté admitida por la ley personal de uno de ellos, la inscripción podrá efectuarse al amparo de las normas anteriores, que siguen vigentes.

2. Especial interés reviste la interpretación dada a las numerosas peculiaridades que, en relación con los otros dos textos; presentaba el régimen le-

gal relativo a la verificación de la capacidad de los contrayentes, contenido en el convenio suscrito con la Comisión Islámica y a las cuales nos referimos con motivo de su presentación. En este sentido, la instrucción, desdiciendo claramente las conclusiones a que una hermenéutica del citado texto atenta a su claro tenor literal conduciría, afirma que, como regla general, para la inscripción en el Registro de los matrimonios previstos en *los tres* acuerdos, se requerirá la expedición previa del certificado de capacidad matrimonial (sistema este seguido en los textos reguladores de las otras dos formas religiosas de celebración del matrimonio promulgados en la misma fecha, y claramente ignorado en la regulación de la celebración según el rito religioso islámico). Tratándose de matrimonios celebrados en la forma religiosa islámica lo que, en la regulación legal, constituía el único sistema, por la inexistencia de certificación de capacidad previa a la prestación del consentimiento ante el ministro celebrante, se configura en la instrucción como opción excepcional conferida a los interesados bajo su responsabilidad, advirtiéndose además, de forma innecesaria a nuestro juicio, que en este caso la calificación del funcionario encargado del Registro Civil habrá de abarcar también la concurrencia de todos los requisitos de fondo exigidos para la validez del matrimonio (en el preámbulo de la instrucción se llama la atención acerca de la necesidad de extremar el celo para asegurarse de la inexistencia del impedimento de ligamen previo, así como de la posible incidencia de la excepción de orden público en determinados supuestos).

B) Observaciones:

Parece evidente que, tanto con la proclamación del carácter de excepcionalidad que se pretende dar a la posibilidad de inscribir matrimonios celebrados según el rito islámico sin la previa expedición de la certificación de capacidad, como con las severas advertencias hechas a los contrayentes que opten por este sistema, se ha querido, de forma simultánea, fomentar el sistema basado en la previa expedición de expediente de capacidad y obviar la posibilidad de que, quienes deseen contraer matrimonio en la forma prevista en los acuerdos celebrados con la Federación de Entidades Evangélicas y con la Federación de Comunidades Israelitas, pretendan también, invocando el principio de igualdad, prescindir de la tramitación previa del expediente destinado a verificar su capacidad. Sin embargo, al margen de que con esta solución, además de continuarse contraviniendo el principio de igualdad, probablemente se ha ido más allá en la interpretación de la ley de lo que su tenor literal permite, viene a agravarse la problemática que expusimos con motivo de la presentación de las leyes aprobatorias de estos acuerdos: ¿Cuál es el tratamiento aplicable a los consentimientos prestados en la forma religiosa cuando la certificación de capacidad ya ha caducado?; la asimilación con los supuestos en los cuales no existe esta certificación parece evidente. Si en su día apuntábamos el principio del favor matrimonii para inclinarnos hacia la subsanación del defecto previa comprobación de la existencia efectiva de capacidad, los términos restrictivos en que la circular se manifiesta, incluso en aquellos supuestos en que no se exigía la certificación previa, parecen radicalizar los términos en que el debate se plantea.

II. DERECHO REGISTRAL

10. MERCADO INMOBILIARIO. Modificación de los Reglamentos Notarial e Hipotecario para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Real Decreto 1558/1992, de 18 de diciembre («B.O.E.» del 6 de febrero).

A) Exposición:

Con el fin de «eliminar, en la medida de lo posible, la comisión de fraudes en el tráfico inmobiliario» (Exposición de motivos) y reaccionando frente a las acusaciones, planteadas en medios supranacionales, de mantener en España un sistema poco garante de la seguridad jurídica en las transmisiones de inmuebles, se establecen una serie de medidas que se insertan en los Reglamentos Notarial e Hipotecario.

El Reglamento Notarial se modifica (arts. 175, 249 y dos puntos del anexo 3.º) disponiendo:

1.º *Obligación de información registral:* Se impone al Notario que antes de autorizar cualquier escritura de transmisión o gravamen de bienes inmuebles (precisamente dentro de los cuatro días hábiles anteriores) obtenga información registral de la finca y sus circunstancias.

Esta información podrá obtenerse por cualquier medio, incluso por telefax, y su realización y resultado deberán reflejarse en la escritura.

Excepciones a esta obligación serán los casos en que la escritura contenga sólo actos gratuitos, el disponente sea un Ente Público o el adquirente declare, y así se haga constar, que conoce la situación jurídica del inmueble y desea prescindir de la información registral.

2.º *Obligación de información jurídica:* También el Notario debe reflejar la advertencia de que prevalece siempre la situación registral que exista cuando se presente la copia de la escritura en el Registro, sobre la descrita en la escritura y resultante de la información registral anterior.

3.º *Expedición de copia de las escrituras:* Como regla general las copias deberán quedar a disposición del adquirente en los cinco días hábiles siguientes al otorgamiento, salvo causa justificada, cuando contengan actos inscribibles.

Pero, «siempre que así lo solicite el interesado y cuando esté en otra población el Registro competente» el Notario remitirá al Registro por Telefax la copia en el mismo día del otorgamiento o en el siguiente hábil (!). Se admite, sin embargo, remitir, a falta de copia, un escrito con los datos principales de la operación.

4.º *Actuación de los Agentes diplomáticos y consulares:* Se les releva expresamente de las obligaciones notariales antes expuestas, debiendo designar las cargas o responsabilidades según las declaraciones de las partes, lo que resulte de los títulos, o hacer referencia general a la situación registral.

El Reglamento Hipotecario se modifica (art. 418, en su redacción del Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo) para regular el procedimiento aplicable a las telecopias remitidas por Notarios. Trasladando el régimen establecido para la remisión de datos entre Registros se prevé la extensión de un asiento de presentación provisional, que caduca a los diez días hábiles si no se presenta en el Registro la oportuna copia de la escritura.

B) Observaciones:

La presente disposición constituye un ejemplo de aquéllas en que las declaraciones iniciales de buenos propósitos van, a lo largo del Texto, perdiendo consistencia, hasta terminar convirtiéndose en letra muerta o, incluso, hasta conducir a un efecto contrario al inicialmente proclamado.

En el tráfico jurídico inmobiliario los fraudes se facilitan por múltiples circunstancias, entre ellas por el sistema de trabajo de algunas Notarías y por la organización y procedimientos del Registro de la Propiedad, pero ninguna de las deficiencias que se advierten en estos ámbitos se corrige decididamente por las disposiciones que ahora se establecen. En cuanto al régimen notarial, es de temer que la información registral se sustituya por una cláusula de estilo que permita cumplir con el Reglamento pero deje al adquirente en peor situación, al declarar su conocimiento de la situación jurídica del inmueble. Pero, incluso ajustándose a la primera alternativa introducida, debe recordarse que la información registral obtenida por nota simple no ofrece garantía, y eso sin entrar a considerar el lapso de tiempo posterior a la extensión de la nota, hábil para todo tipo de actuaciones. Especialmente confusos son los nuevos párrafos añadidos al art. 249 del Reglamento Notarial, para reducir el plazo de expedición de copias, entre los que se advierten evidentes contradicciones. Es destacable la diferencia de trato a favor del interesado que lo solicite y cuando esté en otra población el Registro competente (párrafo 5.º, que parece exigir la concurrencia de ambas circunstancias) pues le concede unas posibilidades de acceso rápido al Registro que no son utilizables normalmente.

Finalmente, las novedades introducidas en el procedimiento registral se limitan a permitir el acceso por telefax a las Notarías. Es obvio que con ello no se atiende a ninguno de los problemas que aquejan al Registro de la Propiedad, cada vez más necesitado de una reforma general.

V. OTRAS DISPOSICIONES

11. SALARIO MINIMO. Se establecen las cuantías que deberán regir a partir del 1 de enero de 1993.

Real Decreto 44/1993, de 15 de enero («B.O.E» del 16).

Los salarios mínimos aplicables en 1993 serán:

- 1) Trabajadores mayores de 18 años: 1951 ptas/día o 58.530 ptas/mes.
- 2) Trabajadores menores de 18 años: 1289 ptas/día o 38.670 ptas/mes.

Estas nuevas cuantías suponen un incremento del 4% sobre las correspondientes para el año 1992.

12. MEDIDAS URGENTES. Se procede a su adopción sobre materias presupuestarias, tributarias, financieras y de empleo.

Real Decreto-ley 3/1993, de 26 de febrero («B.O.E.» del 2 de marzo).

Con la finalidad de paliar, en la medida de lo posible, los efectos de la recesión económica, se procede, mediante el texto presentado, a la adopción de una serie de heterogéneas medidas, cuyo resumido alcance es el siguiente:

1. Concesión de varios suplementos de crédito y créditos extraordinarios, para la financiación de una serie de inversiones públicas, declarándose además la urgencia de la ocupación de aquellos bienes afectados de expropiación forzosa a que dé lugar la construcción de las autopistas mencionadas en la norma. Se han utilizado con la indicada finalidad los 50.000 millones de pesetas en que los ingresos a obtener por el Estado español de los fondos de cohesión comunitarios superarán las previsiones contenidas en el correspondiente Presupuesto de Ingresos para 1993.

2. Modificación al alza de la autorización de endeudamiento concedida a determinados Organismos autónomos y Entes públicos por la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1993.

3. Se procede también a efectuar algunas reformas tributarias para incentivar la creación de nuevas empresas y la inversión empresarial. En orden a la consecución de la primera finalidad se elimina el límite a la compensación de bases imponibles negativas, previsto en la ley reguladora del impuesto de sociedades, para las nuevas actividades que cumplan los requisitos establecidos en el Real Decreto-ley y durante los períodos impositivos que en el mismo se contemplan. Además se establecen bonificaciones aplicables a los rendimientos netos de la estimación objetiva por signos, índices y módulos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Para fomentar la inversión empresarial, se procede al incremento de los coeficientes máximos de amortización establecidos en el Impuesto de Sociedades, en relación con aquellos elementos de activo fijo material nuevo que cumplan los requisitos establecidos en el texto legal. Se establece también, durante 1993, una segunda bonificación en el rendimiento neto de la estimación objetiva por signos, índices y módulos, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, compatible con la establecida para nuevas actividades.

4. Las medidas financieras adoptadas consisten en facultar al Gobierno para el establecimiento de ámbitos especiales para la negociación bursátil de valores emitidos por pequeñas y medianas empresas y para la extensión, a los préstamos y derechos de crédito derivados de operaciones realizadas por éstas, del régimen de titulización previsto en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Hipotecaria, presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al tomo XLV, fascículo IV, disposición n.º 7, de esta revista.

5. Por último, las reformas operadas en relación con el empleo permiten la prórroga, por un año más, de los contratos temporales que agoten su plazo máximo de duración en el año en curso, estableciéndose una subvención para las empresas que, haciendo uso de la prórroga extraordinaria, opten por la conversión de dichos contratos en indefinidos, a la finalización de los cuatro años de duración máxima.

BIBLIOGRAFIA

Libros

CAFFARENA, Jorge. El régimen jurídico de las fundaciones: Estudio para su reforma. Colección estudios. Centro de publicaciones del Ministerio de Asuntos Sociales. M-1991. 211 páginas.

Caffarena realiza un brillante estudio de la normativa vigente en el derecho comparado y en el español (tanto común como autonómico) sobre fundaciones, destacando por su conocimiento profundo de las disposiciones que regulan la cuestión. Contrasta la complejidad de la materia con la sencillez y ligereza de la exposición, gracias a la sistematicidad del autor en el desarrollo de la obra. Los cinco capítulos en que se divide la misma siguen idéntica estructura: derecho comparado, derecho común, leyes autonómicas y, por último, consideraciones finales de lege ferenda.

El libro comienza con una introducción (pp. 11-13) en la que se ofrece una visión crítica del régimen jurídico existente en España. Tres tipos de insuficiencias pueden encontrarse al menos: falta de uniformidad legislativa debido a las numerosas disposiciones reguladoras de las funciones (de diverso rango y espacio temporal), obsolescencia de las normas vigentes por los cambios sociales y políticos de los últimos años, y un extraordinario rigor en la aplicación del principio de respeto a la voluntad del fundador, en detrimento de la intervención del Estado. A continuación, enumera los objetivos del presente trabajo: no sólo poner de manifiesto las insuficiencias de la actual regulación del ordenamiento español sino —lo que es más importante— proporcionar materiales que sirvan de ayuda para una futura ley. No es otra razón de la inserción en cada capítulo del examen de algunos ordenamientos extranjeros (alemán, suizo, francés, italiano, portugués).

El primer capítulo (pp. 17-21) aborda la constitución de las fundaciones. Tras un breve repaso del derecho comparado y la afirmación de la urgencia de una reforma del derecho común español, estudia los diferentes sistemas de nacimiento de las fundaciones, concluyendo que en nuestro país no existe un sistema único para todas las fundaciones. Dos grandes cuestiones surgen en este punto: el negocio fundacional y la intervención estatal.

Interesante es la aportación de Caffarena con su análisis del negocio fundacional, al considerarlo un negocio único que comprende conjuntamente una des-

tinación patrimonial y la creación de una persona jurídica. Con ello viene a poner fin a una polémica doctrinal, en la que algunos autores hablan de dos negocios distintos, el fundacional y el de dotación. Respecto al otro elemento fundamental para el nacimiento de estos entes sociales, el autor se muestra partidario de la intervención del Estado a efectos de la adquisición de la persona jurídica por la fundación, dando razones que apoyan su postura. Prefiere el sistema de reconocimiento por disposiciones normativas al de concesión, y estima que el acto de autoridad se ha de llevar a cabo mediante la inscripción de la fundación en un Registro Público.

En los capítulos segundo y tercero (pp. 75-119) considera, respectivamente, los elementos esenciales de cualquier fundación: el fin y el patrimonio.

En relación al fin, el principal requisito que ha de reunir éste es el de ser de interés general. Atendiendo a dicha característica, los ordenamientos de derecho comparado se clasifican en dos tipos: aquellos países que recogen el principio de libertad de fines (alemán, suizo e italiano) y aquellos otros en los que se exige que la finalidad fundacional sea de interés general (francés, belga). El derecho español, tanto antes como después de la CE, pertenece a este segundo grupo de países. Consideración favorable merece tal requisito al autor, ya que destaca su congruencia con el principio de prohibición de las vinculaciones de carácter permanente, propio de nuestro ordenamiento. Posteriormente, aborda la tarea de definir el concepto de interés público de forma positiva y negativa. La definición negativa del concepto conduce a la exclusión de las fundaciones de interés particular y, por tanto, a la de las fundaciones familiares (polémica tradicional en la doctrina). La concreción positiva del interés público es ardua. Tras el artículo 34 CE (derecho de fundación) dicha concreción no puede dejarse a la ley, ya que se trata de una cuestión de hecho a resolver, caso por caso, por los tribunales y por la autoridad administrativa.

Unánimemente la doctrina en el derecho comparado considera que el patrimonio, objeto de análisis del tercer capítulo, es parte integrante del concepto de fundación, con la sola excepción del derecho alemán. Trata tres grandes cuestiones:

1. El patrimonio como elemento esencial de la fundación. No cabe la creación de esta entidad sin la asignación de bienes para el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, ninguna norma de rango legal en el derecho común español hace referencia directa a este elemento, de ahí la urgencia de una reforma en tal punto.

2. Naturaleza jurídica de la dotación. Señala Caffarena que la dotación está dentro del negocio fundacional, de manera que constituye el aspecto patrimonial del mismo.

3. Requisitos del patrimonio fundacional. Una de las características que ha de reunir el patrimonio es la de su suficiencia para llevar a cabo la finalidad de la fundación. Otra cuestión, en conexión con el tema del patrimonio, radica en la aplicabilidad o inaplicabilidad de la legislación desamortizadora a las fundaciones, incluso tras la publicación del Código Civil.

Los capítulos cuarto y quinto (pp. 123-168) están dedicados a la modificación y extinción de las fundaciones.

Se trata de una materia de crucial importancia en la medida en que se ponen en juego dos principios básicos: el respeto a la voluntad del fundador y la protección del interés general.

Estudia Caffarena los textos jurídicos en los que se regula la modificación de fundaciones, siendo la mayoría de rango inferior al legal. En ellos analiza el órgano competente para tomar el acuerdo de modificación, el procedimiento, los supuestos que dan lugar a la misma y su ámbito. Las principales directrices que deben seguirse en una futura reforma son las siguientes:

Competencia del Protectorado para acordar la modificación, enumeración abierta y flexible de las causas que dan lugar a ella e inscripción de tal visicitud jurídica en el Registro de fundaciones.

En lo relativo a la extinción, tres apartados constituyen el centro del cuarto capítulo:

1. Causas de extinción. Tomando como base el artículo 39 del Código Civil, el autor distingue entre causas voluntarias y causas legales de extinción.

2. Procedimiento de extinción. Plantea la cuestión de si las causas de extinción operan ipso iure o es necesario algún tipo de intervención (bien del Protectorado, bien de la autoridad judicial). En este sentido Caffarena realiza una interpretación brillante del régimen del artículo 39 del Código Civil y del artículo 15 de la Ley de Beneficencia de 1849 (normas que, en principio, parecerían contradictorias); así como de la remisión que el artículo 34 CE hace al artículo 22.4 del mismo texto jurídico.

3. Destino de los bienes de la fundación extinguida. Encierra este apartado el espinoso interrogante de si el poder de decisión del fundador sobre el futuro destino de los bienes tiene o no límites. Concretamente, si nuestro ordenamiento permite que el fundador disponga de los bienes pasen a manos de particulares tras la extinción de la fundación. Aunque el art. 39 del Código Civil parece admitir tal posibilidad, Caffarena aboga por la postura contraria. Prevalece la voluntad del fundador acerca del destino último del patrimonio pero siempre que éste permanezca dentro de los fines de interés general.

Un anexo final (pp. 171-193) se ocupa de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones. Dos clases de problemas apunta el autor:

1. Si el Estado goza de competencia exclusiva en la regulación de las fundaciones frente a las Comunidades Autónomas. Para ello examina, por una parte, la incidencia del reconocimiento constitucional del derecho de fundación (Art. 34 CE) en la atribución de competencias y, por otra parte, realiza un análisis de los artículos 148 y 149 CE, que son las dos normas fundamentales de la CE en este concreto tema.

2. Si determinadas disposiciones de las leyes autonómicas de fundaciones son inconstitucionales en la medida en que contienen normas de solución de conflicto con otras leyes. De nuevo se trata de resolver si la promulgación de este tipo de normas es competencia exclusiva del Estado.

De la lectura del libro resaltaría, en mi opinión, dos ideas que se pueden extraer de él: por una parte, la urgencia de una reforma legislativa que unifique el

régimen jurídico de las fundaciones (en especial, la constitución, modificación y extinción); por otra parte, necesidad de que tal reforma tenga en cuenta dos principios: el respeto a la voluntad del fundador y la intervención del poder público. La novedad de la postura de Caffarena radica, a mi entender, en que no concibe estos principios como contrapuestos, debiendo prevalecer uno siempre en detrimento de otro; sino como complementarios. La intervención estatal no es más que una consecuencia lógica del requisito de interés general que debe caracterizar al fin de la fundación.

El autor demuestra, a lo largo de sus páginas, cómo en la mayoría de las ocasiones (pese a lo que se piensa comúnmente) la intervención del Estado viene a garantizar la voluntad del fundador. Estimo que se trata de una visión más acorde con la realidad actual, en la medida en que la actuación estatal reviste un carácter fundamentalmente positivo. En resumen, la obra es un magnífico trabajo, no sólo por la claridad de la exposición y el dominio de las leyes de nuestro ordenamiento y del derecho comparado, sino también por las interesantes aportaciones del autor en aras de una futura reforma legislativa. La extensa y completa bibliografía sobre fundaciones situada al final constituye otro de los méritos del libro, que ha de añadirse a los anteriores.

ALMA M.^a RODRÍGUEZ GUTIÁN

DAVID, René; JAUFFRET-SPINOSI, Camille: «Les grands systèmes de droit contemporains». 10^e édition, Précis Dalloz, Paris 1992, 523 páginas.

Que una obra de tema más bien monográfico (no general: Tratado o Manual) alcance la décima edición, es cumplida prueba de su intrínseca bondad y generalizada aceptación de un público especializado. Si la publicación hace referencia al Derecho comparado, su mérito alcanza subidos quilates.

Descubrir a estas alturas la figura eminente de René David, uno de los grandes maestros de la segunda mitad del siglo XX, sería impertinencia o muestra de crasa ignorancia. Pero el hecho de tratarse de la primera edición que aparece después de la muerte de su autor, acaecida el 26 mayo 1990, justifica el que se le dedique atención especial.

La presente obra apareció por vez primera en 1964, y desde entonces ha sido traducida a once idiomas (alemán, inglés, finlandés, húngaro, italiano, portugués, ruso, iraní, turco, chino y español); el dato procede el propio autor, aunque André Tunc, en su semblanza necrológica aparecida en RIDC, 1990, p. 865, sólo alude a ocho. La edición española, publicada por la Editorial Aguilar en 1968, se hizo fundamentalmente sobre la segunda edición francesa, aunque teniendo en cuenta el manuscrito de la tercera; agotada hace tiempo, sería conveniente pensar en una nueva traducción con las acotaciones que luego se harán.

A partir de la octava edición la publicación ha sido cuidada por una discípula del autor, la Profesora Camille Jauffret-Spinosi, de la Universidad de Paris-II y

Directora del *Institut de Droit Comparé*. También se ha encargado de esta décima edición y a su frente figuran unas emotivas líneas de recuerdo y homenaje.

Ya en 1968 se felicitaba René David de que las Facultades francesas de Derecho hubieran incorporado, bajo una u otra denominación la «Introducción a los grandes sistemas de Derecho contemporáneo»; en 1982 se quejaba de que, a veces, se había alterado aquélla «sous une autre appellation qui en décèle mal le contenu». Desde nuestra perspectiva histórica ¿qué podríamos decir a este lado de los Pirineos? La respuesta podría ser hasta desconcertante y paradójica. Por una parte, cabe constatar que en la mayor parte de asignaturas positivas sus cultivadores han captado la conveniencia de utilizar el método comparativo, especialmente en tareas investigadoras; en Derecho Civil no se consideraría sería una investigación que no dedicara atención al Derecho comparado; en los últimos años se han publicado tesis modélicas que serían miradas con envidia en Universidades extranjeras. Pero en flagrante contraste con este fenómeno reciente se comprueba el progresivo descenso de «interés oficial» por el Derecho Comparado, y aunque se mantienen con alternativas varias diversos cursos en el Tercer Ciclo, bien sea en general, bien sea sobre aspectos concretos, lo cierto es que han dejado de mantener actividad diversos Institutos específicos puestos en marcha en los años Cincuenta, Sesenta o Setenta; quizá como un reflejo de ello, y de la falta de apoyos institucionales, la presencia de comparatistas españoles en Congresos internacionales ha disminuído alarmantemente. Baste respasar la lista de Ponentes y asistentes en los Congresos Internacionales de Derecho Comparado de Teherán (1974), Budapest (1978), Caracas (1982), Sidney (1986) o Montreal (1990) (me remito a mis crónicas sobre algunos de ellos).

Pero al lector español de la presente edición no dejan de sorprenderle algunos datos de nuestro Derecho, atrasados e insuficientes, bien entendido que somos conscientes de que la especificidad del Derecho español no puede ser muy destacada en una obra que pretende ser mundial. Hay que destacar el esfuerzo desplegado por el autor, al exponer la evolución histórica de la familia romano-germánica, por recoger datos españoles. Pero la acusación de dogmatismo que se hace a nuestra doctrina en general (p. 117) revela un conocimiento muy lejano y acaso no directo de la misma. La reforma del Título Preliminar del C.c. de 1973 resulta totalmente desconocida, y por supuesto la Constitución y la reforma postconstitucional de nuestro ordenamiento jurídico.

Las salvedades indicadas no pueden ensombrecer los innegables méritos de la obra hoy por hoy más conocida de René David, de influjo más duradero, que ha servido a la formación de comparatistas en todo el mundo. Aunque se trate de un autor prolífico que ha dejado también su huella en esa inacabada obra monumental *International Encyclopedia of Comparative Law*, en el artículo relativo a las fuentes del Derecho, o en la útil presentación de los contratos en Derecho inglés, cuya segunda edición publicó con Pugsley.

GONZALEZ PEREZ, Jesús. La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información). Cuadernos Civitas. Madrid 1993. 103 páginas.

El título del libro, «La degradación del derecho al honor», representa la expresión sintética de una idea que el autor desarrolla a lo largo de las páginas: en la actualidad la sociedad española ha experimentado una transformación profunda de sus creencias y actitudes en relación al honor. Este derecho de la personalidad (recogido en el Artículo 18.1 de la CE 1978) ha sido postergado dentro de la escala de valores, pasando a ocupar un primer plano las libertades del artículo 20.1 a) y d) de la CE (libertades de expresión e información).

La lectura del texto sugiere la nostalgia del autor ante el recuerdo de otras épocas de la Historia de España, en las que el honor era concebido como centro y eje de cualquier actividad humana. Y hasta hace poco tiempo ha venido considerándose el sentimiento más peculiar del pueblo español.

Tras una breve introducción, cuyo contenido aparece resumido en las líneas anteriores, la obra se divide en tres capítulos. Los dos primeros se contraponen; uno referido a la tutela del derecho al honor en el ordenamiento jurídico; otro, a su aplicación por la jurisprudencia. La oposición entre ellos surge en la medida en que para González Pérez, mientras que el ordenamiento jurídico ha permanecido fiel a la tradición española sobre el honor, no cabe sostener idéntica apreciación respecto a la Jurisprudencia, culpable en cierto modo de la degradación de dicho valor. El tercer capítulo es un complemento de los anteriores, ya que expresa y analiza la reacción de la sociedad ante la deficiente protección jurisprudencial de la honra y la buena fama.

En el primer capítulo el autor enumera de forma exhaustiva todos aquellos textos jurídicos donde el derecho al honor aparece recogido. De tal enumeración deduce que el art. 18.1 CE de 1978 en absoluto viene a representar una novedad. En múltiples convenios supraestatales y constituciones iberoamericanas existe una regulación de los derechos de la personalidad y, tradicionalmente, también la legislación española se ha ocupado de su protección, en mayor o menor medida (Art. 4 del Fuero de los Españoles, Código Penal, Jurisprudencia civil a través del art. 1902 del Código Civil...).

Un análisis de la tutela jurisprudencial del honor constituye el objeto del segundo capítulo. La tesis mantenida por González Pérez, la degradación actual del honor, se proyecta en tres direcciones:

— La reducción del concepto de honor. La causa de la misma radica en la confusión existente entre el honor (art. 18.1 CE) y la dignidad de la persona como tal (art. 10.1 CE). Confusión que lleva a la Jurisprudencia a identificar dos categorías muy diferentes.

— La manifestación más expresiva de la postergación del honor surge del conflicto entre este derecho y otros derechos fundamentales. En una primera fase la Jurisprudencia española, siguiendo con fidelidad la tradición, hace prevalecer el 18.1 CE, con arreglo a una interpretación literal de otros preceptos constitucionales (Arts. 18.4 y 20.4 CE). Posteriormente evoluciona en su concepción de los derechos del art. 20, de manera que ya no son simplemente derechos fundamentales de cada ciudadano sino que significan el reconocimiento y garantía de una insti-

tución política fundamental, la opinión pública libre. Tal afirmación conduce a aquella fase en la que dichas libertades ocupan una posición preferente.

— El tercer reflejo de la degradación del honor es una consecuencia lógica de los dos anteriores: la debilitación de la inmunidad del derecho al honor frente a intromisiones provenientes de actividades tanto de particulares como de poderes públicos.

El último capítulo estudia la reacción general de la sociedad ante la defensa que la Jurisprudencia realiza de este derecho. La reacción de los ofendidos en su honra y reputación puede resumirse en la palabra inhibición. La inhibición no se debe tanto a una desconfianza ante el mal funcionamiento del sistema judicial cuanto a que la sociedad española ya no tiene arraigado el valor del honor.

La propuesta realizada por González Pérez en el epílogo va orientada a recuperar el sentido que antaño poseyera este derecho de la personalidad. Este no debe quedar reducido a un valor estrictamente individual, ya que goza de una evidente dimensión social.

El mérito de la presente obra radica en el planteamiento, realmente innovador, mantenido por el autor frente a la mayoría de la doctrina española. Hoy en día tan sólo una minoría de autores defiende a ultranza la tradición española en relación con el honor y la prevalencia de éste sobre otros derechos fundamentales con los que entra en conflicto. Ahora bien, en mi opinión, la radicalidad de su postura conduce a unas conclusiones en cierta medida erróneas, o, al menos, no del todo correctas. Dos son los puntos que podrían ser objeto de revisión:

— Si bien es cierta la afirmación de que en España no existía una ausencia de regulación legal del honor y que en este sentido el art. 18.1 CE no implica una novedad, no cabe la menor duda de que tal precepto constitucional posee unas importantes consecuencias jurídicas que anteriormente no estaban presentes y suponen una innovación: su configuración como derecho subjetivo, posibilidad de protección eficaz a través del recurso de amparo, desarrollo del precepto a través de ley orgánica...

— Tampoco puede sostenerse que la degradación del honor tenga como causa inmediata la aplicación que la Jurisprudencia realiza del ordenamiento jurídico. Primero, es discutible que exista degradación del honor en los términos planteados por el autor. Segundo, la Jurisprudencia mantiene un concepto normativo del honor (en cuanto éste deriva de la dignidad humana) en la mayoría de sus resoluciones, que supone un reforzamiento evidente de este valor y una garantía de su protección.

ALMA M.^a RODRÍGUEZ GUTIÁN

LORCA MARTINEZ, José. «El fraude en la Transmisión de Bienes». Editorial Marcial Pons. Madrid, 1992 (157 páginas).

El propósito de esta recensión es destacar los aspectos de la obra «El fraude en la transmisión de bienes» que tienen relevancia en el ámbito civil. La materia

objeto de estudio de la monografía es el delito de estelionato que, particularmente, está imbricada con el mundo de las obligaciones y contratos ya que el medio comisivo del delito es el «negocio jurídico criminalizado» (p. 10).

España ha sido acusada ante el Parlamento Europeo de ser el país en que proliferan más casos de defraudación inmobiliaria a los extranjeros (Informe McMillan, 1988). Con esta advertencia y comentarios al respecto, el autor nos hace conscientes del grave problema de los engaños inmobiliarios. Con la finalidad de evitarlos y de proteger los bienes jurídicos «patrimonio», «buena fe en la contratación» y «seguridad en el tráfico» (J. Lorca), el Código Penal ha previsto la figura del estelionato, que abarca ciertos tipos delictuales no incluidos en el delito de estafa común. La redacción actual, tras la reforma de 1983, del artículo 531 del Código Penal que define los supuestos de estelionato es la siguiente:

«Incurrirá en las penas señaladas en el artículo 528 quien fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenare, arrendare o gravare. En la misma pena incurrirá el que dispusiere de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado, y también el que lo enajenare dos o más veces, o lo gravare o arrendare después de haberlo enajenado».

Para el delito de estelionato está prevista, por tanto, la misma pena del delito de estafa (art. 528 C.p.), del que se considera una modalidad especial. Ambos tipos tienen en común el engaño a la otra parte contratante. Sin embargo, a efectos civiles es de mayor relevancia el estelionato, no sólo en cuanto a lo ya dicho al comienzo de estas líneas acerca de los bienes jurídicos protegidos, sino también porque la víctima del delito de estelionato recibe al menos un título en base al cual podrá reclamar cierta protección en el ámbito civil, mientras que en la estafa común el perjudicado queda sin título con que defender su derecho, ya que, en este segundo caso, el bien objeto del negocio carece de existencia real.

Como se concluye de la lectura del precepto legal regulador de este delito, la identificación de los elementos del tipo está cargada de conceptos no específicos de Derecho penal, lo que impone al autor una labor interpretativa y de exégesis. En este sentido, cabe destacar a modo de ejemplo los siguientes términos:

— El concepto de «propiedad», que en el ámbito penal comprende además del dominio, otros derechos reales e incluso —señala el autor— vinculaciones de hecho (pp. 29-30);

— El de «patrimonio», para el que se exponen varias concepciones doctrinales, inclinándose por la desarrollada por el Prof. Bajo, entre otros, y según la cual la «apariencia jurídica» es contenido que lo define. Así, «el patrimonio lo componen todas aquellas posiciones de poder sobre una cosa, valorables económicamente, que revisten una apariencia jurídica» (p. 32);

— O el concepto de «dueño», respecto del cual J. Lorca opta por emplear el concepto civil y, en algún caso, hacer una interpretación más flexible (pp. 51-58);

— O bien el término «inmueble», cuyo contenido a juicio del autor tiene una extensión menor que en el ámbito civil, ya que no abarca más que aquellos bienes que lo son en sentido estricto, excluyendo los derechos reales sobre inmuebles y los bienes que el Código civil considera inmuebles por incorporación o destino (pp. 59-63);

— En cuanto al término «bien», a los efectos del art. 531 del Código penal, se entiende que abarca inmuebles, muebles y derechos gravables (p. 77).

— El mismo problema se presenta con el concepto «enajenar», del que excluye la referencia a actos gratuitos en el primer párrafo del art. 531 C.p. «porque por definición no tienden a provocar un desplazamiento patrimonial en el beneficiario» (p. 63).

— O con los que también en la disciplina civil son conceptos polémicos, como «carga» y «gravar», definiendo el «gravamen» como «toda limitación de cualquier índole que afecta a las facultades dominicales del que dispone y que recae sobre el bien que se negocia» (p. 80);

— Y el concepto de «dolo», para el que Lorca Martínez fija los criterios de distinción entre el ilícito civil (del art. 1269 C.c.) y el «fraude penal» (que a su vez no coincide con el fraude civil, ni en su concepción de fraude a los acreedores, ni en la de fraude de ley), que consiste en el «comportamiento engañoso bastante para producir el error al que alude el art. 528 del Código penal» (p. 66), advirtiéndole que, en caso de duda, deberá estarse a lo dispuesto por el Código civil.

Siguiendo el orden de supuestos del artículo 531 del Código penal, en la monografía se analizan los distintos casos de estelionato. Se trata en todos ellos de un delito de resultado, apreciable sólo cuando se produzca un perjuicio económico a la víctima.

Así, en el primero de los supuestos (art. 531.I C.p.), será sujeto activo del delito «quien se atribuya el dominio de una cosa inmueble y realice sobre ella un negocio jurídico consistente en enajenarla, gravarla» (p. 43) o arrendarla. Es presupuesto para la aplicación de este primer párrafo que el autor actúe en concepto de dueño. El autor de la obra ha destacado las dificultades que presentan, a los efectos de su calificación como realizados en concepto de dueño (y por tanto de su inclusión en este primer párrafo) actos de disposición tales como: a) los del copropietario; b) los del multipropietario; c) los del que simula la apoderamiento del verdadero dueño del inmueble; d) en supuestos de fiducia, tanto los del fiduciario como los del del fiduciante; e) las ventas de objetos litigiosos; entre otros. La cuestión de la condición de dueño del que enajena pertenece al ámbito civil.

El Capítulo IV se dedica al estudio del segundo párrafo del artículo 531, desglosándose en tres apartados correspondientes al trío de modalidades típicas reunidas en dicho precepto. Tienen en común todas ellas, a diferencia del supuesto anterior, que el sujeto activo es el propietario del bien objeto del negocio. Lorca Martínez lo matiza subrayando que, no obstante, lo determinante es que el sujeto activo tenga la facultad de disponer sobre el bien (p. 72).

El tipo del injusto consistente en disponer de un bien como libre sabiendo que estaba gravado, abarca tanto la conducta del que enajena, como la del que grava y la del que arrienda. El autor señala que esta última, arrendar, puede cuestionarse puesto que es un acto de administración, pese a lo cual opta por su relevancia a los efectos del tipo (p. 75).

Reviste un interés especial la referencia al delito previsto en artículo 12 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, cuyo tenor literal castiga al «compra-

dor que dolosamente, en perjuicio del vendedor o de un tercero que haya financiado la operación, dispusiera de la cosa o la dañare, (...)». En consonancia con las opiniones de autores como Baldo y Bercovitz, Lorca Martínez defiende que, en este caso, comete delito de estelionato «el comprador con prohibición de disponer inscrita que enajena el bien mueble» (pp. 97-98).

También es interesante la referencia al embargo judicial. Entiende el autor que incurre en estelionato quien enajena el bien embargado (antes de su venta y adjudicación judicial) e inscribe en el Registro de la Propiedad, cuando la anotación preventiva del embargo no pudo realizarse antes (pp. 99-101).

La modalidad de estelionato consistente en enajenar dos o más veces el mismo bien probablemente sea la más controvertida. Advierte el autor que el Código penal no la contempló hasta la reforma de 1983, lo que no impedía su reconducción al párrafo primero del artículo 531. No obstante, esto hacía exigible que el enajenante se hubiera fingido dueño y consecuentemente dejaba desprotegidos en el ámbito penal los supuestos de enajenación sin entrega y posterior venta a distinto comprador (pese a ello, se hacían con frecuencia interpretaciones amplias del precepto, al margen de las consideraciones civiles, obviando el problema de si el transmitente había perdido o no la propiedad). El problema no se resuelve del todo con la redacción actual, ya que el dolo causal (engaño-perjuicio) que requiere el delito no está necesariamente presente en la primera enajenación ni en la segunda cuando el enajenante no ha perdido la propiedad de la cosa. Por esta razón, Lorca Martínez afirma que sólo se sanciona la doble enajenación cuando se haya actuado con engaño (ocultándose la intención de incumplir) o fingiéndose dueño (en este caso se aplica el párrafo primero si se trata de inmuebles) en el momento de la celebración del contrato y se haya causado con ello un perjuicio al adquirente defraudado (pp. 112-119). Más novedad ha supuesto la reforma en lo referente a las ventas múltiples de bienes muebles, incluidos ahora entre los supuestos de estelionato.

Por último se contempla —ya de modo más sintético— la modalidad consistente en gravar o arrendar un bien después de haberlo enajenado, concluyendo así el estudio del precepto. Resulta interesante la lectura del apartado final de este capítulo: «Algunos de los fraudes inmobiliarios no incluibles en el artículo 531 del Código penal» (pp. 128-131).

El capítulo que cierra la monografía está dedicado a las modalidades agravadas, de un lado, y a cuestiones concursales, de otro. En él se contempla el concurso de leyes con la apropiación indebida; con la malversación; con el contrato simulado; y con el alzamiento de bienes.

Esta obra de José Lorca Martínez combina las ventajas de rigor científico, amenidad y temática de interés actual. Su lectura nos brinda la posibilidad de un acercamiento al delito del estelionato y su problemática. Delito éste de naturaleza imprecisa y fluctuante que, como es sabido, mereció que los romanos le dieran el nombre de «stellionatus», proveniente del dado a cierto reptil cuya piel engañosa cambia de color según reciba la luz del sol.

LORENZO MERINO, F.J. «El Derecho civil de Galicia y la propuesta de Compilación de 22 marzo 1991». Santiago de Compostela 1992.

El título que acompaña a esta publicación es lo suficientemente sugestivo como para realizar su estudio; además su autor el Dr. Lorenzo Merino no necesita de presentación; basta para el lector con recordar que, con motivo de la formación de la Comisión no permanente de Derecho civil gallego creada en el marco de la II Legislatura, resultó incorporado a ella como uno de los dos vocales expertos en la materia elegidos con la única finalidad de reiniciar la labor compiladora que cristaliza en la Propuesta de Ley sobre la Compilación que hoy se ofrece al estudioso del Derecho civil si bien en este caso es imprescindible añadir otro dato: la condición de Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela.

La necesidad de presentar este trabajo no debe pasar desapercibida: Galicia es la única Comunidad Autónoma con Derecho civil propio Compilado, que con la excepción de la integración llevada a cabo por la ley 7/1987, 10 noviembre en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma del texto normativo de la Compilación del Derecho civil especial de Galicia de 2 de diciembre 1963, todavía no se han hecho efectivos los ideales renovadores que sobre el propio Derecho civil existen en esa Comunidad. Este ha sido sin duda el objetivo prioritario que ha guiado al Dr. Lorenzo Merino y a los demás miembros de la Comisión.

En la estructura de la obra se aprecian tres partes fundamentalmente: Una primera dedicada a los precedentes del Derecho civil de Galicia, el capítulo central está consagrado a la Propuesta legislativa de Compilación así como a las figuras e instituciones civiles no compiladas y en la última parte se incluye el Texto completo de la Propuesta legislativa, finalizando la monografía con una selecta reseña bibliográfica sobre el tema.

Dos han sido los problemas que la Comisión se ha encontrado y que ha tenido que resolver con gran ponderación. Uno referente al valor que debía darse a la costumbre en el sistema normativo de fuentes y el otro relacionado con la conveniencia de incorporar al futuro texto compilado de aquellas instituciones civiles que actualmente se encuentran reguladas en leyes especiales: Arrendamientos rústicos históricos y Montes Vecinales en mano común; esta última autonómica, no así la primera. La solución dada a dichas cuestiones las cuales han sido detalladamente expuestas por el Dr. Lorenzo Merino se deduce del propio texto de la Propuesta; basta con examinar su art.^o 1; en él, desarrollando el art. 38,3 del Estatuto de Autonomía con base en la competencia que le atribuye el art. 149, 1.^o, 8 in fine de la Constitución, respecto a la posibilidad de determinar sus fuentes, señala de manera clara que «El Derecho civil de Galicia está constituido por las normas de esta Compilación». Sin embargo no se afronta el tema de la legislación civil no compilada quizá por la diversidad de sus fuentes.

La estructura de la Propuesta de Compilación se articula partiendo de un Título preliminar al que siguen cuatro títulos que podíamos calificar de especiales: contratos, reales, familia y sucesiones. Dos son los temas que vamos a destacar de manera especial en relación con el título preliminar. Uno, su ámbito de aplicación territorial y el otro, el de la integración; la necesidad de fijar el límite a la competencia territorial se pone de manifiesto de manera explícita después de la ley

7/1987, y lo hace con un criterio más realista que en el Derecho anterior; sólo es aplicable a su territorio sin extenderse a otras provincias limítrofes, para ninguna de sus instituciones, y en relación con los criterios de interpretación se recoge las mejores opiniones doctrinales (Salvador Coderch, ADC 1983) y jurisprudenciales sobre la materia que no obstante ya habían sido tenidas en cuenta por otros ordenamientos autonómicos compilados.

Comienza el Título Primero de los que hemos llamado especiales bajo la denominación de «contratos» y en él se encontrará el lector con un contenido dedicado en exclusiva a la materia agraria, en cuanto instrumentos que sirven para la transmisión y disfrute de las fincas rústicas al mismo tiempo que título para el posible acceso a la propiedad del fundo rústico, haciéndose así realidad el aforismo de que: El trabajo es título legítimo para adquirir la propiedad y con ello poder aumentar el núcleo de futuros titulares de este derecho. No hay la menor duda de que por la extensión de su tratamiento en esta materia se procedió a una legalización de una serie de usos y costumbres referentes a un modo de disfrute fundiario, cual es la aparcería. Por ello sólo reseñaremos el tratamiento que se hace al arrendamiento rústico que se dá por denominar ordinario quizá para diferenciarle del «de lugar acasariado» arts. 5 al 24 en cuanto que su régimen diferencial será debido a las propuestas hechas en los Congresos de Derecho Gallego donde unánimemente se reclamó el mismo acorde con «el hecho diferencial» gallego en materia arrendaticia. Frente a él sigue siendo el contrato parciario la figura típica y caracterizadora del Derecho civil de Galicia en cuanto fórmula tradicional de la tenencia y explotación de la propiedad rústica arts. 25 a 56 lo cual ya pone de manifiesto no sólo la importancia que la aparcería tiene en la contratación agraria sino también el especial cuidado que se ha tenido por parte de la Comisión en realizar un estudio exhaustivo de su regulación; precede al estudio de cada una de las figuras de aparcería rústica, de lugar acasariado, pecuaria y forestal «unas disposiciones generales» que como su denominación indica puedan ser aplicables a las diversas figuras parciarias tipificadas nominalmente, lo cual sin embargo solo puede ser predicado sobre puntos concretos; y ello tanto porque desde la propia terminología de las partes contratantes varía; cedente y aparcerero en la rústica frente a poner y mantenedor en la de ganados como también en el propio objeto cedido, e incluso en la relevancia que adquiere la costumbre local —*usus terrae*— en su régimen jurídico; si bien su incardinación sistemática nos lleva a reflexionar sobre estas Disposiciones Generales: ya que nos encontramos con que la propia delimitación conceptual se aparta efectivamente de la que ofrece el art. 1.579 C.c. y la del art. 102 LAR lo que resulta obvio teniendo en cuenta la especialidad de la pecuaria o la propia del lugar acasariado»; sin embargo, no hay que olvidar que el art. 102 LAR recoge la tradición tal como fue enunciada y desde entonces hermanada en la regulación de arrendamientos rústicos desde la Base 22 párr. último de la Ley de Bases de la Reforma Agraria de 15 septiembre 1932 lo que de aceptarse habría supuesto tener que admitir su sistemática lo cual no procede y sí ajustarse al criterio clásico del Derecho común más acorde con la naturaleza dispositiva del Derecho compilado y el sistema de libertad de pacto en él establecido, art. 59. Igual sucede en relación con la conclusión del contrato por resolución, a consecuencia de la conducta del aparcerero como es la unilateral variación del cultivo convenido, art. 36 n.º 1, lo que tendrá un significado especial en la agrícola; esta

causa de dar por finalizado el contrato nos lleva a pensar en la posible incidencia que sobre estos tipos contractuales pueden tener las actuales medidas sobre política agraria comunitaria —PAC— que están exigiendo del aparcerero unos cultivos determinados a desarrollar, basta con citar el Reglamento CEE 1765/92 de 30 junio y Orden de 11 febrero 1993 (BOE n.º 38), o incluso la ausencia de producción.

Del estudio de cada una de sus específicas formas de aparcería nos dice el Prof. Lorenzo Merino que mantiene la Propuesta de Compilación, las tradicionales de agrícola, incorporando en esta como particularidad la regulación de la llamada «aparcería múltiple» art. 39, (Gómez Laplaza, M.C. Tecnos 1988 página 147), la de lugar acasurado, la cual abarca por su especial naturaleza a todas las demás y está llamada a desarrollar por lo que respecta al aparcerero una mayor función social en cuanto que establece a su favor los llamados Derechos de adquisición preferente posibilitando con ello su acceso a la propiedad de la finca o explotación y demás acogiendo en su regulación la aparcería forestal simple del actual art. 79 de la Compilación, quedando en consecuencia reducida en la Propuesta la aparcería forestal al contenido de la denominada de «nuevas plantaciones» arts. 80-83; por último se regula la pecuaria o de ganados; en ella se presta especial atención a la de ganado ovino-esquileo o apícola —extracción de la miel— art. 53 si bien no quedan excluidos ningún otro semoviente ni sus crías; contrato agrario de mucha raigambre no solo en Galicia sino también en otras regiones con Derecho civil foral propio, basta con recordar por encontrarnos en dos momentos temporales diferentes al Apéndice de Derecho foral de Aragón de 1925 en cuyo artículo 77 y bajo el epígrafe «De los contratos especiales sobre ganadería» regulaba una figura de aparcería pecuaria (Campuzano Horna, F. Rev. Der. Prv. 1933 pág. 366) y a los denominados Contratos de integración de la Ley 24/1984 de 28 de noviembre de Cataluña (Maluquer de Motes *Comentarios*. Tomo XXX. Edersa 1987).

El Título que se dedica a los Derechos reales si bien es el menos amplio en razón de su contenido no por ello deja de ofrecer razones suficientes para que se hayan tenido en cuenta su regulación. En él, alguna de las figuras contempladas se hallan ya reguladas, no así otras, que son contempladas ex novo; a las primeras pertenecen todo lo relativo a las Comunidades dentro de las que cabe distinguir la que recibe la denominación de Agras por su especial idiosincrasia; entre las segundas, la servidumbre de paso (Rebolledo Varela, Montecorvo 1990).

Pero si seguimos la opinión del Dr. Lorenzo Merino serán las Instituciones del Derecho familiar y sucesorio las que caractericen a este Derecho de igual forma que a los demás derechos civiles territoriales (López Jacoiste, Tomo I, Valladolid 1966 pág. 489). Fundándose dichas instituciones tanto en el principio de integridad de la unidad familiar y de la casa o lugar en que se asienta, como en el de máximo respeto a la libertad civil. Para cumplir estos fines se codifican en el Título III de la Propuesta, las Capitulaciones matrimoniales y las donaciones por razón del matrimonio; y en el IV se incluyen los pactos sucesorios y los testamentos.

No hay duda que las dos figuras que se cobijan en el título III son las más típicas del Derecho gallego, ya que en ambas tienen su origen la llamada «compa-

ña familiar» y además tiene cabida dentro de su contenido la mejora de labrar y poseer, el casamiento para casa o cualquier otra institución que encaje con el régimen familiar o sucesorio, art. 70 de la Propuesta.

Ahora bien, si la importancia de la Propuesta estuviera en relación con el número de artículos que se le dedica el título IV gozaría de tal calificativo. Pero a pesar de ello, son otras razones las que deben prevalecer. Por una parte, porque una de las notas del Derecho sucesorio gallego es la de constituir un conjunto normativo destinado a proteger la integridad de los bienes hereditarios y la continuidad en el tiempo, evitando la dispersión de sus elementos componentes; por ello es una característica común a estos Derechos, la organización del aparato sucesorio en base al heredero único o privilegiado en correspondencia con un sistema legitimario dotado de gran flexibilidad que permita desiguales atribuciones hereditarias; lo que actualmente no representa un elemento diferenciador del Derecho común, (Domínguez Luelmo, Tecnos 1989) sí en cambio el instrumento sucesorio que se utiliza en Galicia para lograr tal propósito: la figura del Petruciazgo —o posibilidad de que el padre elija anticipadamente al hijo— petrucio que será el futuro jefe de la compañía familiar: siendo el testamento o el pacto sucesorio el título hábil para su adjudicación; hay que reseñar no obstante la admisión de esta tercera forma de delación (art. 75-art. 14 LH) que nada tiene que ver con el contenido del art. 658 CC manifestándose en razón a su objeto en tres figuras típicas: usufructo voluntario viudal, arts. 76 a 81, la mejora arts. 82 a 86 y el de Apartamento arts. 87 a 89. La admisión de esta forma de delación no hay la menor duda que contribuye a enriquecer el régimen sucesorio de Galicia en cuanto que a través de ella se da nacimiento a instituciones de gran raigambre consuetudinaria y social.

En el capítulo dedicado a la sucesión testamentaria se aprecia por su sistemática que la Comisión quiso incluir sin duda una figura que es el testamento mancomunado, arts. 90, 92 a 95 y en torno a él, regula los requisitos formales del testamento abierto notarial lo cual si bien en el momento en que se hizo la Propuesta al Parlamento significó seguir una línea que pudiéramos llamar avanzada si se utilizaba como elemento comparativo el Código civil (art. 694 y ss.) teniendo para ello como modelo la reforma de la Compilación de Aragón por ley 21 mayo 1985 en su art. 90; hoy no se puede decir lo mismo para el testamento abierto notarial individual, único admitido, art. 695 CC después de la reforma operada por la Ley 30/1991, 20 diciembre, cuyos arts. 665, 697, 698 CC han sido objeto de una sustancial adaptación tanto en relación con la naturaleza del testamento, acto personalísimo, como con los postulados de la ley 13/1983, 24 octubre; en cambio la propuesta adopta un criterio restrictivo en cuanto a la forma de otorgarse el testamento mancomunado ya que siguiendo la vía de la Ley 199 Fuero Nuevo de Navarra o la del art. 22,1 de la Ley 49/1981 de 24 diciembre LEFAAJ. limita esta a la notarial abierta en vez de lo dispuesto en el art. 94 de la Compilación Aragón. Por último es necesario destacar el capítulo dedicado a las Partijas. En el se hallan reguladas las diversas formas de Partición en razón de las personas que la lleven a cabo: el testador o ambos cónyuges, art. 105; nombran a un partidido art. 107 o a varios art. 108, los cuales pueden serlo mancomunado, art. 109 o solidarios en su actuación; partición entre coherederos art. 112 y 117; dando por resuelto cuestiones que pueden presentarse en la partición por el testador como es la de determinar la prevalencia entre la institución y la atribución particional art. 106;

equivalencia entre la mayoría de edad y la emancipación a efectos de las Partijas art. 112 y 117; se ha intentado también superar la dualidad de regímenes jurídicos en los casos de representación legal del art. 161 CC y 271 CC en relación con el art. 1061 CC, en el art. 117, y para evitar las situaciones de indivisión hereditaria tan frecuente en Galicia como consecuencia de la emigración o ausencia de hecho, se compila la figura del «Abandamiento», art. 113 a 116 de la Propuesta, dotando a la Partición de una serie de garantías tanto formales como de destino de la cuota del ausente. Como ya es habitual, se concluye esta Propuesta con la inclusión de unas posibles soluciones para determinar la eficacia en el tiempo de las relaciones jurídicas —Normas transitorias—, dos Disposiciones adicionales, una Disposición derogatoria y la final: Publicidad vigorizante en el Diario Oficial de Galicia y la entrada en vigor: dos meses de su publicidad.

La consulta de esta obra que se ofrece al lector para un estudio posterior del Derecho civil de Galicia no solo se debe apreciar por el contenido del libro sino que este es el fruto directo de quien como el Dr. Lorenzo Merino siendo miembro especialista de la Comisión intervino activamente en su formulación además de un profundo conocedor de su Derecho Civil.

TEODORA F. TORRES
Catedrático de Derecho Civil

PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación. Civitas. Madrid, 1993.

Siempre hay que recibir con agrado las obras elaboradas con entusiasmo. Personalmente, y dada mi vocación por el derecho de autor y por el debate, me complace mucho haber leído la monografía recientísima de la doctora Pérez de Ontiveros, a quien recuerdo haber enviado cierto material a Las Palmas hace unos años y a quien lamento no haber enviado mi monografía sobre la Cesión en exclusiva. En todo caso, la dedicación de la doctora Pérez de Ontiveros al tema de su trabajo, a partir del número 1 del artículo 14 de la LPI, al que dedica cerca de quinientas páginas, debe ser recompensada por un comentario elogioso por mi parte, dado que he aprendido mucho con su lectura.

La tesis de la profesora Pérez de Ontiveros se une a la de la profesora González, sobre el derecho moral, laureada en Salamanca con el premio extraordinario, y contribuye a esa bibliografía pensada y meditada, no fruto de un comentario de urgencia, de los que tanto florecieron a la luz de la reforma de 1987.

La autora desbroza la facultad de decidir la divulgación, enmarcándola en la propiedad intelectual y en el derecho moral y explica con todo lujo de detenimiento diversas perspectivas que completan y profundizan su estudio. Su obra se estructura en cuatro partes:

1) La caracterización del derecho a decidir la divulgación, donde, a partir de sentar los conceptos legales de divulgación y publicación, distingue el derecho de divulgación (extraído del consentimiento que exige el art. 4 LPI), de la facultad de divulgación (reconocida en el art. 14.1.º LPI), que, a su vez, es deslindada de

la libertad de expresión, que podría darle tal vez fundamento constitucional, y del derecho de inédito, la otra cara de la moneda del irrenunciable derecho a decidir si se divulga. Se encarga la autora de analizar el alcance (decisión, forma, nombre y tiempo de la misma) y caracteres (irrenunciabilidad, inalienabilidad, perpetuidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad) de la facultad reconocida en el art. 14.1.º.

2) Titularidad y ejercicio del derecho a decidir la divulgación. En este capítulo se examina el título de atribución del derecho moral, la autoría, y, aunque se recuerda la inhabilidad de las personas jurídicas para ser autoras, no se sienta, con permiso del art. 5 LPI, que hay autores y titulares originarios de derechos no autores que formalmente van a tener derechos morales en la medida de lo posible; por lo menos, el derecho a decidir si se divulga la obra colectiva, por ejemplo (asunto sobre el que entrará a fondo la autora en otro capítulo, pp. 298 y ss.) En mi opinión, la autoría no es el único título para atribuir la facultad de divulgar pues está claro que cuando la ley reconozca derechos originarios a personas jurídicas o a personas físicas no autoras (productor de la versión definitiva de la obra audiovisual y sucesores mortis causa), habrá que reconocer a estas personas una facultad que será muy semejante a la facultad del art. 14.1.º LPI (que dice que los autores tienen los siguientes derechos..., pero que no dice *SOLO* los autores tienen el derecho de decidir si se divulga y en qué forma, porque no podría decirlo: piénsese en el divulgador de la obra colectiva o en el productor audiovisual que comparte con el director realizador dicha facultad). Es posible que en manos de estos no autores no sea un derecho moral (irrenunciable e inalienable) sino una facultad propia de sus derechos de explotación. No obstante, algún derecho semejante a los del artículo 14 son de titularidad de las personas que, sin ser autores, son investidos por la LPI como titulares originarios de derechos sobre la obra.

Al examinar por otra parte el ejercicio del derecho a decidir la divulgación, la autora lo califica como acto jurídico unilateral, mientras que al examinar su alcance en el Capítulo 1 lo calificaba de opción, pero no en su sentido civil.

Termina la autora este segundo capítulo con un interesante estudio de los supuestos irregulares o anómalos donde la persona que divulga no es la misma autora (sino un representante suyo o el comprador de la obra plástica) o donde su decisión no es soberana, porque existen intereses concurrentes de otra persona en la obra a divulgar (biografías, cartas ajenas, hechos íntimos e imágenes de otras personas).

3) La relación intersubjetiva previa a la divulgación, donde distingue los contratos y los supuestos de pluralidad de autores. En este capítulo tiene especial interés a mi juicio las consideraciones que realiza la autora sobre las obras plurisubjetivas. No obstante, creo que de la misma manera que la autora ha identificado un problema de solapamiento de derechos en el capítulo anterior (divulgación de obras sobre personas, su imagen o su intimidad), en que concurren derechos de autor y derechos de la persona retratada, mencionada o biografiada, es posible que en la obra colectiva y, de manera especial en las obras periódicas, concurren el derecho de los autores y el derecho, todavía vigente, de prensa y de radio y televisión. Por eso, aunque se reconozca creati-

vidad a quien coordina las labores de los periodistas, y este no suele ser ni el director del periódico ni el editor del mismo, sino el redactor jefe y los redactores de sección que materialmente confeccionan la distribución y composición de cada número, no tienen éstos la última palabra sobre la divulgación (1).

4) El último capítulo lo dedica la autora al derecho a decidir la divulgación a la muerte del autor.

Me detendré en ciertos puntos que considero graves de su monografía, sin ánimo de exhaustividad.

I. El tópico de la divulgación como requisito para que la obra entre en el comercio o se patrimonialice

La autora aborda la tarea de diferenciar la facultad reconocida en el artículo 14.1.^o LPI, del derecho de divulgación, que se puede extraer del art. 4 LPI, cuando exige consentimiento del autor para entender legalmente divulgada una obra (pp. 86 a 91). En este cometido, menciona la autora un tópico queridísimo por la doctrina, tanto la efímera como la habitual, que con la divulgación de la obra se introduce la obra en el comercio o en el terreno patrimonial. Este tópico debe revisarse de una vez. Creo que la autora lo combate, pero no acabo de saber a ciencia cierta cuál es su postura, que adivino más bien por la vía de la sugerencia ilustrativa, (pp. 90 y 91); la obra inédita está también en el terreno patrimonial y en absoluto es necesaria la divulgación de la obra para su patrimonialización: 1) cuando el autor vende su cuadro o su manuscrito a un coleccionista privado está patrimonializando su obra, igualmente cuando lo regala, y no por ello está divulgando o consintiendo su divulgación; 2) asimismo, cuando el autor decide a última hora que su obra no vea la luz cambiando de opinión, estando la obra editada pero no divulgada, tenemos una alternativa, o el autor ejercita su derecho de inédito (con la consiguiente obligación de indemnizar) o está retirando la obra del comercio, como previene el artículo 14.6 que no exige que la obra esté divulgada sino que haya sido introducida en el comercio, del que se retira: la retirada se efectuará de una obra divulgada, o de una inédita: ambas están en el comercio por voluntad del autor. Cuando, en cambio, sin mediar permiso del autor, una obra editada pretendiese ser secuestrada, está claro que el autor no estaría ejercitando su derecho de retirada, sino el de inédito, porque el autor no la introdujo en el comercio (se trata de una explotación que no le era imputable); 3) la transmisión a los herederos o a los sucesores mortis causas específicos de ciertos derechos sobre las obras inéditas se produce como sucesión en el patrimonio del causante; 4) por último, cuando el autor o su casuahabiente mortis causa, cede sus derechos de explotación sobre la obra inédita, está utilizando un elemento de su patrimonio, no está discu-

(1) El director de la publicación sigue respondiendo civil y penalmente, así como está obligado a rectificar, según la L.O. 2/1984. La LPI, en su art. 8 atribuye a quien edita y divulga, que no siempre coincide con quien coordina los trabajos.

rriendo en el limbo extrapatrimonial. Si la obra cuyos derechos patrimoniales han sido cedidos ve al final la luz pública o no, es indiferente para afirmar con propiedad que la obra ha sido patrimonializada o ha sido utilizada como parte de su patrimonio.

II. El concepto de explotación de la obra

Al distinguir derecho de divulgación y facultad de divulgación, la profesora Pérez de Ontiveros parece asociar la idea de remuneración, gratuidad y beneficios a la de explotación (entonces la obra ya sería patrimonial) en la página 90. No llega la autora a formular la idea de explotación que, a mi juicio, de forma desafortunada ha efectuado un autor recientemente (García Martín, RDP, 1992, 907 y ss.) (2).

La explotación de una obra intelectual, en el sentido en que debe entenderse para llenar de contenido la expresión y el concepto «derechos de explotación», no tiene que ver a mi juicio con la obtención de rendimientos económicos (RDP, cit., 930), ni con la existencia del público (como elemento final (cit., 941), ni con lo que haga el autor o un tercero autorizado (cit., 922).

La explotación de una obra es un concepto específico del Derecho de autor y se refiere, con base en la especial naturaleza de la obra del ingenio, a las distintas posibilidades de patrimonializarla, precisamente a través de su inmaterialidad (inmaterial y patrimonial no son, cuidado, conceptos incompatibles). Así, una obra se explota cuando se reproduce, cuando se comunica al público, cuando se distribuyen las reproducción y, por último, cuando se transforma.

Las cuatro vertientes de la explotación recogidas por la ley española son resultado de una lógica combinatoria nacida de la susceptibilidad de multiplicar y de disfrute simultáneo y no excluyente que tienen las obras literarias artísticas y científicas:

1. El contenido de un solo objeto es comunicado simultáneamente a numerosas personas, que disfrutan de forma concurrente del contenido de la obra (Oyentes, espectadores).

2. Un objeto es multiplicado y el contenido resultante en cada una de las reproducciones es prácticamente igual; cumplen una función cultural e intelectual igual o semejante y una función económica que satisface por igual a todos sus consumidores (compradores y lectores de los ejemplares de una novela).

3. Un objeto, multiplicado, es distribuido ejemplar por ejemplar o copia por copia, lo que no implica necesariamente descentralización espacial pues nada impide que la distribución esté centralizada en un único punto: piénsese en la venta de catálogos de una exposición, únicamente en el museo o galería.

(2) En este último trabajo se desbrozan unos elementos presentes en toda explotación (objetivo, subjetivo, económico, formal y final) que, en mi opinión, desenfocan por completo la cuestión.

4. Un objeto incorpora una obra anterior que ha sido yuxtapuesta a otra o/y transformada. Al crear (3) la transformación, se está explotando el contenido de la obra transformada, que se presenta de otra forma: se multiplican las formas de presentación de la obra.

La autora no maneja la idea de explotación del profesor García Martín, pero al mencionar la gratuidad o beneficios, puede inducir al lector a pensar que el dinero, la onerosidad o la gratuidad son extremos necesarios para apreciar ó descartar la existencia de explotación.

La necesidad de permiso para representar una obra en público aunque fuera gratuitamente, que la vieja ley de 1879 contemplaba, o la norma, por ejemplo, del artículo 90 de la Ley de 1987, deja bien claro que la explotación no requiere onerosidad ni descarta gratuidad. Nadie duda que exponer un cuadro al público, que nada paga por acceder a la galería o al museo, es explotar el cuadro.

Parece que es indiferente la obtención de beneficios; y la presencia de un público parecería necesario para la comunicación pública, pero no para transformar, reproducir o distribuir. Pero, cuidado, la comunicación necesita al público sólo potencialmente, porque aunque nadie visite la galería de arte, aunque la sala de cine o el teatro estén vacíos o aunque nadie conecte un canal de televisión, la exposición, la proyección, la representación y la emisión televisiva constituyen todos actos de comunicación pública. Piénsese que pueden ceder derechos y ejercitar derechos de explotación sin que la obra acceda al público.

Tampoco es preciso, para hablar de explotación, ni que lo haga el autor, ni una persona con título o sin él. La explotación es explotación, lo haga el autor o cualquier tercero: de ahí que pueda haber explotaciones fraudulentas. Pues una cosa es que la ley determine que unas explotaciones son lícitas y otras indebidas y otra bien distinta que esta últimas no constituyen actos de explotación.

La explotación de una obra intelectual es, en suma, aprovechar las posibilidades que ofrece una obra para su disfrute simultáneo, dada su naturaleza inmateral, por una multiplicidad de personas [en diferentes ejemplares (reproducción), en diferentes idiomas, formas o géneros (transformación), en diferentes lugares, con (distribución) o sin (comunicación) ejemplares]. Que dichas posibilidades de multiplicidad y simultaneidad atribuyen a una obra un valor económico en el mer-

(3) Esta última forma de aprovechar o explotar una obra que es transformarla o derivarla hacia otra, resultante de la transformación y derivación, requiere sin duda una labor creativa (a la que la ley reconoce ciertos derechos: 9.1, 11.5, 12 y 17.2 LPI). De ahí que no sea punible ni civil (La LPI tiene una clamorosa norma en blanco que puede inducir a confusión, pues se podría pensar que el titular de los derechos de transformación de la obra puede perseguir e impedir transformaciones hechas sin autorización, cuando no es así), ni penalmente (534 bis a CP) la mera transformación, sino la comercialización mediante reproducción, comunicación pública o distribución. La mera transformación (traducir una obra, adaptarla al teatro, refundirla) o su derivación (comentarla o seleccionarla para una antología junto con otras, nuevas o preexistentes) implica el ejercicio de una libertad de expresión y de creación que no pueden ser tipificados como ilícito civil ni penal. Lo que puede ser proscrito es la reproducción distribución o comunicación de dicha transformación sin permiso del titular de los derechos.

cado, nadie lo duda, pero no es la explotación de una obra intelectual un concepto pecuario o contable.

Las formas de explotación de una obra son susceptibles de explotación económica, pero el afán de lucro, el carácter benéfico o el mero divertimento de una persona que copia o reproduce ejemplares de una novela o un cuadro son todos elementos intencionales que pueden darse en la explotación de la obra. La intención es indiferente (4). La clave de la explotación está en el hecho, en el elemento objetivo: una misma obra se materializa en múltiples objetos materiales, se comunica simultáneamente a una multiplicidad de personas, de forma tangible o intangible. Los elementos subjetivo, intencional, formal y final no son decisivos. La infracción civil del derecho de autor se comete también con una explotación de buena fe sin título.

III. El concepto de público

La idea de público es necesaria para una comprensión cabal del concepto de divulgación y de publicación, pero no para el de explotación. En mi opinión, el concepto de público se explica por el anonimato: no es un grupo más o menos numeroso de personas (García Martín, cit., 109). Es un sector indiferenciado de la población cuyo nombre desconocemos. Si para disfrutar de una obra se requiere cumplir unos requisitos personales (ser miembros de un club, un seminario, claustro de profesores, empleado de una empresa, poseer un título específico), no puede decirse con propiedad que ese grupo de personas, reducido o numeroso, sea el público. El grupo de personas receptoras de la obra será público si no tienen más que encender la televisión, pasar por taquilla, entrar en el museo o galería, en la sala de proyección, cualquiera que sea su identidad o cualidades personales.

Es una lástima que sigamos buscando el concepto de público en el dintel del ámbito doméstico. (Público son los receptores de televisión, cada uno en su domus). Una cosa es que el art. 20.1 LPI, a efectos de la emisión y pensando en los videos comunitarios, se hable del ámbito doméstico no conectado a una red (supuesto específico enunciado, no lo olvidemos, de forma negativa) y otra, que el artículo 20.1.II nos dé la clave para determinar lo que es público y lo que no, de forma general y aplicable a todos los casos.

Recuérdese que el segundo párrafo del art. 20.1 LPi dice que «no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico cuando no...», pero eso no excluye que haya otros supuestos de no publicidad de la comunicación, o, en otras palabras, no se agotan los casos de no publicidad en el ejemplo del art. 20.1 II LPI y, por eso, su criterio no explica los demás casos. Cabría añadir que tampoco será pública la emisión en el circuito cerrado de una empresa o la que tiene como receptor al consejo de administración o a un círculo diferenciado de personas que reúnen algún requisito común.

(4) Cuidado, no para cualificar el tipo penal, (534 bis b) que considera más grave actuar con ánimo de lucro.

IV. La imprescriptibilidad del derecho moral

Es especialmente interesante la idea apuntada por la doctora Pérez de Ontiveros en cuanto a la imprescriptibilidad del derecho moral, que calla el artículo 14 LPI y que sin embargo respecto a otros derechos la ley francesa reconoce. Probablemente a estos efectos se recuerda que los derechos morales no pueden ser usucapidos y quizá por eso no se da la prescripción extintiva. Cabría en cambio la posibilidad de predicar de algunos de ellos la idea de caducidad o de agotamiento. A este respecto, se pensó que el derecho de divulgación y el de inédito quedan agotados con el ejercicio del primero (Vid. Francon: *L auteur d'une oeuvre de l'esprit, épuise-t-il son droit de divulgation par le premier usage qu'il en fait?*, en *GRUR Int.*, 1973, 264). En este punto es conveniente la tesis de diferenciar el hecho de la divulgación de la decisión del autor, que a pesar de haberlo decidido no logra que su obra acceda al público o que, por el contrario, se arrepiente antes de la efectiva divulgación.

Ni la imprescriptibilidad ni el agotamiento son distintivos de los derechos morales, pues hay algunos derechos económicos que se consideran susceptibles de agotamiento (distribución) y la imprescriptibilidad también ha sido predicada por la Corte italiana de casación para los derechos económicos.

Otra cosa sería la caducidad de los derechos morales, cuyo término final no depende de la voluntad del sujeto ni es susceptible de interrupción, aunque las disposiciones relativas a la revelación de autores encubiertos o a la divulgación póstuma de obras podrían hacerlo pensar.

Por último, la imprescriptibilidad sería evidente en el artículo 41 para el derecho de paternidad y el derecho de integridad. En el caso de la facultad de decidir la divulgación de la obra PROPIA, es evidente que se produce su extinción por la consumación de la misma conforme al artículo 4 LPI (no puede haber dos divulgaciones) o por la muerte del autor.

V. La transmisión mortis causa del derecho de inédito y de la facultad de decidir la divulgación

Aunque la autora me censura duramente, con una expresión que me desangela, que «no se puede afirmar (sic, página 448) como hace Rodríguez Tapia que en realidad nadie detenta el derecho al inédito a la muerte del autor, lo detentan las personas enumeradas en los artículos 15 y 16», deberé discrepar cordialmente de mi colega y mantener que sí se puede afirmar: otra cosa es que sea discutible. Creo que la idea que se me imputa es más bien de Álvarez Romero, y yo la tomé en 1987 para la nueva ley, aunque tomo nota de la crítica intelectual y advierto que hay error de comunicación (emisor o receptor), lo que a veces es imputable a la frialdad de la letra escrita.

El derecho al inédito, tal como la propia doctora lo ha construido, aun más con cierto apoyo constitucional en la libertad de expresión que parece suscribir, sólo se puede predicar, hablando con propiedad, de las obras propias, no de las obras ajenas; y ajenas son las obras del causante.

Además, los herederos o derechohabientes del autor tienen conferido por el artículo 15 LPI el EJERCICIO, NO LA TITULARIDAD.

Si nuestra ley permite que un juez dicte medidas oportunas para divulgar una obra que los herederos mantienen inédita de forma abusiva (art. 40), es porque dichos herederos no son titulares del derecho al inédito del artículo 14.1 LPI.

En el conflicto entre el autor vivo que detenta los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1 a y 20.1 b y la colectividad que tiene derecho a acceder a la cultura y al patrimonio cultural, ex artículo 44, prevalece el derecho fundamental del autor. Una vez fallecido, nadie tiene derecho al inédito. Lo único que articula la Ley es la posibilidad de que los herederos preserven la voluntad del autor difunto. Cuando haya mandato explícito del causante (no divulgar o esperar un tiempo desde su muerte, por ejemplo), será posible sostener ante el juez que su ejercicio no es abusivo; cuando, por el contrario, el autor no manifestó su oposición a una divulgación póstuma, o, aun más, cuando el obstáculo a la divulgación póstuma sean las pretensiones económicas excesivas de los herederos, podrá el Juez declarar que su ejercicio es abusivo, y que, frente a su voluntad de mantener una obra inédita por razones económicas, prevalece el derecho de la sociedad a acceder a la cultura.

Afirma la autora que el derecho se ha transformado (pág. 448). Por supuesto: la ley reconocía a los autores vivos un derecho a mantener inéditas sus obras, de forma incoercible por cualquier autoridad judicial. La ley reconoce a los herederos a ejercitar la facultad de divulgar o a mantener inéditas las obras de su causante, salvo que el juez estime que prevalecen los intereses colectivos. Cabría preguntar quién es el titular del derecho cuyo ejercicio confía a las personas descritas en los artículos 15 y 16 LPI. La Ley lo calla, pero habría tres posturas básicas: a) ejercicio es sinónimo de titularidad, debido a una imperfección técnica de redacción o a cierta astucia del legislador que elude el problema peliagudo; b) el ejercicio póstumo es una construcción ficticia debida a una prolongación póstuma de la voluntad del autor (teorías sobre la personalidad pretérita) semejante a la que se maneja en los derechos de la personalidad; los herederos están vinculados por el mandato del autor difunto si lo hay; c) no hay derecho de inédito sino derechos de explotación en manos de los derechohabientes, y personas que pueden evitar la divulgación (herederos) o, al contrario, imponerla (autoridad judicial, en atención del artículo 44 CE).

Distinguir entre titular post mortem del derecho de divulgación y titular de derechos económicos es peligroso. Piénsese que si el titular del derecho de explotación que trae causa del autor es persona distinta del legitimado para el ejercicio del derecho moral conforme al artículo 15, la hipótesis es muy contradictoria pues equivale a decir que después de firmar el autor un contrato de edición, pongamos por caso, sus herederos conservan el derecho del artículo 14.1. Además, repárese en que los herederos no están legitimados para el ejercicio del derecho de retirada. Por eso, la interpretación más lógica será que los herederos ejercitan la facultad de divulgación sólo si tienen los derechos de explotación pues si un derecho de explotación ha sido cedido a alguien, extraño o no a la comunidad hereditaria, eso equivale, en buena lógica de las cosas, a que los herederos no tienen el derecho de

divulgación porque el causante ya lo ejercitó, y que el derechohabiente divulgará bien y conforme al artículo 4 LPI porque el difunto consintió. Los herederos, lo recuerdo, no podrán retirar la obra del comercio, como sí podría haberlo hecho su causante.

En suma, los derechohabientes que mencionan los artículos 15 y 16 podrán ejercitar dichas facultades siempre y cuando tengan todos los derechos de explotación. La facultad de decidir la divulgación se torna manifestación lógica de la titularidad de todos los derechos de explotación, no como facultad o derecho moral sobre una obra AJENA. Si hay un tercero autorizado a explotar por el autor, lo único que podrán controlar los autores es el cumplimiento de la voluntad del difunto (controlar la forma de divulgación conforme a la autorización), pero en modo alguno podrán contradecir a su causante que firmó el contrato de explotación de la obra.

Que conste que estas ideas apenas son mías, como mucho, una adaptación de las ideas vertidas por Alvarez Romero para la vieja Ley. Creo que su construcción es correcta y acepto mi parte de autoría y responsabilidad. Cinco años después, creo que se pueden mantener, esto es, con permiso de mi colega, se puede afirmar que nadie detenta el derecho al inédito. Lo que no me cabe duda, es que se puede discutir o discrepar. Pero no alcanzo a ver el absurdo de mi razonamiento. Imagino, como dije antes, que se trata de un problema de comunicación.

VI. Conclusión

La obra de la profesora es valiosa en sí misma en cuanto supone un ordenado trabajo de sistematización de problemas y de tesis y propuestas de solución. Las conclusiones, discrepantes de quien esto firma, tienen, además de su valor intrínseco, el de suscitar el correcto debate entre profesionales y colegas.

Una pequeña lamentación: es una pena que una monografía tan interesante publicada en marzo de 1993 no contenga, salvo inadvertencia mía, un comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1992 [Rep. Ar. 1834 y RGD (1992), 2676, con Comentario de Espert Sanz] donde se reconoce un derecho a la divulgación audiovisual de una novela, sobre lo cual la autora de este libro habría tenido cosas que decir. Lo digo por la preocupación que causa las escasas sentencias españolas y su imprecisión conceptual (recuérdese la de 15.2.1991, que considera el derecho de reproducción dentro del derecho moral) y por el extenso tratamiento en esta monografía de la obra audiovisual (pp. 348 a 390).

En el capítulo de caprichos del lector e investigador, yo echo en falta un estudio del agotamiento y de la lesión e indemnización de la lesión del derecho estudiado por la autora. En el de la amarga ironía, lamento que una obra que estudia la propiedad intelectual (incluso de las obras en coautoría) refleje en su bibliografía que los autores de los comentarios sistemáticos a la Ley de 1987 no somos los autores, sino el coordinador de la obra: le recuerdo a la tutora de esta valiosa obra que no siempre que hay un coordinador, la obra es colectiva, ex Artículo 8 LPI, pues hace falta que no sea posible atribuir a los autores de las aportaciones una

parte en la totalidad de la obra, cosa que hace en mi favor la editorial; y que, aun cuando los comentarios de Tecnos a la LPI fueran una obra colectiva, los autores de las aportaciones conservaríamos nuestros derechos morales sobre las mismas, como la autora se ha tomado la molestia de demostrar.

No hay espacio para explayarse más pero habrá que revisar los escritos: si uno propone revisar el dogma de que las personas jurídicas no pueden ser consideradas autoras, como recuerda la autora en la página 303 de la obra, no quiere decir que afirme lo contrario ni que las personas jurídicas tienen (sic) integridad física. Lamento que la autora no dispusiera de mi monografía sobre la cesión exclusiva, donde traté la relación precedente a la divulgación entre autor y divulgador de la obra anónima o seudónima y donde expliqué la indeterminación contractual de las bases de los concursos que tantas veces comprometen el derecho estudiado por la profesora Pérez de Ontiveros. Si algún día tiene ganas de estudiar mis tesis y de rebatirlas, con mucho gusto le aceptaré el guante científico o le daré la razón de plano. Por el momento, aguardo impaciente su próximo trabajo con el máximo interés.

J. M. RODRÍGUEZ TAPIA
Universidad Carlos III

RODRIGUEZ TAPIA, José Miguel, «La cesión en exclusiva de los derechos de autor», Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 1992, 369 páginas.

La obra que a continuación se reseña es el estudio de un aspecto concreto de la propiedad intelectual —*la cesión en exclusiva de los derechos de autor*— realizado por un civilista, y, más específicamente, la tesis doctoral de un profesor universitario, dirigida por el Prof. José M.^a Miquel González, Catedrático de Derecho civil.

El trabajo se presenta estructurado en tres partes claramente diferenciadas: la primera está consagrada a los antecedentes de la figura en la legislación española (Capítulo I de la obra); en la segunda, se procede a un análisis de la *cesión en exclusiva* en la vigente Ley de Propiedad Intelectual, de 11 de noviembre de 1987 (Capítulo II) y en la tercera se estudia *la posición exclusiva del cesionario* en la LPI (Capítulo III). El comentario de la obra que a continuación se realiza sigue el orden propuesto por el autor.

En el Capítulo I del libro, nos proporciona el Profesor Rodríguez Tapia una visión fiel y ajustada del régimen de la transmisión «inter vivos» de la propiedad intelectual en la anterior legislación. Marca el autor la diferencia entre dos sistemas: el de la anterior Ley de propiedad intelectual de 10 de enero de 1879 y el derivado de Leyes posteriores a aquélla, de ámbito sólo sectorial: la Ley de 31 de mayo de 1966, sobre derechos de propiedad intelectual en las obras cinematográficas y la Ley del Libro de 12 de marzo de 1975. El sistema propiciado por la Ley de 1879 y su Reglamento de 10 de septiembre de 1880 era, en efecto, la enajena-

ción o traslación del dominio sobre la obra al causahabiente «inter vivos» del autor, lo que convertía a éste en un «vendedor de creaciones», como señaló en su día uno de nuestros mejores especialistas, Hermenegildo Baylos Corroza. En cambio, la Ley relativa a las obras cinematográficas y la Ley del Libro permitían que la transmisión del autor al productor o al editor se limitase a determinadas facultades de explotación, conservando el autor la propiedad intelectual de su obra.

Esas Leyes se ceñían, claro está, a las clases de obras en ellas contempladas y, por tanto, el régimen general era el de la Ley de 1879 y su Reglamento. El Profesor Rodríguez Tapia mitiga el alcance máximo de la transmisión en la anterior legislación señalando que, aun habiendo enajenado su obra, retenía el autor «ciertos derechos personalísimos» (cfr. pág. 18), parangonables a lo que hoy conocemos como *derecho moral*. A este último respecto, cabría, sin embargo, observar que el reconocimiento de tales «derechos» era en los textos de 1879/80 harto precario: sus únicos atisbos están en el Reglamento (atisbos que la jurisprudencia procuró ignorar, para que no operasen como límites del dominio adquirido sobre la obra) y el único de ellos enunciado en la Ley, el llamado «derecho de inédito solemne» (art. 44 LPI) sólo podría ser ejercitado por el autor que conservase la propiedad de su obra, como reconoce el propio Rodríguez Tapia (pág. 38).

En los dos siguientes capítulos, se adentra ya el libro en el tema de la *cesión en exclusiva* en la vigente LPI. La cesión en exclusiva es uno de los posibles supuestos de cesión (concesión o transmisión, esto sólo luego lo sabremos) «inter vivos» de los derechos de explotación (en rigor, facultades) del autor, de sus causahabientes y, en su caso, de otros titulares originarios de derechos de autor (v. gr. arts. 8 y 119 LPI). Su estudio se inicia, pues, desvinculándola de esas otras figuras aludidas por el legislador (cesión no exclusiva, autorización no exclusiva, cesión del derecho de uso, concesión de derechos, concesión de facultades: págs. 71-77), para referirse por fin a los preceptos específicos de la cesión en exclusiva (arts. 48 y 49) y, dado lo asistemático de la regulación legal, indagando otros posibles supuestos de cesión en exclusiva en normas a veces alejadas de las citadas. El análisis culmina planteándose la posibilidad de la venta de derechos en la Ley de 1987 (págs. 181-192).

¿Qué lugar corresponde a la cesión en exclusiva entre los actos jurídicos estudiados? En rigor, cabría establecer una gradación entre ellos, de menor a mayor eficacia jurídica.

1. En primer lugar, la mera autorización o concesión de permiso para utilizar una obra ajena, que, como nos hace ver Rodríguez Tapia, es lo que se produce en los supuestos legales de «cesión no exclusiva» (art. 50.1) y «autorización no exclusiva» (art. 50.2), si bien es también concebible, añadiríamos nosotros, una mera autorización o legitimación de uso de carácter exclusivo.

2. A continuación se sitúa la *cesión en exclusiva*, que ¿transmite? o meramente ¿concede? a terceros, a por tiempo limitado (art. 43.2 LPI), determinados derechos de explotación de la obra. A este respecto, la posición del autor del libro es inicialmente pragmática: «Poco importa que llamemos al acto de transmisión, autorización, concesión o cesión, si los efectos que se derivan van a ser los mismos. Lo que determinará la diferencia, a mi juicio, será la posición exclusiva del autorizado, cesionario o concesionario» (pág. 77).

3. El umbral máximo de transmisibilidad lo constituye la *venta* de derechos, que comporta la transmisión global de todos los derechos de explotación sobre una obra, por todo el tiempo de duración de los derechos de explotación (arts. 26 y ss. LPI). Es con motivo del estudio de este contrato, que el autor considera «contrario al espíritu de la LPI», que se nos dice que «lo que la ley llama cesión tampoco “equipara a este respecto nuestra LPI a la Ley alemana” supone una auténtica transmisión del derecho» (pág. 192).

Conviene detenerse en estos apartados segundo y tercero (*cesión en exclusiva y venta* de derechos de explotación).

Como se ha apuntado, el Profesor Rodríguez Tapia realiza una labor de reconstrucción del instituto de la *cesión en exclusiva*, trazando su perfil mediante el estudio de particulares situaciones que pudieran determinar asimismo sus efectos jurídicos. Es de destacar el acierto con que el investigador establece la necesaria conexión entre la norma básica sobre la materia, el art. 48 LPI, y esa pluralidad de situaciones desperdigadas a lo largo del texto legal.

Quisiéramos hacer mención expresa de alguna de ellas, en unos casos para suscribir y en otros para distanciarnos de la opinión del autor. Cabe, en efecto, referendar su punto de vista sobre la presunción legal de cesión en exclusiva al empresario (págs. 79-81), en el caso de las obras creadas en virtud de una relación laboral (art. 51 LPI), y al adquirente de la propiedad del original de la obra (págs. 143-153), en el caso de la obra plástica o fotográfica (art. 56,2 LPI). La diferencia entre uno y otro supuesto —oscurecida quizá al seguir la exposición el orden de numeración de los artículos— estriba en que, en el primer caso, el objeto cedido lo constituyen todos los derechos de explotación sobre la obra y, en el segundo, sólo el derecho de exposición pública. La solución adoptada en este último supuesto, procedente de la Ley alemana sobre derecho de autor, de 9 de septiembre de 1965, cuyo § 44 traduce literalmente el art. 56,2 LPI, constituye una verdadera ruptura con nuestra tradición jurídica (cfr. art. 9.º LPI 1879). Así lo pusieron de relieve durante el debate de la LPI algunos Grupos parlamentarios (en este y en otros puntos, se hecha en falta en la obra ahora comentada alguna referencia a la discusión parlamentaria).

Particular mérito tiene su tratamiento del tema del encargo de obras literarias, artísticas y científicas (págs. 153-170), puesto que el autor extrae su conclusión al respecto —asimismo presunción de «transmisión de derechos» (sic pág. 159) al comitente de la obra— no sólo de los supuestos legales, sino también de un supuesto específico de encargo en la realidad habitual: los concursos literarios y artísticos (pág. 160-170). Para ello, el autor procede a un estudio exhaustivo de las bases y convocatorias de numerosos concursos; las diez largas notas en que los enumera dan cuenta de su paciencia y tesón (págs. 165-166).

En algunas otras de las situaciones estudiadas, podría, en cambio, llegarse a conclusiones diferentes de las del autor. En concreto, no coincido con él en su inclusión de la norma del art. 6.2. entre los supuestos de cesión en exclusiva. En ese precepto no hay, a mi modo de ver, una «cesión *ex lege*» de derechos (pág. 99) al divulgador de la obra de un autor que no revela su identidad, sino todo lo más, una mera legitimación legal o concesión de poder al sujeto divulgador para que ejerza los derechos del autor, no necesariamente en *su nombre* (ya que el autor no ha

querido revelar su identidad), pero sí necesariamente *por su cuenta*; la posibilidad de que el divulgador adquiera derechos del autor depende exclusivamente de cómo sea en el caso concreto la relación subyacente entre ambos. Esta interpretación parece más congruente con el precepto que inspira nuestro art. 6.2., el art. 15.3. de la Convención de Berna («... el editor... será considerado, sin necesidad de otras pruebas, representante del autor, y con esta cualidad estará legitimado para defender y hacer valer los derechos de aquél...»).

Por contra, hubiera podido incluirse como caso de cesión en exclusiva la cesión de derechos sobre un programa de ordenador, ya que existe la presuposición legal de que el cesionario del autor del programa se convierte en «titular de derechos de explotación» (arg. ex arts. 98 y 99.1 «in fine» LPI), aunque sólo sea porque el legislador parece pensar que tales obras habrán sido creadas en el seno de una relación laboral. Y, aunque coincido con el Profesor Rodríguez Tapia en que en el supuesto de la obra colectiva (art. 8.º LPI) no hay cesión, sino atribución originaria de los derechos de propiedad intelectual a la persona natural o jurídica bajo cuya iniciativa se realiza la obra, no por ello «la persona jurídica tendrá la consideración de autor» (*sic* pag. 112), sino que «en su caso “se” excepciona la atribución originaria plena del derecho de propiedad intelectual al autor», como ha sostenido en otro lugar el Profesor Carrasco Perera (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coordinados por R. Bercovitz, Madrid 1989, págs. 101 y ss.; vid. pág. 107).

El estudio comparativo que a continuación se realiza entre las figuras de la *cesión en exclusiva* y de la *venta* de derechos parte de una sistematización de las diferencias entre ambas. Sería la principal la falta de obligación de explotar la obra en el comprador de derechos de explotación, obligación (o, mejor, *carga*) que sí incumbe, en cambio, al cesionario exclusivo de los mismos (págs. 187, 190, 191, 210). Y, puesto que «nadie, distinto del autor, puede sustraer una obra de su difusión pública... no deben ser admitidos negocios traslativos de derechos exclusivos por tiempo ilimitado o que eximan al cesionario de la obligación de publicar la obra» (Conclusión 2.ª del libro). En la LPI no tendría, pues, cabida la *venta*, sino sólo «negocios de cesión, que han sido calificados por algunos autores alemanes y españoles, de *sucesión constitutiva*», de «alcance dispositivo limitado, pues el derecho del adquirente es bastante diferente del derecho que tenía el disponente, prescindiendo, por supuesto, de los derechos morales» (Conclusión 3.ª).

Estas afirmaciones enlazan con el tema tratado en el tercer y último capítulo de la obra: la *posición exclusiva del cesionario*, posición que se explica también a partir del esquema de la *sucesión constitutiva*. Dicho esquema, que sirve para negar eficacia *traslativa* al negocio de cesión, presenta dos capitales ventajas: permite sostener que la posición del cesionario es cualitativamente inferior a la del autor cedente y justifica que, una vez extinguido el negocio, el derecho cuyo ejercicio se ha cedido sin haberse *transmitido* su titularidad, sea recuperado por el cedente (págs. 211-212).

El sistema de la *sucesión constitutiva* es, en efecto, el que proponía Andreas von Tuhr (y, en realidad, ya antes los pandectistas Ernst Immanuel Bekker y Heinrich Dernburg) como explicación de la eficacia de los contratos de explotación en el ámbito del derecho de autor y del derecho de patentes (cfr. Von Tuhr, «Der

Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts», Band II, Erste Hälfte, München und Leipzig 1914, págs. 58 y ss.). Este esquema se aplica a tres categorías de derechos: la constitución de *derechos reales* limitados en cosa ajena; la creación de derechos de disfrute y garantía sobre *derechos de crédito* (usufructo y prenda de créditos). Y, por fin, como «tertium genus», la ya mentada *transmisión* (von Tuhr sí emplea dicho término: «Übertragung») o constitución de licencias de derecho de explotación.

Pues bien, hay aquí un dilema que el propio von Tuhr no resuelve: el derecho constitutivo es siempre de la misma naturaleza que su «derecho madre»: será *real*, si éste lo es y *obligacional*, si lo es, en cambio, éste (loc. cit., pág. 69). Guarda, en cambio, silencio en cuanto a la tercera categoría. Sólo nos dice en una nota (pág. 67, nota 46): «Übertragen wird eine beschränkte Benutzungsbefugnis, aber... ohne das sonst mit konstitutiver Übertragung verbundene Verbotungsrecht gegen Dritte. Trotzdem ist das Lizenzrecht nicht, wie Miete und Pacht, eine auf obligatorischer Verpflichtung des Rechtsinhabers beruhende Benutzungsbefugnis, sondern ein auf den Lizenzberechtigten übertragenes Stück des Autor- bzw. Patentrechtes». Es decir, si, de una parte, niega von Tuhr al derecho del licenciario la eficacia absoluta de los derechos reales, no se resigna tampoco a relegarlo a la posición de un mero arrendatario o titular de un derecho de crédito frente al cedente.

Quizá en esta línea se inscribe el Prof. Rodríguez Tapia, quien, con prudencia, califica el derecho del cesionario de «derecho cuasi real» (págs. 77 y 212) o «derecho “sui generis”» (pág. 279).

No tengo la seguridad de que, en 1965, haya puesto fin a este dilema la Ley alemana sobre derecho de autor. Mi impresión en este momento es que en la declaración del legislador alemán —los derechos de explotación del autor son intransmisibles «inter vivos» (§ 29, última proposición); la titularidad de los mismos permanece siempre en el autor cedente y sólo cabe *conceder* o autorizar a terceros su ejercicio (§ § 31 ff)— hay una petición de principio. Es bien sabido que la Ley alemana representa el triunfo del *monismo* en la concepción del derecho de autor (§ 11: el derecho de autor es un derecho *unitario*, aunque compuesto por un doble orden de *facultades: personales y patrimoniales*). Puesto que las facultades personales del autor sobre su obra («Urheberpersönlichkeitsrecht») son esencialmente intransmisibles, era necesario declarar que también deben serlo las de orden patrimonial («Verwertungsrechte»), so pena de poner en entredicho la deseada unidad del derecho.

La Ley de Propiedad Intelectual de 1987 llega tarde al debate entre *dualismo* y *monismo*. No hay en ella una declaración contraria a la transmisibilidad de los derechos de explotación y, por otra parte, aun después de su promulgación, continúan en vigor los arts. 428 y 429 del Código civil. A partir de estos datos, se ha sostenido que no necesariamente debe cerrarse el paso a negocios que, como la venta, determinan enajenación o transferencia de todos o algunos derechos de explotación al cesionario y no sólo concesión o licencia para usar de ellos (así R. Bercovitz, en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, Murcia 1989, págs. 80 y ss.). Por contra, junto a Rodríguez Tapia, otros autores españoles actuales, por influencia de la Ley alemana, defienden el modelo de concesión o licencia. Existen, no

obstante, puntos de encuentro entre una y otra posición: así un cierto reconocimiento en los primeros de que, de ser posible todavía en nuestro ordenamiento la venta de derechos de explotación del autor, en todo caso quedaría el causahabiente del autor limitado por el *derecho moral* de su cedente; la afirmación en los segundos de que la posición que la LPI atribuye al cesionario en exclusiva, tanto frente al autor cedente como frente a terceros, es sensiblemente mejor que la del titular de un derecho de crédito o la de un mero legitimado o autorizado.

Yo me limito aquí a algunas reflexiones. Aun teniendo presente la contribución alemana a la construcción del derecho de autor como disciplina científica (como mínimo, le debemos la configuración de su objeto como *bien inmaterial*, la fundamentación dogmática del llamado *derecho moral* y la sistematización de las facultades patrimoniales del autor sobre su obra), lo cierto es que cada sistema tiene su propia evolución. Nuestro legislador ha optado en 1987 por hacerse eco del desarrollo expuesto, pero manteniendo la tradicional adscripción sistemática del derecho de autor como «propiedad especial» (arts. 428 y 429 C.c.). Siendo así, no se ha querido o no se ha podido incrementar la «especialidad» de ese derecho excluyendo la transmisibilidad de sus facultades patrimoniales. ¿No cabría entonces admitir que la venta o enajenación de derechos de explotación seguirá siendo posible al amparo del Código civil? (Cfr. Gete Alonso, *Comentarios... cit.*, pág. 666). Aunque, de ser ello posible, esa venta sería un negocio bastante distinto de lo que se ha venido entendiendo por venta de obra en el Derecho español.

Finalmente, dentro también del tercer y último capítulo de la obra, se estudian los supuestos de colisión entre dos cesionarios (págs. 253-317). Merece destacarse aquí el ingenio con que el Prof. Rodríguez Tapia plantea la posible resolución de tal conflicto a través de la norma del Código civil relativa a la doble venta (art. 1473 C.c.), a la vez que nos hace ver las limitaciones de tal solución, superándolas con principios inducidos de la propia LPI.

Una de esas limitaciones sería la dificultad de aplicar el instituto de la posesión (cfr. art. 1473,1: «... la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión...») a una obra o creación intelectual. Ciertamente, por ser ésta un bien inmaterial, no admite sobre ella una posesión excluyente y de hecho (además, siempre se le ha negado uno de los efectos de la posesión: la usucapión). No obstante, a la hora de contrarrestar tales recelos, hubieran podido traerse a colación determinados preceptos del Código civil (arts. 430, 1464 «in fine» y 1526 y ss. C.c.), relativos a la posesión de los bienes incorpóreos. Por mucho que en el momento de su promulgación el Código civil estuviese probablemente pensando en una única categoría de bienes incorpóreos (los derechos), los preceptos que les dedica habrán de servir, cuando menos, para sostener que el fenómeno de la posesión aplicado a un bien de naturaleza inmaterial no es en modo alguno desconocido en nuestra órbita.

* * *

Decir que el trabajo aquí reseñado es una de las mejores monografías españolas sobre la cesión de derechos de autor constituye un elogio menos que comedido, dado que es ésta la primera monografía extensa sobre el tema publicada

después de la promulgación de la LPI de 1987. Por ello, quisiera redondearlo señalando que considero muy logrados los epígrafes relativos a la hipoteca y embargo de derechos de explotación (págs. 118-143), así como el dedicado a los problemas de Derecho transitorio (págs. 193-199).

JUANA MARCO MOLINA
Universidad de Barcelona

ROJO AJURIA, Luis: «La compensación como garantía», Edit. Civitas (Estudios de Derecho mercantil), Madrid, 1992, 223 páginas.

Luis Rojo nos presenta una obra original y compleja. Original porque en ella se trata el tema de la compensación desde una perspectiva y con unos argumentos distintos a los utilizados tradicionalmente. Se plantea la posibilidad en el Derecho español de que la compensación tenga una función de garantía, semejante a la del Derecho alemán, es decir, que pueda oponerse «erga omnes» y aún en las situaciones de quiebra. Compleja porque para distinguir las funciones de garantía y de pago que puede tener la compensación, se utilizan supuestos complejos en los que se puede comprobar la diferencia de funciones, tales como la cesión de créditos, prenda de créditos y embargo de crédito. A partir de esos supuestos complejos se establecen diversas hipótesis en cuanto al conocimiento del hecho por el deudor del crédito objeto de la cesión, prenda o embargo. En los supuestos en que la compensación tiene función de garantía lo importante para que el deudor del crédito objeto del negocio, pueda oponer la compensación será la situación de coexistencia de créditos (sistema alemán). Por el contrario, si tiene una función de pago lo relevante es que se produzca en el momento de la situación objetiva de compensabilidad (sistema español y francés).

La obra es, además, una importante contribución al conocimiento de la compensación, desde todas sus perspectivas (como pago, como institución procesal y como garantía). Rojo hace un estudio de la compensación, tanto en el Derecho español como comparado, desde la perspectiva positiva y la perspectiva de «lege ferenda», pues como acertadamente entiende, la función de la compensación en cada Ordenamiento jurídico es una decisión de política jurídica, por lo que una función no excluye necesariamente la otra.

El libro que comentamos tiene la siguiente estructura y contenido:

Comienza con un *Prólogo* de F. Pantaleón Prieto. Pantaleón, tras reconocer la complejidad del tema objeto de estudio, plantea diversas hipótesis en relación con el tema compensación y cesión de créditos, conectando los artículos 1198 y 1527 del C.c. así como su posible relación con el § 406 del BGB.

La obra en sí mismo se abre con una «*Introducción*» en la que el autor manifiesta el objetivo de la obra: estudiar la posibilidad de que la compensación funcione como una forma de garantía en el Derecho español. Para ello, parte de

la premisa de que la compensación puede cumplir diversas funciones según la perspectiva que se adopte para su estudio: histórica, comparatista o de política jurídica. Acaba con una breve exposición del contenido del libro, capítulo por capítulo.

El capítulo I, titulado «*Compensación, pago y garantía*», se centra en diferenciar las distintas funciones, que a lo largo de la Historia, ha desarrollado la compensación. Desde la compensación como institución o «escudo» procesal para evitar duplicidad de acciones (sistema Derecho Romano clásico y actualmente sistema del Derecho inglés); pasando por la compensación como pago o medio de extinción de las obligaciones (consagrada en el s. XVI por los comerciantes y actualmente recogida en el Derecho español y francés); hasta llegar a la compensación como garantía que permite ser opuesta «erga omnes» y en las situaciones de quiebra (sistema anglosajón y germánico). Distingue finalmente diversas clases de compensación utilizando dos criterios: el tradicional que permite hablar de compensación legal, judicial y convencional; y, uno más moderno que permite distinguir entre compensación independiente o «tout court», compensación de créditos conexos o «transaction set-off» y compensación en cuenta corriente.

El capítulo II, «*los problemas y situaciones jurídicamente relevantes*», plantea los problemas de la compensación con la cesión, pignoración y embargo de crédito a raíz de determinadas decisiones del Tribunal Supremo. La solución a tales problemas depende de la dimensión temporal en que uno se mueva. El autor distingue tres situaciones: situación de coexistencia de créditos, situación objetiva de compensabilidad y situación de declaración u oposición de la compensación. Si se tutela la situación de coexistencia de créditos la compensación funciona como garantía. Por el contrario, si se tutela la situación objetiva de compensabilidad, como ocurre en nuestro Derecho según los requisitos del 1196 C.c., la compensación funciona como un pago.

El capítulo tercero, «*Cesión de créditos*», se analiza la incidencia de la cesión en la reciprocidad exigida por la compensación. El autor se cuestiona el momento en que nace la excepción de compensación para el deudor cedido. Ese momento es distinto según la función asignada a la compensación en los diversos Ordenamientos jurídicos. El artículo 1198 del C.c., clave en el tema, es examinado exhaustivamente por el autor, no sólo párrafo por párrafo sino también en conexión con el § 406 del BGB; así como su posible aplicación a otras figuras como la cuenta corriente y a las cesiones en cadena, cesiones de crédito futuro y leasing. La conclusión a la que llega Rojo en este tercer capítulo es que la regulación de la compensación y de la cesión es una opción de política jurídica. Las ventajas de la compensación como pago es que facilita la circulación de los créditos. Las de la compensación como garantía es facilitar la satisfacción de las necesidades de garantía.

«*Prenda y embargo de créditos*» es el título del capítulo IV. A raíz de la STS de 19 de septiembre de 1987 el autor analiza la relación entre prenda de créditos y compensación. La sentencia es criticada por recoger la lógica de la compensación como garantía argumentada a través del efecto automático de la compensa-

ción. En este punto plantea la polémica de la doctrina italiana en el tema. La relación compensación-embargo de crédito es analizada partiendo de las soluciones francesa y alemana. Desde la perspectiva del Derecho español destaca el estudio del art. 1196, 5.º en el que el momento relevante es el conocimiento del embargo, por el deudor, adquirido a partir de la notificación judicial. La compensación en el embargo de crédito, como en la cesión, obedece a la lógica del pago y al efecto ipso iure.

El capítulo V, «Compensación convencional y compensación de cuentas bancarias», plantea la función de la compensación en las relaciones banco-cliente. El derecho del banco a compensar con la cuenta del cliente es una garantía o un privilegio unilateral del banco, pero no una garantía bilateral. Se refuerza la autotutela del deudor en estos casos con la compensación convencional mediante cláusulas generales en el contrato. Así, en el Derecho francés y alemán la compensación es un medio de ejecución, una garantía pignoratícia del banco. Por todo lo expuesto, el autor llega a la conclusión de que la prenda de créditos y la compensación voluntaria son complementarias.

En el último capítulo, «*La compensación como garantía. Balance y perspectivas*», el autor expone, en primer lugar, las conclusiones de su trabajo. La compensación, vista desde cualquier lógica (pago, garantía o instrumento procesal) es una excepción que funciona de forma distinta según se permita su alegación en una u otra situación. En el Derecho español, la compensación no funciona como garantía sino como pago. En segundo lugar, el autor reflexiona sobre la posibilidad de que la compensación funcione como garantía en el Derecho español. Es posible por ser una opción de política legislativa a través de simples reformas. Su admisión en la quiebra no chocaría con el artículo 1196, 5.º del C.c. al verse éste reducido a la ejecución individual. El gran problema sería la evolución de la Jurisprudencia en este punto.

El lector, ante este breve resumen, habrá podido intuir el gran interés que despierta la obra. Rojo abre un nuevo camino en el estudio de la compensación, planteando los grandes problemas que se presentan con el desarrollo en el tráfico económico de la cesión de créditos onerosa o con causa de garantía. No sólo plantea los problemas de la compensación y las distintas soluciones según la regulación de los diversos Ordenamientos jurídicos, sino que también nos da soluciones de «*lege ferenda*» para adecuar la legislación a la problemática de nuestros días.

La importancia del tema y la novedad en su tratamiento nos lleva a animar a todas las personas que se dedican al Derecho a que lean detenidamente la obra. Para unos será de gran utilidad en la práctica de los tribunales; para otros, un punto de partida para reflexionar sobre la conveniencia de un giro en torno a la concepción de la compensación. En cualquier caso, todos tendrán un conocimiento mayor sobre el funcionamiento de la compensación ante posibles derechos de terceros.

YANES YANES, Pedro. «La Reapertura de la Quiebra». Ed. Lex. Nova. Valladolid, 1992. (256 páginas).

La monografía objeto de esta recensión es el resultado de un trabajo de investigación bien documentado acerca de la reapertura de la quiebra y de la problemática que empaña dicha institución dada la ausencia de una normativa reguladora.

En efecto, no se encuentran en el Código de Comercio preceptos que hagan alusión explícita a la reapertura. Sólo en el artículo 906 C.c., y con menor intensidad en el 1246. II LEC, hay referencias a ella de modo implícito.

Estructuralmente, la obra se compone de seis capítulos que ordenan con acierto tan árdua materia: en primer lugar nos explica el autor la historia de la reapertura y el tratamiento que le dan los sistemas jurídicos vecinos al nuestro (francés, italiano y alemán); en un segundo capítulo nos muestra el objeto de su estudio, analiza la naturaleza jurídica de la reapertura de la quiebra y delimita su campo, definiendo los presupuestos de la misma y distinguiéndola de otros supuestos que se le aproximan; en los siguientes capítulos se reúnen los aspectos prácticos del estudio al tratar de los modos de clausura de la quiebra, de los casos de reapertura, del ejercicio de la acción y, finalmente, de los efectos de la declaración de reapertura sobre el quebrado y sobre los acreedores.

Como es sabido, en última instancia la existencia de la reapertura y del sistema de quiebra en general no tiene hoy otro sentido más que el de fortalecer la protección al derecho de crédito, articulándose así esta institución como remedio que agota las posibilidades materiales de hacer efectivos los derechos de esta naturaleza.

Sin embargo, la reapertura es un instrumento en progresivo desuso y consecuente anquilosamiento. Los motivos que han dado pie a esta pérdida de utilidad no tienen que ver, obviamente, con el éxito de los procesos de quiebra y la satisfacción pronta de los acreedores, sino al parecer, con las nuevas teorías y soluciones a la insolvencia del deudor que nacen como respuesta a la realidad de que después de la quiebra se cuida mucho el deudor insolvente de impedir la entrada de nuevos bienes en su patrimonio formal. No obstante, el autor de la monografía mantiene que junto a las nuevas aportaciones en este campo conviene conservar la institución de la reapertura, al menos como un último recurso para casos quizá residuales.

¿Cuál es la naturaleza de la reapertura? La monografía expone las dos teorías dominantes en este sentido: una, partidaria de la independencia de la reapertura respecto del proceso anterior de quiebra, propugna la existencia de dos situaciones procesales distintas y autónomas; la otra, por el contrario, considera que la reapertura conlleva esencialmente una continuación del proceso anterior. Por tanto, según los partidarios de la primera, la reapertura sería una nueva declaración de quiebra del quebrado; mientras que para los segundos, a los que se une la voz del autor de la monografía, la reapertura implica una declaración del alzamiento de la clausura del proceso anterior para su prosecución.

Debido a que el autor se decanta por esta segunda concepción doctrinal, se hace imprescindible un estudio de los supuestos de terminación de la quiebra y un correlativo deslinde de aquellos en que puede ser procedente la reapertura poste-

rior. Dicho estudio tiene lugar en el tercer capítulo de la monografía y lleva como resultado a la conclusión de que los supuestos en que la quiebra es susceptible de posterior reapertura «se corresponden con la suspensión de las operaciones por insuficiencia del activo, con la liquidación de los bienes con resultado de pago parcial y con la homologación del convenio» (pág. 143).

Vista así, como continuación de un proceso de quiebra, la reapertura tiene cabida cuando en los casos citados queden derechos de créditos recurrentes sin extinguir. Para la protección de estos acreedores se hace precisa a juicio del autor la consideración de que el proceso concursal quede en suspenso, subsistiendo el estado legal de quiebra «hasta la total extinción de los derechos de crédito que conforman el objeto jurídico del juicio» (pág. 93).

Nace de aquí una cuestión conflictiva que habrá que resolver: ¿Qué hay de los nuevos acreedores que surgen frente al pasivo del deudor en el período clausura-reapertura? Ante la falta de tratamiento legal, Pedro Yanes aporta argumentos favorables a la participación de los nuevos acreedores en el proceso reabierto. Sin embargo, es consciente de que se encuentra en este punto con un obstáculo derivado de la postura doctrinal por la que optó respecto de la naturaleza de la reapertura, pues si ésta es una continuación del proceso de quiebra anterior, ¿podrán considerarse ahora sujetos del mismo quienes inicialmente no participaron en la litis?, cuestión que resuelve apelando a un «trato excepcional» (pág. 217) para el proceso concursal y alegando motivos que lo justifican.

Otros aspectos de interés, como el relativo a los acreedores originarios que, por razones diversas, no concurren en la reapertura del proceso; o el referente a la graduación de los derechos de crédito, se acometen también en el último capítulo.

A juicio de Yanes Yanes, son tres los supuestos de reapertura de la quiebra: en primer lugar procede la reapertura cuando una vez clausurada la liquidación el patrimonio del quebrado incrementa su valor, al hilo de lo cual se propone la fijación de unos parámetros o límites que indiquen la proporción de activo a partir de la cual pueda ser provechosa y por tanto procedente la reapertura. En segundo lugar, cabe incoarla por anulación del convenio, aunque ésta es una deducción procedente del estudio doctrinal hecho por el autor ante el silencio de la ley respecto a la acción de nulidad del convenio homologado. Por último, un supuesto claramente previsto por el Código de Comercio: la reapertura de la quiebra por resolución del convenio, que podrá solicitar cualquiera de los acreedores si el deudor incumpliere lo estipulado (art.906 C.c.). Dependiendo de ante cuál de estas tres modalidades nos encontremos, el autor señala quiénes son los sujetos legitimados para el ejercicio de la acción (así por ejemplo, defiende la posibilidad del quebrado de solicitar la reapertura en el caso de que llegare a mejor fortuna). Junto a los presupuestos subjetivos, el autor de la obra analiza los aspectos formal y temporal del ejercicio de la acción y expone con detalle cada una de las medidas previas y subsiguientes a la declaración de reapertura.

La última parte de la obra se dedica al estudio de los efectos de la reapertura de la quiebra sobre el quebrado, de un lado, y sobre los acreedores, de otro. El autor va tratando los diversos aspectos. A modo de ejemplo, la cuestión antes citada acerca del tratamiento que debía darse a los acreedores nuevos, que surgieron en el período quiebra-reapertura; o bien, con respecto al quebrado, esta otra: ¿Qué

tratamiento debe darse a los actos del quebrado inhabilitado?, que se aborda advirtiendo que se parte de la base de que el «quebrado conserva su capacidad general de obrar salvo en aquellos aspectos en que se le limiten los objetos sobre los que proyectar las facultades dominicales por imposición de determinadas interdicciones legales» (pág. 201), y que se plantea a raíz del artículo 13.2 del Código de Comercio, que prohíbe al quebrado no rehabilitado o no autorizado por convenio la realización de actos de comercio, dada la falta de previsión legal para el caso de que tales actos se lleven a cabo. Ante las posibilidades de solución que ofrece nuestro ordenamiento, el autor considera aplicable a estos casos el tratamiento previsto por el artículo 878.2 del Código de Comercio, legitimando a los síndicos para excepcionar la nulidad cuando consideren que tales actos son perjudiciales para la masa.

La obra de Pedro Yanes Yanes significa una aportación al Derecho Concursal en cuanto ordena una materia que por carecer de regulación legal provoca incertidumbre y confusión. Con esta monografía se perfilan los rasgos de la reapertura, sin cerrar los ojos a la realidad de una institución en crisis para unos e ignorada por otros o, cuanto menos, de existencia y futura persistencia discutida.

CARMEN JEREZ DELGADO

Revistas españolas

A cargo de: Isabel ARANA DE LA FUENTE

SUMARIO: I. Derecho civil: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de Sucesiones.—II. Derecho mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—III. Derecho urbanístico.—IV. Derecho comunitario.—V. Derecho procesal. Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. **BORRAS RODRIGUEZ, Alegría:** Cuatro elementos estructurales de los Convenios de La Haya, con especial referencia a los convenios ratificados por España, RJC, núm. 1 de 1993, págs. 9 y ss.

2. **DIAZ JIMENEZ, M.^a del Carmen:** El sistema de fuentes del Título Preliminar del Código Civil y el Ordenamiento Jurídico Comunitario Europeo, Actualidad Civil, núm. 14 de 1993, págs. 243 y ss.

3. **FIGA I FAURA, Lluís:** El dret civil català en perill, RJC, núm. 1 de 1993, págs. 91 y ss.

4. **GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago:** Derecho público y Derecho privado, RDP, noviembre 1992, págs. 947 y ss.

5. JUANES PECES, Angel y GALVAN ARIAS, José Ramón: El sistema de fuentes en el Derecho español tras la entrada de España en la CEE, *La Ley*, 1992-3, págs. 854 y ss.

6. PICONTO NOVALES, Teresa: Teoría de la interpretación de E. Betti, *RDP*, marzo 1993, págs. 226 y ss.

6. VERGER GARAU, Joan: En torno a una estructuración constitucional y estatutaria de los recursos contra la calificación de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, *RCDI*, núm. 614, enero-febrero 1993, págs. 55 y ss.

2. DERECHO DE LA PERSONA

7. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo: Derecho al honor: extensión a las personas jurídicas (Comentario a la STS de 15 de abril de 1992), *CCJC*, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 507 y ss.

8. BUSTOS PUECHE, José Enrique: El Derecho español ante las nuevas técnicas genéticas, *La Ley*, 1992-3, págs. 919 y ss.

9. GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen: Incapacitación. Sistemas de guarda: tutela, curatela. Capacidad de discernimiento (Comentario a la STS de 31 de diciembre de 1991), *CCJC*, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 179 y ss.

10. HERRERO TEJEDOR, Fernando: Los delitos contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen en el Proyecto de Código Penal de 1992, *Poder Judicial*, núm. 28, diciembre de 1992, págs. 133 y ss.

11. ROMEO CASABONA, Carlos María: El Derecho ante los trasplantes de órganos. La ordenación jurídica de los trasplantes de órganos en España: principios rectores, *RGD*, marzo, 1993, págs. 1915 y ss.

12. SAIZ DE MARCO, Isidro: Sobre el derecho de rectificación, *La Ley*, 1992-1, págs. 871 y ss.

13. SALVADOR CODERCH, Pablo: Informaciones peridísticas sobre presuntas agresiones sexuales a menores, escolares de un centro de educación especial para disminuidos psíquicos, así como de las actuaciones policiales y judiciales subsiguientes. Derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de la persona erróneamente considerada como presunta autora de unos hechos que, con posterioridad, se comprueba

que no tuvieron lugar (Comentario a la STS de 22 de enero de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 377 y ss.

3. PERSONA JURIDICA

14. **MARIN LOPEZ, Juan José:** Asociaciones: expulsión de asociado; ámbito de intervención judicial en los conflictos endoasociativos. Tutela procesal de los derechos fundamentales frente a violaciones procedentes de particulares (Comentario a la STS de 24 de marzo de 1992), CCJC, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 285 y ss.

15. **QUESADA GONZALEZ, Corona:** Separación voluntaria de socio de Sociedad Agraria de Transformación (Comentario a la STS de 13 de marzo de 1992), CCJC, abril-agosto 1992, págs. 407 y ss.

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

16. **AGUILO PIÑA, Jose F.:** La libre circulación de capitales y la nueva normativa española sobre transacciones económicas con el exterior, la Ley, 1992-4, págs. 1029 y ss.

17. **ALBACAR LOPEZ, José Luis:** Los daños derivados del tráfico ante la Jurisdicción Civil, La ley, 1992-3, págs. 1036 y ss.

18. **ALVAREZ-CIENFUEGOS SUAREZ, José María:** Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos, La Ley, 1992-4, págs. 1012 y ss.

19. **ARIAS DIAZ, María Dolores:** Arras. Desistimiento (Comentario a la STS de 16 de marzo de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 415 y ss.

20. **BADENAS CARPIO, Juan Manuel:** El arbitraje institucional: breve comentario al Reglamento de la Corte de Arbitraje de Valencia, Actualidad Civil, núm. 15 de 1993, págs. 261 y ss.

21. **BARBANCHO TOVILLAS, Francisco José:** Arrendamientos urbanos: de local de negocio. Revisión de rentas. Cláusulas de estabilización: validez e interpretación. Aumento acumulativo de la renta (Comentario a la STS 11 de octubre de 1991), CCJC, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 15 y ss.

22. **BURGHARD PILTZ**: El ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías, *La Ley*, 1992-3, págs. 942 y ss.

23. **CABALLERO LOZANO**, José María: Arrendamiento rústico. Contrato anterior a la vigencia de la LAR. Resolución por expiración del plazo. Es procedente por no ser el arrendatario cultivador personal. (Comentario a la STS de 4 de abril de 1992) *CCJC*, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 303 y ss.

24. **CALVO VIDAL**, Félix: La protección de los consumidores en algunos tipos de ventas especiales, *Actualidad Civil*, núm. 10 de 1993, págs. 173 y ss.

25. **CARBAJO GONZALEZ**, Julio: La responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos, *Actualidad Civil*, núm. 44 de 1992, págs. 729 y ss.

26. **CARRASCO PERERA**, Angel: Fianza general por deudas futuras: no inclusión de las contraídas por el deudor después de la muerte del fiador (Comentario a la STS de 29 de abril de 1992), *CCJC*, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 331 y ss.

27. **CARRION OLMOS**, Salvador: Doble venta. Venta de cosa ajena. Inexistencia de la segunda venta por falta de objeto. Buena fe ex artículo 1473-2 del Código Civil (Comentario a la STS de 11 de abril de 1992), *CCJC*, núm. 29, abril-agosto 1992, pág. 493.

28. **CASTILLO MARTINEZ**, Carolina del Carmen: Prelación de créditos, *RGD*, marzo, 1993, págs. 1279 y ss.

29. **CAVANILLAS MUGICA**, Santiago: Responsabilidad por riesgo; tendidos eléctricos de alta tensión (Comentario a la STS de 20 de enero de 1992), *CCJC*, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 217 y ss.

30. **CORDERO LOBATO**, Encarnación: Responsabilidad del arquitecto director por la ruina de la obra debida al incumplimiento de los deberes de vigilancia y control (Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1991), *CCJC*, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 151 y ss.

31. **CRISTOBAL MONTES**, Angel: Las fuentes de la indivisibilidad obligacional, *RCDI*, núm. 612, septiembre-octubre 1992, págs. 2013 y ss.

32. **CRISTOBAL MONTES**, Angel. La distinción entre indivisibilidad y solidaridad, *RDP*, diciembre 1992, págs. 1003 y ss.

33. **DE LA CUESTA SAENZ**, José María: Deshucio del local de negocio por expiración del plazo (Comentario a la STS de 18 de marzo de 1992), *CCJC*, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 425 y ss.

34. DIAZ ALABART, Silvia: Responsabilidad de padres y colegios por daños causados por los menores. Culpa (Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1991), CCJC, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 115 y ss.

35. FENOY PICON, Nieves: Compraventa mercantil. Vicios ocultos. Plazo de denuncia y plazo de ejercicio de las acciones. «Aliud pro alio». Reconocimiento por el vendedor del carácter defectuosos de la mercancía, admisión de la resolución del contrato y compromiso de reparación de los posibles daños sufridos por el comprador (Comentario a la STS de 20 de noviembre de 1991), CCJC, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 23 y ss.

36. FERNANDEZ DEL POZO, Luis: Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral, RCDI, núm. 612, septiembre-octubre 1992, págs. 2033 y ss.

37. FERNANDEZ-PACHECO MARTINEZ, M.^a Teresa: La venta de viviendas de consumidores: gastos que deben abonar los contratantes, Actualidad Civil, núm. 19 de 1993, págs. 313 y ss.

38. FINEZ RATON, José Manuel: La extinción de la fianza como sanción al comportamiento del acreedor (estudio del art. 1.852 del Código Civil), RCDI, núm. 614, enero-febrero 1993, págs. 9 y ss.

39. FORASTER SERRA, Miguel: Sistema Nacional de Compensación Electrónica, La Ley, 1992-3, págs. 996 y ss.

Examen del régimen de extinción de deudas por compensación bancaria, tanto mediante el intercambio físico de documentos, como en el marco del denominado Sistema Nacional de Compensación Electrónica, por intercambio de los datos relativos a los documentos a compensar a través de la conexión de ordenadores. Se hace especial referencia a la normativa legal, conceptualización, funcionamiento y trascendencia jurídica de la compensación electrónica.

40. GARCIA CANTERO, Gabriel: Integración del Derecho del Consumo en el Derecho de obligaciones, RJNav., núm. 13, enero-junio 1992, págs. 37 y ss.

41. GARCIA LARAÑA, Rafael: La responsabilidad civil «ex delicto» en el anteproyecto de Código Penal de 1992, La Ley, 1992-3, págs. 1048 y ss.

42. GARCIA RUBIO, María Paz: Arrendamiento de un local destinado a restaurante en el interior de un complejo turístico. Contrato no sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos (Comentario a la STS de 25 de mayo de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 585 y ss.

43. GAYA SICILIA, Regina: Donación de inmuebles. Forma necesaria. Auto de adjudicación «ex» artículo 131 de la Ley Hipotecaria y ce-

sión del remate: alcance y límites (Comentario a la STS de 26 de mayo de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 595 y ss.

44. GUI MORI, Tomás: Daños causados por animales. Responsabilidad civil y penal, *La Ley*, 1992-1, págs. 1055 y ss.

45. GUILLEN GONZALEZ, Ignacio: Derechos de la mujer casada, en relación con los que corresponden a los arrendatarios de viviendas, *RGD*, enero-febrero, 1993, págs. 185 y ss.

46. HUERTA VIESCA, M.^a Isabel y RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: El arrendamiento urbano de fincas hipotecadas: ¿subsistencia?; doctrina, jurisprudencia ordinaria y constitucional, *Actualidad Civil*, núm. 47 de 1992, págs. 797 y ss.

47. JORDANO FRAGA, Francisco: Inscribibilidad de la extensión convencional al incumplimiento de la obligación accesorio de pago de intereses del precio aplazado, en una compraventa inmobiliaria, de una cláusula resolutoria explícita «ex» artículos 11 LH y 59 RH; inscribibilidad asimismo de la cláusula penal pactada, en favor del vendedor resolvente, para el caso de resolución de la compraventa inmobiliaria por impago del comprador (Comentario a la RDGRN de 4 de mayo de 1992), *CCJC*, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 549 y ss.

48. LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique: La forma de los contratos, *RGD*, octubre-noviembre, 1992, págs. 9483 y ss.

49. LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique: La acción revocatoria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *RGD*, marzo, 1993, págs. 1259 y ss.

50. LUCAS FERNANDEZ, Francisco: La liberalización del control de cambios y las inversiones extranjeras en España, *RJN*, núm. 3, julio-septiembre 1992, págs. 9 y ss.

51. MARIN VELARDE, Asunción: Resolución del contrato de compraventa de inmuebles. Conducta del acreedor del precio. Supuesto de hecho necesario para la aplicación del artículo 1502 del C.c. (Comentario a la STS de 30 de enero de 1992), *CCJC*, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 233 y ss.

52. MARTINEZ CALCERRADA, Luis: El contrato de fianza y otras garantías personales en su tratamiento legal y Jurisprudencia del Tribunal Supremo, *La Ley*, 1992-3, págs. 817 y ss.

53. MONGE GIL, Angel L.: La regulación de los transportes por cable, *RJNav.*, núm. 13, enero-junio 1992, págs. 103 y ss.

54. MONTERO LEON, Juan: Adquisición de inmuebles por donación, *RCDI*, núm. 612, septiembre-octubre 1992, pág. 2107.

55. MUÑOZ SABATE, Ll.: El embargo y los terceros. Conductas de colaboración y de frustración, RJC, núm. 1 de 1992, págs. 139 y ss.

56. O'CALLAGHAN, Xavier: Conceptos básicos y requisitos de las condiciones generales de los contratos, Actualidad Civil, núm. 1 de 1993, págs. 1 y ss.

57. ORTEGA LLORCA, Vicente: El arrendamiento de locales de negocio, la Ley de Propiedad Horizontal y el principio de autonomía de la voluntad privada, RGD, diciembre 1992, págs. 11327 y ss.

58. REAL PEREZ, Alicia: Responsabilidad civil extracontractual. Jurisdicción competente cuando se demande conjuntamente a una Administración Pública y a un particular. Concurrencia de responsables: solidaridad. Culpa: su configuración actual en la responsabilidad civil. Daño indemnizable: la reparación del mismo está presidida por el principio de indemnidad (Comentario a la STS de 28 de abril de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 529 y ss.

59. REGLERO CAMPOS, Fernando: Responsabilidad civil extracontractual. Accidente de circulación. Fuerza mayor extraña a la circulación. Prescripción (Comentario a la STS de 8 de febrero de 1992), CCJC, núm. 28 de 1991, págs. 241 y ss.

60. RODRIGUEZ GARCIA, Carlos-Javier: Arrumbamiento de un tópico jurisprudencial: una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, La Ley, 1992-4, págs. 1129 y ss.

61. RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: La protección civil indirecta del medio ambiente, La Ley, 1992-3, págs. 880 y ss.

62. RODRIGUEZ RUIZ DE LA VILLA, Daniel: La intervención de los subarrendatarios y adquirentes de traspaso en la resolución de los arrendamientos urbanos: una lectura en clave constitucional de las causas 2.^a y 5.^a del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, La Ley, 1992-4, págs. 988.

63. SANZ CANTALEJO, M.^a Dolores: Contrato de arrendamiento de servicios. Incumplimiento. Desestimiento unilateral. Cláusula penal (Comentario a la STS de 12 de diciembre de 1991), CCJC, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 135 y ss.

64. SAURA MARTINEZ, Fernando: Arrendamientos rústicos: Derecho transitorio. Enriquecimiento injusto (Comentario a la STS de 3 de marzo de 1992), CCJC, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 271 y ss.

65. SELJAS QUINTANA, José Antonio: Responsabilidad civil de las Compañías de Seguros, Actualidad Civil, núm. 6 de 1993, pág. 107.

66. **SIGNES PASCUAL, Mario:** La responsabilidad de los educadores según el artículo 1903 del Código Civil, tras su reforma por Ley de 7 de enero de 1991, *La Ley*, 1992-1, págs. 958 y ss.

67. **VALLADARES ROSCON, Etelvina:** La colocación de máquinas tragaperras en locales arrendados, *La Ley*, 1992-1, págs. 1007 y ss.

68. **VILLA VEGA, Enrique:** Marcas. Indemnización de daños y perjuicios. Es preciso probar su existencia. La declaración y prueba de la existencia del daño no puede diferirse a la fase de ejecución de sentencia (Comentario a la STS de 21 de abril de 1992), *CCJC*, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 523 y ss.

5. DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

69. **ALVAREZ-LINERA y URIA, César:** El interdicto de obra nueva frente a la Administración pública, *La Ley*, 1992-4, págs. 1090 y ss.

70. **ATAZ LOPEZ, Joaquín:** Acceso diferido a la propiedad de Viviendas de Protección Oficial. Tercería de dominio: falta de legitimación del comprador de venta a plazos con reserva de dominio (Comentario a la STS de 10 de diciembre de 1991), *CCJC*, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 123 y ss.

71. **BALLESTEROS ALONSO, Manuel:** Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación, *RCDI*, núm. 612, septiembre-octubre 1992, págs. 2055 y ss.

72. **BARRAL VIÑALS, Inmaculada:** Normas de remisión: aplicación de la normativa administrativa. Relaciones de vecindad. Inmisiones (Comentario a la STS de 18 de marzo de 1992) *CCJC*, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 433 y ss.

73. **BARRERO GONZALEZ, Enrique:** El interdicto de obra nueva contra la Administración: estado de la jurisprudencia e incidencia de la Ley 10/1992, *Actualidad Civil*, núm. 9 de 1993, págs. 165 y ss.

74. **BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo:** Propiedad intelectual: cesión de obra literaria para guión cinematográfico; plazo de realización de la película; derecho moral de autor. Interpretación de los contratos (Comentario a la STS de 2 de enero de 1992), *CCJC*, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 193 y ss.

75. **CARRASCOSA GONZALEZ, Javier:** Problemas jurídicos de la multipropiedad en Derecho Internacional Privado, *Actualidad Civil*, núm. 45 de 1992, págs. 757 y ss.

76. CASADO CERVIÑO, Alberto y CERRO PRADA, Begoña: **GATT y Propiedad Industrial: El Proyecto de Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio**, RGD, septiembre 1992, págs. 8341 y ss.

77. CLEMENTE MEORO, Mario E.: **El tercer poseedor de bienes hipotecados como tercero adquirente**, RGD, diciembre 1992, págs. 11255 y ss.

78. DE PABLO CONTRERAS, Pedro: **El aprovechamiento de inmuebles por turnos («multipropiedad») en el anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios del Ministerio de Justicia, Actualidad Civil**, núm. 4 de 1993, págs. 63 y ss.

79. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis: **La hipoteca y los intereses de la obligación garantizada**, *La Ley*, 1992-4, págs. 944 y ss.

80. GARCIA GARCIA, José Manuel: **Principio de legitimación de fe pública registral. Elementos de hecho de la inscripción: la medida superficial. Acción de deslinde (Comentario a la STS de 6 de julio de 1992)**, CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 673 y ss.

81. GARCIA MARTIN, José Lorenzo: **La noción de explotación en las creaciones intelectuales**, RDP, noviembre 1992, págs. 907 y ss.

82. GAYA SICILIA, Regina: **Donación de inmuebles. Forma necesaria. Auto de adjudicación «ex» artículo 131 de la Ley Hipotecaria y cesión del remate: alcance y límites (Comentario a la STS de 26 de mayo de 1992)**, CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 595 y ss.

83. GOMEZ POMAR, Fernando: **La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia**, RCDI, núm. 614, enero-febrero 1993, págs. 165 y ss.

84. GOMEZ ROYO, Enrique: **Topos genético-histórico de la «usucapio pro herede». La naturaleza de la institución y función de la «regula nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest» en la doctrina del Tribunal Supremo**, RGD, septiembre 1992, págs. 8005 y ss.

85. GOMEZ-SALVAGO SANCHEZ, Cecilia: **Fe pública registral; alcance: circunstancias de hecho y de derecho; buena fe, usucapión: justo título (Comentario a la STS de 30 de noviembre de 1991)**, CCJC, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 53 y ss.

86. HUERTA VIESCA, M.^a Isabel y RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: **El arrendamiento urbano de fincas hipotecadas: ¿subsistencia?; doctrina, jurisprudencia ordinaria y constitucional**, *Actualidad Civil*, núm. 47 de 1992, págs. 797 y ss.

87. JORDANO FRAGA, Francisco: Inscribibilidad de la extensión convencional al incumplimiento de la obligación accesoria de pago de intereses del precio aplazado, en una compraventa inmobiliaria, de una cláusula resolutoria explícita «ex» artículos 11 LH y 59 RH; inscribibilidad asimismo de la cláusula penal pactada, en favor del vendedor resolvente, para el caso de resolución de la compraventa inmobiliaria por impago del comprador (Comentario a la RDGRN de 4 de mayo de 1992); CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 549 y ss.

88. LAZARO SANCHEZ, Emilio Jesús: La obra audiovisual: titularidad en su explotación videográfica, *La Ley*, 1992-1, págs. 890 y ss.

89. LEMA DEVESA, Carlos y GOMEZ MONTERO, Jesús: Régimen jurídico de las patentes químicas y farmacéuticas en España, *La Ley*, 1992-3, págs. 1055 y ss.

90. LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA, Carmen: Aprovechamientos colectivos de recursos: montes comunales y montes vecinales «en mano común»; pastos y leñas, RGD, septiembre 1992, págs. 7985 y ss.

91. LLACER MATA CAS, María Rosa: Legitimación del comunero para comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad. Acción de incumplimiento de contrato por entrega del «aliud pro alio»; diferencia con las acciones de saneamiento por vicios ocultos (Comentario a la TS de 8 de abril de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 483 y ss.

92. MARTIN OSANTE, Luis Carlos: Tercería de mejor derecho: conflicto entre acreedor hipotecario y acreedor embargante sobre las pertenencias de la finca hipotecada. Congruencia. Extensión objetiva de la hipoteca (Comentario a la STS de 10 de enero de 1992), CCJC, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 203 y ss.

93. MENDEZ APENELA, Eduardo: La venta de cosa común por el comunero aislado (y II), RJN, núm. 3, julio-septiembre 1992, págs. 163 y ss.

94. MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: El derecho de consumidores y usuarios a la elección de notario en las transmisiones inmobiliarias y préstamos hipotecarios, *La Ley*, 1992-4, págs. 1063 y ss.

95. MEZQUITA GARCIA-GRANERO, Emilio: La realización de hipotecas mediante subasta notarial (Comentario al Real Decreto 290/1992 de modificación del Reglamento Hipotecario), RDP, febrero 1992, págs. 99 y ss.

96. MONTERO LEON, Juan: Adquisición de inmuebles por donación, RCDI, núm. 612, septiembre-octubre 1992, págs. 2107.

97. MORENO TRUJILLO, Eulalia: El régimen jurídico de las luces y vistas en el Derecho común español. Límite y servidumbre, RDP, febrero 1993, págs. 131 y ss.

98. MUÑOZ ROJAS, Tomás: Nueva referencia a la propiedad intelectual (Ley 20/1992), Actualidad Civil, núm. 18 de 1993, págs. 307 y ss.

99. NEVADO AGUIRRE, José M.: Una cuestión a debate: la remuneración compensatoria del derecho de autor, La Ley, 1992-4, págs. 933 y ss.

100. OROZCO PARDO, Guillermo: Acerca de la protección de las ideas por el derecho de autor. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992, Actualidad Civil, núm. 12 de 1993, págs. 205 y ss.

101. PARDO NUÑEZ, Celestino Ricardo: Entre la purga y la fe pública. Génesis del sistema hipotecario español, RCDI, núm. 614, enero-febrero 1992, págs. 111 y ss.

102. PETIT SEGURA, Miguel Angel: Usucapión contra tábulas; prescripción ordinaria y prescripción extraordinaria; concepto de tercero (Comentario a la STS de 31 de marzo de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 447 y ss.

103. RAGEL SANCHEZ, Luis Felipe: Propiedad horizontal: no se extiende al terreno situado en la zona exterior al edificio. Alcance de las normas urbanísticas en relación a los conflictos jurídico-privados. Integración del contrato mediante la buena fe objetiva: interpretación restrictiva del artículo 1.258 del Código Civil (Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1991), CCJC, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 95 y ss.

104. ROGEL VIDE, Carlos: El derecho de distribución de las obras del espíritu y su extinción en el Derecho Comunitario y en el español, RDP, octubre 1992, págs. 811 y ss.

105. SABATER BAILE, Isabel: La facultad de retención posesoria, RJNav., núm. 13, enero-junio 1992, págs. 75 y ss.

106. VICENTE DOMINGO, Elena: Propiedad horizontal: obra en elemento común. Nulidad de acuerdos. Legitimación individual del comunero (Comentario a la STS de 16 de julio de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 695 y ss.

107. ZURILLA CARIÑANA, María de los Angeles: Propiedad horizontal. Comunidad de propietarios. Denegación de práctica de anotación preventiva de embargo contra la misma por carecer de personalidad

jurídica (Comentario a la RDGRN de 5 de febrero de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 387 y ss.

6. DERECHO DE FAMILIA

108. ARELLANO GOMEZ, Francisco Javier: Interacción entre el Derecho público y el Derecho privado en las fases previas al expediente judicial de adopción, RCDI, núm. 612, septiembre-octubre 1992, págs. 2085 y ss.

109. BELLO JANEIRO, Domingo: Responsabilidad con los bienes gananciales ante fianza prestada por uno de los cónyuges, Actualidad Civil, núm. 7 de 1993, págs. 117 y ss.

110. BENAVENTE MOREDA, Pilar: Acción declarativa de propiedad. Determinación de la naturaleza ganancial o privativa de un piso y plaza de garaje adquiridos a Cooperativa de viviendas por uno solo de los cónyuges una vez disuelta la sociedad de gananciales, ostentando la condición de socio y realizando las aportaciones correspondientes durante la vigencia del consorcio. Confesión de privaticidad por el cónyuge no adquirente (Comentario a la STS de 18 de mayo de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 561 y ss.

111. CARRION OLMOS, Salvador: Sistema matrimonial y acuerdos con otras confesiones, Actualidad Civil, núm. 5 de 1993, págs. 93 y ss.

112. CHICO ORTIZ, José María: La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma, RCDI, núm. 614, enero-febrero 1993, págs. 219 y ss.

113. DIAZ ALABART, Silvia: El pseudo «status familiae» en el Código Civil. Una nueva relación familiar, RDP, octubre 1992, págs. 839 y ss.

114. GALLEGO DOMINGUEZ, I. y GALAN SOLDEVILLA, L.: El matrimonio religioso no canónico celebrado en España, aproximación a las leyes números 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992, Actualidad Civil, núm. 13 de 1993, págs. 217 y ss.

115. GETE-ALONSO y CALERA, María del Carmen: Nulidad del matrimonio por falta de consentimiento (Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 10 de diciembre de 1991), Poder Judicial, núm. 27, septiembre de 1992, págs. 181 y ss.

116. GOMEZ DE LA TORRE, Maricruz: La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida (I), Actualidad Civil, núm.

16 de 1993, págs. 289 y ss.; y (II), Actualidad Civil, núm. 176 de 1992, págs. 299 y ss.

117. GUITARTE IZQUIERDO, Vidal: Jurisprudencia matrimonial canónica. 1. Nulidad de matrimonio por exclusión de prole; 2. Nulidad de matrimonio por incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio (incapacidad para la relación sexual normal), RGD, enero-febrero 1993, págs. 147 y ss.

118. JUANES PECES, Angel y GALVAN ARIAS, José Ramón: La naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial, La Ley, 1992-3, págs. 969 y ss.

119. LORENZO VAZQUEZ, Paloma: Consideraciones sobre la equiparación de la condición potestativa a la condición de presente en el Derecho matrimonial canónico vigente, RDP, diciembre 1992, págs. 1015 y ss.

120. ONECHA y SANTAMARIA: El deber de socorro mutuo entre cónyuges (Interpretación del artículo 68 del Código Civil), Poder Judicial, núm. 27, septiembre de 1992, págs. 171 y ss.

121. PALACION GONZALEZ, María Dolores: Limitación y suspensión del régimen de visitas por incumplimiento de las obligaciones alimenticias, La Ley, 1992-1, págs. 942 y ss.

122. QUESADA GONZALEZ, María Corona: Las pruebas biológicas a propósito del Auto del Tribunal Constitucional 103/1990, de 9 de marzo, RJC, núm. 1 de 1993, págs. 107 y ss.

123. RIVERO HERNANDEZ, Francisco: Filiación extramatrimonial. Acción de reclamación de la filiación. Principio de prueba a presentar con la demanda. La negativa a la práctica de la prueba biológica (Comentario a la STS de 3 de diciembre de 1991), CCJC, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 77 y ss.

124. ROCA TRIAS, Encarna: Los criterios judiciales en la aplicación de la «Ley de divorcio», RJC, núm. 1 de 1993, págs. 123 y ss.

La autora analiza distintas sentencias, escogidas al azar, de entre las dictadas por Tribunales catalanes, básicamente la Audiencia de Barcelona (Territorial y Provincial). Se trata únicamente de sentencias que resuelven conflictos relativos a los *efectos (no a las causas)* de la separación/divorcio, pues el objetivo de este trabajo consiste en estudiar los sistemas de atribución de la guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas, atribución de la vivienda familiar y pensión, para conocer si han existido o no desviaciones, por parte de los Tribunales, en la aplicación de la Ley de Divorcio con respecto a la buscada por el legislador.

7. DERECHO DE SUCESIONES

125. **ALBADALEJO GARCIA, Manuel:** Anulación de la partición hereditaria. Albaceas mancomunados (Comentario a la STS de 2 de diciembre de 1991), CCJC, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 65 y ss.

126. **AMAT LLARI, Eulalia:** La institución de mejora sometida a la condición de contraer matrimonio (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 2 de diciembre de 1991); La Ley, 1992-4, págs. 952 y ss.

127. **ASUA GONZALEZ, Clara Isabel:** Legado de cosa del heredero o legatario: irrelevancia del conocimiento por parte del ordenante de la ajeneidad del objeto. Alegación del Derecho de la Tierra de Ayala (Comentario a la STS de 19 de mayo de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 575 y ss.

128. **GONZALEZ PACANOWSKA, Isabel:** Nulidad de partición: omisión de bienes hereditarios en la partición. Legítima sucesoria: determinación de la legítima (conurrencia de hijo legítimo y natural); pago en metálico: momento de su valoración. Mejora: su naturaleza (Comentario a la STS de 22 de noviembre de 1991), CCJC, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 35 y ss.

129. **HERNANDEZ GIL, Félix:** Indignidad de suceder por actos atentatorios a la libertad de testar, Poder Judicial, núm. 27, septiembre de 1992, págs. 85 y ss.

130. **MURILLO VILLAR, Alfonso:** Recepción del fideicomiso de residuo romano en el nuevo Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho Civil de Cataluña, RDP, enero 1993, págs. 3 y ss.

131. **ROCA TRIAS, Encarna:** Inconstitucionalidad sobrevenida de los artículos 24 y 253 de la Compilación catalana (Comentario a la STS de 6 de abril de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 455 y ss.

132. **RON MARTIN, Fernando:** Fideicomiso «si sine liberis decesserit». Sustitución vulgar en fideicomiso. Derecho de pseudorrepresentación en la sucesión testada (De nuevo sobre la sentencia del Tribunal Supremo —Sala 1.^a— de 17 de julio de 1991), RGD, diciembre 1992, págs. 11377 y ss.

133. **SERRANO GARCIA, Francisco:** Reserva del artículo 811 del Código Civil (Comentario a la STS de 23 de marzo de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 441 y ss.

II. DERECHO MERCANTIL**1. PARTE GENERAL. EMPRESA**

134. ALFARO AGUILA-REAL, Jesús: la función de los usos en el Código de Comercio (Notas para una reinterpretación del artículo 2 del Código de Comercio), RDM, núm. 205, julio-septiembre 1992, págs. 419 y ss.

135. CACHON BLANCO, José Enrique: Relaciones entre signos distintivos de la empresa y denominaciones sociales, *Actualidad Civil*, núm. 48 de 1992, págs. 829 y ss.

136. FERNANDEZ DE ARAOZ y GOMEZ ACEBO, Alejandro: Libre competencia y precios predatorios: análisis jurídico del problema y bases para una propuesta de aplicación administrativa y judicial en España, *La Ley*, 1992-1, págs. 1089 y ss.

137. FERNANDEZ DEL POZO, Luis: Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral, RCDI, núm. 612, septiembre-octubre 1992, págs. 2033 y ss.

138. GARCÍ-PITA y LASTRES, José Luis: Defensa de la competencia, concentración empresarial y ofertas públicas de adquisición de acciones, RDBB, núm. 48, octubre-diciembre 1992, págs. 985 y ss.

139. GOMEZ MONTERO, Jesús: La regulación del nombre comercial en Derecho español, *La Ley*, 1992-1, págs. 980 y ss.

140. MASSAGUER FUENTES, José: Publicidad desleal. Responsabilidad de la empresa anunciante. Daños y perjuicios (Comentario a la STS de 30 de mayo de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 611 y ss.

141. MOLINA BLAZQUEZ, Concepción: La criminalización de la competencia desleal en el Proyecto de Código Penal de 1992, *Poder Judicial*, núm. 28, diciembre 1992, págs. 227 y ss.

142. RUIZ PERIS, Juan Ignacio: Observaciones respecto a los Reglamentos nacionales de exención por categorías en el Derecho de la Competencia español, RGD, septiembre 1992, págs. 8363 y ss.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

143. ANCA MESEJO, Manuel L.: Ampliación de capital en las sociedades anónimas para alcanzar el nuevo mínimo legal. ¿Es necesario efectuar desembolso inicial?, *La Ley*, 1992-3, págs. 950 y ss.

144. **ARRUÑADA, Benito:** Crítica a la regulación de la OPAs, RDM, núms. 203 y 204, enero-junio 1992, págs. 29 y ss.

145. **BELTRAN SANCHEZ, Emilio:** Algunas consideraciones sobre la disolución de la agrupación de interés económico, RGD, octubre-noviembre 1992, págs. 10111 y ss.

El autor examina la disolución de las llamadas «agrupaciones de interés económico», es decir, de las agrupaciones de personas físicas o jurídicas que desempeñan actividades empresariales, agrícolas o artesanales, de entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y de profesionales liberales.

146. **CACHON BLANCO, José Enrique:** El régimen jurídico de los warrants —Valores mobiliarios— Especial referencia a la incidencia del Real Decreto de 17 de marzo de 1992 sobre emisiones y ofertas públicas de venta, RDBB, núm. 46, abril-junio 1992, págs. 373 y ss.

147. **CUTILLAS TORNS, José María:** Estudio breve sobre el presidente de la Junta General de socios como persona no facultada para certificar acuerdos sociales, La Ley, 1992-1, págs. 1048 y ss.

148. **DAVILA MILLAN, Encarnación:** Efectos de los acuerdos sociales respecto a los accionistas con limitación de asistencia y voto a la Junta General, La Ley, 1992-4, págs. 1074 y ss.

149. **DE CARLOS BELTRAN, Luis y DE CARDENAS SMITH, Carlos:** Obligaciones de información del órgano de administración de la sociedad afectada y limitaciones a su actuación durante una OPA, RDBB, núm. 46, abril-junio 1992, págs. 523 y ss.

150. **FERNANDEZ DEL POZO, Luis:** Asistencia financiera a los trabajadores para la adquisición de acciones propias (art. 81.2 LSA), RDBB, núm. 47, julio-septiembre 1992, págs. 811 y ss.

151. **GARCIA DE ENTERRIA LORENZO-VELAZQUEZ, Javier:** El control del poder societario en la gran empresa y la función disciplinar de las OPAs, RDBB, núm. 47, julio-septiembre 1992, págs. 665 y ss.

152. **GARCIA DE ENTERRIA LORENZO-VELAZQUEZ, Javier:** ¿Puede anunciarse una OPA futura en concurrencia con otra OPA ya formulada? Notas sobre un caso reciente, La Ley, 1992-4, págs. 1178 y ss.

153. **GARRIDO DE PALMA, Victor Manuel:** La operación acordada y la sociedad anónima, La Ley, 1992-4, págs. 1107 y ss.

154. **JAEN ESQUIVEL, Lourdes:** Breves consideraciones sobre la estructura del órgano de administración en el anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, RDP, diciembre 1992, págs. 1040 y ss.

155. **LOPEZ DE MEDRANO, Félix:** En torno a la retribución del administrador de la sociedad anónima, RGD, octubre-noviembre 1992, págs. 10129 y ss.

156. **MADRID PARRA, Agustín:** Representación y transmisión de acciones. Cláusulas limitativas, RDM, núms. 203 y 204, enero-junio 1992, págs. 147 y ss.

157. **NEILA NEILA, José María:** Dos importantes disposiciones generales del anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, La Ley, 1992-3, págs. 1006 y ss.

El trabajo se centra en el examen de dos de las innovaciones contempladas en el anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a saber: la sociedad de socio único y la prohibición de emisión de obligaciones.

158. **NIETO CAROL, Ubaldo:** Las Sociedades y Agencias de Valores como sociedades anónimas especiales, RDBB, núm. 46, abril-junio 1992, págs. 439 y ss.

159. **QUESADA GONZALEZ, Corona:** Separación voluntaria de socio de Sociedad Agraria de Transformación (Comentario a la STS de 13 de marzo de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 407 y ss.

160. **PAZ-ARES, Cándido:** El aumento mixto de capital (Notas en defensa de la figura), RDM, núms. 203 y 204, enero-junio 1992, págs. 7 y ss.

161. **PAZ-ARES, Cándido:** Aproximación al estudio de los dividendos en especie, RJN, núm. 3, julio-septiembre 1992, págs. 207 y ss.

162. **PAZ-ARES, Cándido:** La llamada «reversión de dividendos», RGD, octubre-noviembre 1992, págs. 10079 y ss.

163. **RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso:** Administración social y participación laboral en la gestión de las sociedades anónimas en el Derecho comunitario derivado (un estudio descriptivo sobre la evolución y contenido de las propuestas de Estatuto de Sociedad Anónima Europea y de Quinta Directiva), RGD, octubre-noviembre 1992, págs. 10177 y ss.

164. **RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel:** Las cláusulas estatutarias limitativas de la transmisión forzosa de acciones de sociedades anónimas (artículo 64.2 del nuevo Texto Refundido), RGD, octubre-noviembre 1992, págs. 10225 y ss.

165. **RONCERO SANCHEZ, Antonio:** Asistencia personal de un accionista a la Junta general con una parte de sus acciones y, simultáneamente, por representante con el resto («representación parcial»), Comen-

tario a la STS de 11 de febrero de 1992, CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 397 y ss.

166. SANCHEZ ANDRES, Anibal: **Compatibilidad de un anuncio de oferta sucesiva con el reglamento de OPAs, estando en curso otra oferta pública**, RDBB, núm. 48, octubre-diciembre 1992, págs. 935 y ss.

167. SERRA DOMINGUEZ, Manuel: **Recurribilidad en casación de la sentencia sobre impugnación de acuerdos en sociedades anónimas (un comentario sobre el auto del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1993)**, RGD, marzo 1993, págs. 1689 y ss.

168. ZUNZUNEGUI PASTOR, Fernando: **El balance final de la liquidación**, RDBB, núm. 46, abril-junio 1992, págs. 469 y ss.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

169. FERNANDEZ-ALBOR BALTAR, Angel y HERNANDEZ RODRIGUEZ, Francisco: **El fortalecimiento de los recursos propios de las Cajas de Ahorros: situación actual y perspectivas de futuro**, *La Ley*, 1992-4, págs. 1171 y ss.

170. GARCIA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio: **La protección de la clientela en el ordenamiento sectorial de la Banca. Consideraciones en torno a la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y la Circular 8/90**, núm. 46, abril-junio 1992, págs. 409 y ss.

171. MARTI SANCHEZ, J. Nicolás: **Los miembros de las Bolsas de Valores en el Derecho español**, RDBB, núm. 47, julio-septiembre 1992, págs. 765 y ss.

172. TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: **Aspectos generales de las actividades parabancarias en el Derecho español**, RDBB, núm. 47, julio-septiembre 1992, págs. 623 y ss.

4. CONTRATOS MERCANTILES

173. BATLLE SALES, Georgina: **Las convenciones ilícitas en los negocios mercantiles. Reflexiones en torno al artículo 53 del Código de Comercio**, RDM, núm. 205, julio-septiembre 1992, págs. 445 y ss.

174. BAYO DELGADO, J., ESCRIBANO MORA, F. y SARAZA JIMENA, R.: Repercusiones prácticas de la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero, y de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal en los juicios ejecutivos fundados en pólizas de contratos mercantiles, *Actualidad Civil*, núm. 43 de 1992, págs. 711 y ss.

175. CALVO VIDAL, Félix: La protección de los consumidores en algunos tipos de ventas especiales, *Actualidad Civil*, núm. 10 de 1993, págs. 173 y ss.

176. CAMPO MORENO, Juan Carlos: Consorcio de Compensación de Seguros, cobertura y límites ante entidades aseguradoras en situación de disolución forzosa, suspensión de pagos o quiebra, RGD, marzo 1993, págs. 1379 y ss.

177. CARRASCO PERERA, Angel: Seguro de caución; producción del siniestro por la sola reclamación de pago. Diferencias entre seguro y fianza. Interpretación de los contratos. Garantía a primer requerimiento (Comentario a la STS de 7 de abril de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 465 y ss.

178. DIAZ MORENO, Alberto: La constitucionalidad del penúltimo párrafo del artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992 de 10 de febrero), *La Ley*, 1992-3, págs. 833 y ss.

179. EMBID IRUJO, José Miguel: Contrato de seguro de caución. En garantía de ejecución de contrato de obra. Naturaleza jurídica. Distinción de la fianza. Prescripción (Comentario a la STS de 5 de junio de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, pág. 639.

180. EMPARANZA, Alberto: La prescripción de las acciones en el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR), RGD, diciembre 1992, págs. 11713 y ss.

181. FERNANDEZ-PACHECO MARTINEZ, M.^a Teresa: La venta de viviendas a consumidores: gastos que deben abonar los contratantes, *Actualidad Civil*, núm. 19 de 1993, págs. 313 y ss.

182. GARCIA CANTERO, Gabriel: Integración del Derecho del Consumo en el Derecho de obligaciones, *RJNav.*, núm. 13, enero-junio 1982, págs. 37 y ss.

183. MARTINEZ SEGURA, María Isabel: La cesión de la póliza de seguro, RDM, núms. 203 y 204, enero-junio 1992, págs. 69 y ss.

184. MERCADAL VIDAL, Francisco: Aplicación preferente al seguro marítimo de los artículos 737 y siguientes del Código de Comercio; inaplicabilidad al caso de la Ley del Contrato de Seguro; plena vigencia de la póliza de seguro de cascos concertada entre las partes y acuerdo im-

plícito sobre aplazamiento del pago de la prima (Comentario a la STS de 22 de junio de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 655 y ss.

185. NIETO CAROL, Ubaldo: Contratos de adhesión y Derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios, Actualidad Civil, núm. 2 de 1993, págs. 19 y ss.

186. O'CALLAGHAN, Xavier: Conceptos básicos y requisitos de las condiciones generales de los contratos, Actualidad Civil, núm. 1 de 1993, págs. 1 y ss.

187. PEREZ DE CASTRO, Nazareth: Depósito bancario indistinto. Reclamación de los herederos de uno de los titulares solidarios. Equidad (Comentario a la STS de 7 de julio de 1992), CCJC, núm. 29, abril-agosto 1992, págs. 687 y ss.

188. RECALDE CASTELLS, Andrés: Ejecución de deudas reflejadas en cuentas corrientes (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992, de 10 de febrero), La Ley, 1992-3, págs. 1029 y ss.

En la sentencia del Tribunal Constitucional, objeto de este comentario, se planteó la constitucionalidad de la primera frase del penúltimo párrafo del artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducido por la Ley 34/1984 de reforma urgente.

189. SANCHEZ CALERO, Fernando: Contrato de cuenta corriente mercantil, el de cuenta corriente bancaria y rendición de cuentas, RDBB, núm. 46, abril-junio 1992, págs. 543 y ss.

190. SANCHEZ-GAMBORINO ORTIZ, Francisco J.: La nueva Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre «contrato de agencia» (BOE del 29), ¿es aplicable a las agencias de transporte definidas por la LOTT?, RGD, diciembre 1992, págs. 11739 y ss.

191. SANCHEZ-GAMBORINO ORTIZ, Francisco J.: La protesta por impago de portes, inmediata tras entregar la mercancía en destino: una práctica que la ley permite y cuyo uso amplio resultaría aconsejable, RGD, diciembre 1992, págs. 11747 y ss.

192. SANCHEZ-GAMBORINO ORTIZ, Francisco J.: La deseable adopción de la Convención CMR como Derecho aplicable al transporte nacional de mercancías por carretera, y la actualización de la Convención CVR en lugar de una norma comunitaria sobre prestación de servicios, RGD, diciembre 1992, págs. 11751 y ss.

193. SANCHEZ GAMBORIONO, Francisco Miguel: El Tratado de Maastricht y los transportes, RGD, diciembre 1992, págs. 11757 y ss.

194. SEIJAS QUINTANA, José Antonio: Responsabilidad civil de las Compañías de Seguros, Actualidad Civil, núm. 6 de 1993, pág. 107.

195. SOTO NIETO, Francisco: Proyección aplicativa subsidiaria de la Ley de Contrato de Seguro respecto al régimen del seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, de suscripción obligatoria, *La Ley*, 1992-4, págs. 1050 y ss.

196. VILLALBA LAVA, Mercenario: Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, «leasing» y para la concesión de tarjetas de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil, *Actualidad Civil*, núm. 46 de 1992, págs. 781 y ss. y *RDG*, septiembre 1992, págs. 8079 y ss.

5. DERECHO CAMBIARIO

197. GARCIMARTIN ALFEREZ, Francisco: Alegación y prueba del Derecho extranjero. Perjuicio de la letra de cambio conforme al Derecho mexicano. Acción de regreso (Comentario a la STS de 13 de abril de 1992), *CCJC*, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 319 y ss.

198. MONGE GIL, Angel Luis: Los subrogados del protesto en la Ley cambiaria y del cheque de 16 de julio de 1985, *RDBB*, núm. 47, julio-septiembre 1992, págs. 693 y ss.

199. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: El aval de la letra de cambio, *RDBB*, núm. 46, abril-junio 1992, págs. 331 y ss.

200. SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: La omisión del tomador y la circulación de la letra de cambio, *RDBB*, núm. 47, julio-septiembre 1992, págs. 849 y ss.

6. DERECHO CONCURSAL

201. ALONSO SANCHEZ, Beatriz: Derecho concursal y fianza, *RDP*, enero 1993, págs. 38 y ss.

Estudio de los efectos que, respecto del fiador, se producen como consecuencia del vencimiento anticipado de la obligación principal por declaración de concurso o quiebra del afianzado.

202. CAMPO MORENO, Juan Carlos: Consorcio de Compensación de Seguros, cobertura y límites ante entidades aseguradoras en situación de disolución forzosa, suspensión de pagos o quiebra, *RGD*, marzo 1993, págs. 1379 y ss.

203. FERNANDEZ DEL POZO, Luis: La suspensión de pagos de las sociedades irregulares. El artículo 286 del Reglamento del Registro Mercantil, La Ley, 1992-3, págs. 797 y ss.

204. FINEZ RATON, José Manuel: Retroacción de la quiebra. Descuento realizado durante el período de retroacción. Ingreso en cuenta corriente por medio de cheque bancario. Nulidad de los actos y efectos (Comentario a la STS de 19 de diciembre de 1991), CCJC, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 163 y ss.

205. MASCARELL NAVARRO, María José: La declaración de suspensión de pagos: relaciones con la declaración de quiebra, RGD, septiembre 1992, págs. 8609 y ss.

206. MASCARELL NAVARRO, María José: La pieza de calificación de la suspensión de pagos y el Código Penal, RGD, enero-febrero 1993, págs. 13 y ss.

207. SAGRERA TIZON, José María: En la prelación de créditos en los procesos concursales (créditos en favor de la Hacienda Pública, de los trabajadores y de la Seguridad Social). Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1990 y Dictamen del Consejo de Estado de 23 de enero de 1992, RGD, diciembre 1992, págs. 11787 y ss.

208. SAGRERA TIZON, José María: Los libros de contabilidad en los expedientes de suspensión de pagos, RGD, diciembre 1992, págs. 11811 y ss.

III. DERECHO URBANISTICO

209. CORTIÑAS-PELAEZ, León: Derechos humanos y urbanismo (De una axiología constitucional vulnerada), RDU, núm. 131, enero-febrero 1993, págs. 23 y ss.

210. GONALEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: Innovaciones en el suelo urbano, RDU, núm. 130, octubre-diciembre 1992, págs. 59 y ss.

211. GONZALEZ-BERENGUER URRUTIA, José Luis: Urbanismo y carreteras. Breve sistematización, RDU, núm. 131, enero-febrero 1993, págs. 13 y ss.

212. MENGOLI, Giancarlo: Las grandes infraestructuras y la planificación urbanística, RDU, núm. 130, octubre-diciembre 1992, págs. 73 y ss.

213. **MERELO ABELA, José:** Régimen indemnizatorio en el vigente Texto Refundido de la Ley del Suelo, RDU, núm. 130, octubre-diciembre 1992, págs. 13 y ss.

214. **PAREJO-MERINO y PAREJO, Piedad María:** La reforma de la legislación urbanística en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RCDI, núm. 612, septiembre-octubre 1992, págs. 2145 y ss.

215. **PORTO REY, Enrique:** Delimitación de las áreas de reparto y establecimiento de aprovechamientos tipo como técnicas urbanísticas instrumentales para la equidistribución de cargas y beneficios y concreción de los aprovechamientos edificatorios susceptibles de apropiación por los propietarios del suelo, RDU, núm. 130, octubre-diciembre 1992, págs. 85 y ss.

216. **VERDU MIRA, Antonio T.:** El urbanismo como competencia de los entes públicos territoriales, RDU, núm. 131, enero-febrero 1993, págs. 61 y ss.

IV. DERECHO COMUNITARIO

217. **ARAUJO BOYD, Marcos:** La adaptación del Derecho español a la duodécima directiva del Consejo en materia de Derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único, La Ley, 1992-1, págs. 924 y ss.

218. **BOTANA GARCIA, Gemma A.:** Incidencia de los instrumentos de Derecho Comunitario en la protección de los consumidores, Actualidad Civil, núm. 3 de 1993, págs. 53 y ss.

219. **DE LOS MOZOS, José Luis:** Integración europea: Derecho comunitario y Derecho común, RDP, marzo 1993, págs. 211 y ss.

220. **ROGEL VIDE, Varlos:** El derecho de distribución de las obras del espíritu y su extinción en el Derecho Comunitario y en el español, RDP, octubre 1992, págs. 811 y ss.

221. **RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso:** Las medidas anti-dumping de la Comunidad Económica Europea, RGD, septiembre 1992, págs. 8653 y ss.

222. **SANCHEZ GAMBORIONO, Francisco Miguel:** El Tratado de Maastricht y los transportes, RGD, diciembre 1992, págs. 11757 y ss.

V. DERECHO PROCESAL

223. **BAYO DELGADO, J., ESCRIBANO MORA, F. y SARAZA JIMENA, R.:** Repercusiones prácticas de la sentencia del Tribunal Cons-

titucional 14/1992, de 10 de febrero, y de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal en los juicios ejecutivos fundados en pólizas de contratos mercantiles, *Actualidad Civil*, núm. 43 de 1992, págs. 711 y ss.

224. BONET I PEREZ, Jordi: El problema de la efectividad interna de las sentencias del tribunal Europeo de Derechos Humanos, *RJC*, núm. 1 de 1993, págs. 59 y ss.

225. CASTILLO RODRIGUEZ, Luz: Acumulación de recursos en sede casacional, *Actualidad Civil*, núm. 11 de 1993, págs. 197 y ss.

226. DIAZ MENDEZ, Nicolás: Breves consideraciones sobre la apelación en el juicio verbal, según la Ley 10/1992, *La Ley*, 1992-4, págs. 1102 y ss.

227. FONT SERRA, Eduardo: Aclaración de sentencias y rectificación de errores materiales manifiestos, *La Ley*, 1992-4, págs. 964 y ss.

228. GARBERI LLOBREGAT, José: Nulidad de actuaciones en el proceso civil. Interpretaciones superada y actual del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Comentario a la STS de 24 de febrero de 1992), *CCJC*, núm. 28, enero-marzo 1992, págs. 259 y ss.

229. GABERI LLOBREGAT, José: Competencia territorial. Sumisión tácita. Tratamiento procesal de la declinatoria (Comentario a la STS de 9 de junio de 1992), *CCJC*, núm. 29, abril-agosto 1992, pág. 649.

230. GOMEZ DE LA ESCALERA, Juan José: La aclaración de sentencias, *RGD*, septiembre 1992, págs. 8047 y ss.

231. MARTINEZ CALCERRADA, Luis: La nueva casación civil (Ley 10/1992, de 30 de abril), *La Ley*, 1992-4, págs. 1145 y ss.

232. MONTERO AROCA, Juan: Las medidas urgentes de reforma procesal civil en la Ley 10/1992, de 30 de abril, *RGD*, marzo 1993, págs. 1673 y ss.

233. POYOL MONTERO, Javier: La justicia civil ante el ciudadano: notas para una reforma, *Actualidad Civil*, núm. 8 de 1993, págs. 149 y ss.

234. VALLES BAREA, José Ramón y MARTINEZ CARRERAS, Luis: A vueltas con la ejecución provisional (artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), *RGD*, octubre-noviembre 1992, págs. 9549 y ss.

ABREVIATURAS

CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RGD	Revista General de Derecho
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica del Notariado (antigua RDN)
RJNav	Revista Jurídica de Navarra.

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil
La Ley
Poder Judicial

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO:

Sentencias comentadas

Precio Ilegal: ¿Un salto atrás en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo?

(Comentario a las SS. de 3 de septiembre
y 14 de octubre de 1992)

ANTONIO GORDILLO

SUMARIO: I.—Antecedentes. II.—El salto atrás: las Sentencias de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992. III.—Comentario.

I. ANTECEDENTES

No es difícil situar históricamente las sentencias que motivan este comentario. El intervencionismo económico, favorecido primero por la situación de carestía que siguió a nuestra guerra civil, y luego prolongado en el marco de un sistema de economía mixta, va a plantear el problema del tratamiento civil de los contratos con precio legal. Hasta la segunda mitad de la década de los sesenta, la violación de los precios legales se produce en los más distintos ámbitos: a partir de los setenta, hasta hoy, tiende a concentrarse en la contratación sobre Viviendas de Protección Oficial (en materia distinta, vid., e. c., SS de 20-5-85: hormigón, y 10-9-87: carbón para Central termoeléctrica). Pues bien, el examen de la jurisprudencia permite comprobar cómo la aparición de esta problemática va a coger desprevenido a un sistema civilista formulado sobre la pauta de un Código liberal (1) y donde los autores no han llegado a configurar ni fraguar doctrinalmente la categoría técnica de la nulidad parcial (2). No es de extrañar que, así las cosas, el Tribunal Supremo, antes de decantarse por una línea de tratamiento conti-

(1) Inútil esperar de él una norma como la introducida en el segundo párrafo del art. 1.419 del Código Civil italiano: *La nullità di singole clause non importa la nullità del contratto, quando le clause nulle sono sostituite di diritto da norme imperative.*

(2) Es significativo que ROYO MARTÍNEZ, Miguel, en su brillante trabajo *Transformaciones del contrato en el Derecho moderno*, RGLJ 1945, pp. 142 ss., esp. 160-162, se refiera a ella denominándola «revisibilidad».

nuada hasta su consolidación, hubiera de emprender caminos que pronto se revelarían como insatisfactorios. Primero fue el de la nulidad absoluta y total del contrato con precio ilegal, con su natural consecuencia restitutoria; después, el de la exclusión de esta consecuencia en aplicación de los arts. 1305-1306 del C.c., dada la participación del comprador (concurrencia de culpas) en la ilícita determinación del precio: más tarde, la negación de la nulidad, restringiendo al orden administrativo las consecuencias de la violación de la norma determinadora del precio (3). Finalmente, por superación de estos intentos y acercándose ya a su final la década de los setenta, va a imponerse la tesis favorable a la nulidad parcial, marcando la continuidad de una línea (4) sólo rota con la aparición de las sentencias que ahora nos proponemos comentar.

El expediente técnico de la nulidad parcial encuentra muy fácil acomodo en la disciplina reguladora de los precios, al disponer ésta que su contravención no implica la nulidad del contrato infractor, pero sí que obliga —entre otras consecuencias— a la devolución del sobreprecio. Su revestimiento doctrinal y su argumentación teleológica, supuesto el dato legal, discurrirán por sí solos: nulidad de la estipulación relativa al precio y mantenimiento del contrato —una vez amputada su cláusula nula y sustituida *ope legis* por su contenido legal necesario (ley imperativa-sustitutiva)— en aras de la mayor eficacia de la norma interventora.

II. EL SALTO ATRAS: LAS SENTENCIAS DE 3 DE SEPTIEMBRE Y 14 DE OCTUBRE DE 1992

Sorprendentemente, cuando la doctrina del Tribunal Supremo parecía consolidada en esta materia, va a producirse un cambio de rumbo cuya fundamentación nos parece tan discutible como preocupantes podrían ser sus consecuencias. La sentencia de 3 de septiembre de 1992, tratando de abrir camino, se extiende más en su intento argumentador, que cierra con una a modo de exculpación final o profesión de no oposición a la doctrina jurisprudencial procedente (5); la de 14 de octubre,

(3) Nos referimos con detalle a estas «épocas» en nuestro trabajo, *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, ADC 1975, pp. 101 ss., esp., 126-164.

(4) Vid. SS. 29-XI-77; 17-IV-78; 20-III-79; 11-V-79; 2-XI-79; 27-XI-84; 26-XII-84; 14-I-85; 20-VI-85; 5-XI-85; 10-X-87; 22-IV-88; 28-II-91; 24-VI-91. De entre las comprendidas en este período sólo conocemos una que, en *obiter dictum* y para un supuesto en que no llega a probarse la realidad del sobreprecio, vuelve a la tesis de la validez civil y el alcance sólo administrativo de la infracción de la norma —reglamentaria— fijadora del precio.

(5) «... sin que ello entrañe ruptura esencial con la jurisprudencia anterior, pues las sentencias no fueron dictadas en casos como el presente en que no estaba consumado el contrato, ambas partes conocían su objeto y no consta que ninguno de ellos se viera compelido a aceptar algo no querido».

aprovechando el surco de la anterior, podrá economizar en lo argumentativo remitiéndose a ella (6). Contra el cúmulo de las anteriores, tenemos ya, pues, las dos sentencias conformes, constitutivas de una nueva jurisprudencia favorable a la validez civil del contrato con precio ilegal «en la totalidad de las estipulaciones que contiene» (S. 14-10-92, FD 8.º) y contraria, por tanto, a la obligación de devolución del sobreprecio. Antes de entrar en su comentario procede dar noticia de los hechos que las provocan y de los fundamentos jurídicos que las sustentan.

Ambas sentencias se producen en materia de venta de Viviendas de Protección Oficial. En la de 3 de septiembre el hecho que realmente se destaca como decisivo es la circunstancia de que el comprador conocía el carácter de la vivienda y libremente convino en un precio superior al legal (7); en la de 14 de octubre, que la venta se produce cuando —conociéndolo el comprador— está ya en trámite la descalificación de la vivienda objeto del contrato (8). En cuanto a los fundamentos jurídicos, nos limitamos a transcribir seleccionando:

A. Sentencia de 3 de septiembre:

«Tercero.—De lo expuesto anteriormente se desprende que en el contrato concurrieron los elementos exigidos por el art. 1.261 del Código Civil y no se da la inexistencia postulada por la demandada por ausencia de consentimiento, pero como el precio se pactó conculcando disposiciones legales, procede analizar cuáles son las consecuencias de tal violación.

Según el Código Civil (art. 6,3) son nulos los actos contrarios a una norma prohibitiva salvo que la Ley disponga otra cosa para caso de contravención, y como la cuestión relativa a Viviendas de Protección Oficial tiene tratamiento específico, a sus leyes ha de acudir. Según el art. 28 del Real Decreto 2960/1976, Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial, la cuantía máxima de los precios de venta de viviendas acogidas a esta Ley no excederá de los límites

(6) «La resolución adoptada —dice en el último de sus FD se encuentra en línea con la aplicada por la Sala en la reciente sentencia de 3 de septiembre de 1992...».

(7) Tras una primera y más prolija exposición de los hechos en el FD 1.º, se resumen éstos en el 2.º del siguiente modo: «... conviene hacer determinadas precisiones: A) Ambos contratantes conocían la condición de vivienda de protección oficial así como que tales viviendas tienen un precio fijado oficialmente para la venta. B) De este evidente conocimiento hay que partir aunque sea posible que alguno de los contratantes o ambos desconocieran las consecuencias de haber declarado paladinamente en el contrato tanto el carácter de la vivienda protegida como el precio en el cual las partes consiguieron el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y el precio. Sólo así se podrá dar a las partes la consiguiente respuesta jurídica que postulan».

(8) Vid. FD 1.º y 2.º.

que se determinen en las disposiciones que lo desarrollen, y según el art. 29 queda absolutamente prohibido el percibo de cualquier sobreprecio o cantidad distinta a las que legal y reglamentariamente corresponda satisfacer al comprador.

La infracción de tales disposiciones tiene la consideración de falta muy grave y las sanciones se establecen en los arts. 35 y 36. Tras unas multas pecuniarias (art. 35) que se elevan hasta 250.000 pesetas y unas sanciones genuinamente aplicables a los promotores y constructores, se dice en el art. 36 que las infracciones graves y muy graves podrán ser sancionadas, siempre que las sanciones recaigan sobre los responsables de las mismas: d) Con el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas de los adquirentes, y e) Con la descalificación de la vivienda. Este régimen de sanciones comporta que la propia Ley reconoce la validez civil de los contratos, bien que con las sanciones cuya finalidad es el castigo del infractor, máxime si es el promotor o constructor, pero en ningún caso cabe utilizar el régimen sancionador para convertir la sanción en una fuente de lucro de quien compró a sabiendas de que colabora necesariamente en la violación de la norma, pues en tal caso el comprador induce a vender, sin que pueda calificarse tal venta, como hace la Audiencia, de medio utilizado por el vendedor para obtener un lucro ilícito, ni de acto en perjuicio de las clases sociales débiles o necesitadas. Tales afirmaciones son aventuradas y gratuitas puesto que nada se ha discutido ni probado al respecto. La verdadera defensa del interés social se consigue también procurando por vía judicial armonizar la realidad contractual con los contenidos documentales, haciendo cada vez menos apetecibles las simulaciones, las fiducias o los pactos secretos que una realidad social evidente permite afirmar que son frecuentes. Y no puede tampoco permanecerse al margen de una ley que permite la solicitud explícita y la sanción de descalificación de la vivienda, por cuyos cauces cabe vender soportando todos los efectos sancionadores y restitutivos de los beneficios obtenidos fiscalmente o por vía de subsidios, que éste y no otro debe ser el efecto sancionador en el caso de autos. Como obiter dicta, pero de singular importancia y carácter, debe hacerse constar la corriente social coincidente con la actividad prelegislativa plasmada en el Anteproyecto de la Ley de Arrendamientos Urbanos elaborado por los Ministerios de Justicia y Transportes y Urbanismo el 22-7-1992, en cuya Disposición Adicional Primera, num. 6, párr. 2.º, se dice que a partir de la vigencia de la presente Ley, las Viviendas de Protección Oficial acogidas al RD-Ley 31/1978, no podrán venderse durante el plazo de duración del régimen legal sin cancelar el préstamo cualificado y recabar autorización de venta de la Administración competente en cada caso, previo reintegro de los subsidios y subvenciones recibidos con los intereses legales desde el momento de su percepción.

Todo ello a tono con el régimen de libertad de mercado compatible con las limitaciones sociales.

Cuarto.—Si, como se ha expuesto, hubo conformidad en la cosa y el precio, ambos contratantes conjuntamente violaron la legislación administrativa, y no puede el actor en su solo provecho obtener la rectificación del precio, pues ello entrañaría pretender que por vía judicial se alterase el contenido y alcance del consentimiento de la contraparte, que se alterasen las recíprocas prestaciones y que la consecuencia beneficiase a quien también fue infractor. Declarar como hace la Audiencia por vía de «obiter dicta» que existió voluntad de la parte vendedora de vender a precio oficial por haber ésta intentado una segunda venta aparentemente legal, es afirmar algo tan carente de fundamento como sería afirmar que la segunda supuesta venta fue un ejemplo más de la simulación con que se hacen estos contratos, o un ejercicio de la libertad de elegir al beneficiario del bajo precio cuando la ley impide vender a precio de mercado.

Quinto.—Consecuencia de lo anterior es la conclusión de que la sentencia de la Audiencia infringe el art. 1256 del C.c. al permitir que el comprador altere con su actuación el equilibrio de las prestaciones, y, con ello, rompa el principio de que los contratos no pueden quedar al arbitrio de una de las partes, lo cual determina la casación de la sentencia, pero sin más efecto que la desestimación de la demanda. La reconvencción no puede prosperar, porque, como se ha dicho, concurren los elementos del contrato y no se han infringido ni los arts. 1265 y 1266 ni el 1269 que se alegan como infringidos en los motivos del recurso.

En definitiva puede afirmarse que no infringe precepto alguno la sentencia de la Audiencia en cuanto desestima la reconvencción a cuyo través se solicita la nulidad de la compraventa; que no es inexistente el contrato, pues en él se dan todos los requisitos de validez, pero como el consentimiento se da por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y el precio pactado, y como llegar a otra conclusión comporta dejar el arbitrio de este concreto comprador el contenido del contrato, se infringe el citado art. 1256, o se infringe el 1281 por no tener en cuenta la voluntad manifestada, verdadera intención de los contratantes. Por ello son de estimar los motivos 3.º y 6.º en los que se denuncia la infracción de tales preceptos y procede la casación de la sentencia porque no se puede por vía judicial alterar el contenido sustancial de los contratos tal como fueron pactados, y si bien es cierto que cabe declarar la nulidad de alguna cláusula o parte de ellas, eso solamente se admite cuando la cláusula no es esencial, y el precio lo es.

En el caso de autos, en que aún no ha habido consumación por faltar la tradición, procede desestimar la demanda en cuanto solicita la alteración del precio y pide la entrega de la cosa mediante pago de 1.346.863 ptas. en lugar de las pactadas, que son las que se han de pagar; sin que ello entrañe ruptura esencial con la jurisprudencia anterior, pues las sentencias no fueron dictadas en casos como el presente en que no estaba

consumado el contrato, ambas partes conocían su objeto y no consta que ninguna de ellas se viera compelida a aceptar algo no querido».

B. Sentencia de 14 de octubre.

Sexto.—En virtud de lo dispuesto en el art. 1445 del C.c., la perfección del contrato de compraventa es consecuencia de una concurrencia de voluntades, la del vendedor y la del comprador, y de una coincidencia entre el objeto y su precio, siendo esto lo acontecido en el caso de autos, si bien la compraventa se efectuó bajo fórmulas de precio aplazado, teniendo lugar la transmisión cuando el precio convenido se hiciese efectivo en su totalidad, y de ello, que en el contrato se observaron los elementos exigidos en el art. 1261 del C.c., sin embargo, como el precio convenido en el contrato de 13 de mayo de 1985 se pactó conculcando disposiciones legales, según evidencian los hechos estimados probados, procede examinar cuáles fueron los efectos y consecuencias de la violación, máxime cuando el Código Civil, en su art. 6,3, tiene dispuesto que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en aquellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención», por tanto, habrá de acudirse al tratamiento específico prevenido para las viviendas de protección oficial.

Séptimo.—La regulación específica para las viviendas de la indicada naturaleza se encuentra constituida, fundamentalmente, por el Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, aprobatorio del Texto Refundido de la Legislación de Viviendas de Protección oficial, siendo de destacar sus artículos 28 y 29, al establecerse que la cuantía máxima de los precios de venta de las viviendas acogidas a esta Ley, no excederá de los límites que se determinan en las disposiciones que la desarrollen, y que queda absolutamente prohibido el percibo de cualquier sobreprecio, prima o cantidad distinta a la que legal y reglamentariamente corresponda satisfacer al comprador. La infracción de tales disposiciones está considerada como de falta muy grave, estando comprendidas las sanciones en los arts. 35 y 36, pero el establecimiento de un régimen de sanciones viene a comportar, indudablemente, el reconocimiento de la validez civil de los contratos celebrados, y, por otro lado, aquella infracción tendría carácter administrativo, por lo que no implicaría la nulidad de que habla el art. 1305 del C.c., y además es de tener en cuenta los arts. 1255 y 1256 de dicho texto legal, que preconizan, de modo respectivo, la libertad contractual y la imposibilidad de dejar al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos.

Octavo.—Cuántas consideraciones han sido hechas conducen a tener por válido y eficaz el contrato litigioso en la totalidad

de las estipulaciones que contiene, no obstante el señalamiento de un precio superior al legal establecido, pues lo contrario entrañaría alterar esencialmente el equilibrio de las prestaciones convenidas libremente entre las partes...».

Noveno.—La solución adoptada se encuentra en línea con la aplicada por la Sala en la reciente sentencia de 3-9-1992, y de acuerdo con ella, la presente deberá ponerse en conocimiento, mediante la remisión del oportuno testimonio, de la correspondiente autoridad administrativa a los efectos procedentes...».

III. COMENTARIO

Sin entrar a criticar el sentido del fallo en su adaptación a los hechos litigiosos, vamos a limitar nuestro comentario a la doctrina que, con proyección general en concepto de jurisprudencia, se establece en estas sentencias. Ordenaremos la materia distinguiendo cuatro puntos: 1.º) la afirmación de existencia y validez del contrato con precio ilegal; 2.º) la exclusión de su nulidad; 3.º) el rechazo, más en concreto, de su nulidad parcial; 4.º) la negación del derecho del comprador a la sustitución del precio pactado por el legalmente determinado. No parece dudoso que es en los puntos indicados donde más crasa y llamativamente se produce la contradicción entre las sentencias que vamos a comentar y el conjunto de las que, a partir de los últimos años setenta, venían estableciendo en su materia una jurisprudencia que parecía ya pacíficamente conquistada y definitivamente decantada. Si se quiere dicho de otra forma: es en los cuatro puntos indicados donde más nítidamente se marca el sentido de un nuevo rumbo cuya dirección y previsibles resultados invitan inevitablemente a la reflexión.

1. **Afirmación de la existencia y validez del contrato en que se establece un precio ilegal**

Pedida por vía reconvenzional en el caso resuelto por la primera sentencia la «total nulidad e inexistencia» del contrato infractor, responderá el Tribunal Supremo que «en el contrato concurren los elementos exigidos por el art. 1.261 del Código civil, y no se da la inexistencia postulada por la demandada» (FD 3). Igualmente, en la segunda sentencia se dirá que «en el contrato se observaron los requisitos exigidos en el art. 1261 del Código Civil» (FD 6). Afirmación, pues, de existencia; pero, siendo tan polémica la acepción de este término como la de su contrario: la «inexistencia», procedería seguir preguntándose: ¿Existencia simplemente fáctica (verificación de un supuesto, contractual en la intención de las partes y, en

todo caso, jurídicamente significativo) o existencia también en sentido valorativo, equivalente, pues, a eficacia (la eficacia cóngrua que al contrato corresponde como generador de una regla negocial que el Derecho puede sancionar —art. 1091 C.c.—)? No cabe duda de que ambas sentencias entienden en este segundo sentido la «existencia» del contrato infractor. Según la primera, en dicho contrato «hubo conformidad en la cosa y el precio» (FD 4), y no puede decirse que sea «inexistente, pues en él se dan todos los requisitos de validez» (FD 5). La equivalencia entre existencia y validez se proclama ahora inequívocamente. Ha habido, se añade de inmediato, «concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y el precio» (Ib.). El recurso a la libertad de mercado («todo ello a tono con el régimen de libertad de mercado, compatible con las limitaciones sociales» FD 3) permitirá enmarcar esta afirmación de validez de lo voluntariamente convenido aun con violación de la norma limitadora del precio. Paralelamente, en la segunda sentencia se dirá que la verificación en el caso del acuerdo sobre cosa y precio que perfecciona el contrato de compraventa según el art. 1445 del Código Civil (FD 6), así como el régimen de libertad contractual preconizado en el art. 1255 (FD 7), conducen a «tener por válido y perfecto el contrato litigioso en la totalidad de las estipulaciones que contiene, no obstante el señalamiento de un precio superior al legal establecido» (FD 8).

No deja de resultar sorprendente este inicial juicio de validez del contrato con precio ilegal. La lectura de las sentencias que ahora lo proclaman trae inmediatamente al recuerdo, no sólo el cúmulo de las que anteriormente se han venido pronunciando en sentido contrario, sino, yendo algo más lejos en el tiempo, la discreta advertencia con la que García Goyena justificaba la cita de Rogrón en el comentario al art. 998 del Proyecto de 1851 (actual art. 1275 C.c.). Estas eran, en la parte que interesa, la cita de Rogrón y las palabras de García Goyena:

«... cita (Rogrón) otro fallo del mismo Tribunal de casación. Un panadero vendió pan a mayor precio que el de la tasa o tarifa señalada por la autoridad, *pero medió sobre ésto pacto* con el comprador. El Tribunal declara nulo el pacto *por contrario al orden público*, y que el Tribunal de Policía *ha violado expresamente la ley* absolviendo al panadero.

Ambas decisiones me parecen exactamente ajustadas a los principios generales de derecho que son los mismos en este Código que en el francés...: *me ha parecido conveniente notarlo por si ocurren iguales o semejantes casos*».

Tenía razón D. Florencio García Goyena: ocurrirán iguales o semejantes casos y, con olvido de su precavida advertencia, no siempre se les va a dar solución ajustada a los principios cardinales de nuestro sis-

tema de Derecho. ¿Es posible que no se vea afectado en su validez el contrato crasamente contrario a ley? La norma no ha dejado en este punto resquicio alguno de duda acerca de su carácter rigurosamente imperativo (9): ¿puede valer en Derecho el pacto que la viola? ¿Cómo invocar en su favor —según hace la segunda sentencia— el principio de la autonomía de la voluntad, cuando la libertad contractual está obviamente sometida al triple límite de la ley, la moral y el orden público? ¿Cómo recurrir al «régimen de libertad de mercado» —como hace la primera sentencia— sin conjugarlo más ponderadamente con las exigencias derivadas del modelo, constitucionalmente adoptado (arts. 1; 38, 131 CE), del Estado social y democrático de Derecho? Nos parece que el conjunto jurisprudencial cuya línea rompen estas sentencias tenía mejor y más sólida fundamentación. La ley, en concreto la que determina el precio de las Viviendas de Protección Oficial, limita la autonomía de la voluntad o libertad de pactos (10); el contrato que en esta materia se produzca no será, en consecuencia, sino algo tan ya recono-

(9) Art. 28 TR —12-11-76—: «La cuantía máxima de los precios de venta de las viviendas acogidas a esta Ley no excederá de los límites que se determinen en las disposiciones que desarrollen la presente Ley... Los precios de venta de las viviendas acogidas a esta Ley se regirán en cuanto a su fijación por las normas que a tal efecto se establezcan»; art. 29: «Queda absolutamente prohibido el percibo de cualquier sobreprecio, prima o cantidad distinta a las que legal y reglamentariamente corresponde satisfacer al comprador o al arrendatario de viviendas de protección oficial. Tal prohibición alcanza al percibo por cualquier concepto de cantidad superior o distinta a la renta o precio de venta señalado en la cédula de calificación definitiva o (sic) objetiva, ni aun a título de préstamo, depósito o anticipo no autorizado, ni en virtud de contrato conjunto o separado, con muebles, o de cuotas por prestación de servicios no autorizados reglamentariamente».

(10) S. 11-V-1979: «Es indudable que la libertad de contratación, proclamada por el art. 1255 del C.c. ... y la obligatoriedad de lo contratado ... tienen su limitación por lo dispuesto en contrario por las leyes, una de ellas la Ley de Viviendas de Protección Oficial de julio de 1963... en cuyo art. 127 sustrae a la libertad de contratación, en los contratos de compraventa de pisos acogidos a la protección oficial, nada menos que un asunto tan esencial como es el precio ... porque la autonomía de la voluntad en los casos de las viviendas de Protección Oficial está mucho más limitada que en las demás obras...». Más reciente y ampliamente, para toda medida interventora en materia de precios, S. 10-IX-87: «... el régimen de precios autorizados... no puede ser modificado por las empresas y los particulares... situación que persiste en tanto continúe funcionando la intervención administrativa... y ésto, que deviene indiscutible para el aumento de los precios fijados oficialmente... se extiende asimismo en punto a la fijación de precios por nivel inferior al oficial... ya que de admitir la libertad contractual... podría originar situaciones de competencia desleal y supremacía monopolística...». También, la S. 22-IV-88, de nuevo en materia de VPO: «... ha venido señalando con reiteración la doctrina de esta Sala, en términos tan claros como los contenidos en la S. de 26 de diciembre de 1984 al expresar que no cabe ignorar el carácter social imperante en esta esfera, donde a la limitación imperativa del precio se corresponden importantes beneficios a constructores y promotores, lo que hace se constriña con preceptos de carácter necesario el juego de la autonomía de la voluntad...».

cido y consagrado como un «contrato normado» (11), debiendo por ello concluirse que, en su valoración jurídica, el precio pactado en contra de la ley es inexistente o nulo (12). Producida la fijación legal de los precios, el contrato que la viole no puede ser, como ahora dice la sentencia de 14 de octubre de 1991, «válido y eficaz... en la totalidad de las disposiciones que contiene». El Derecho no puede contradecirse dando por válido lo que previamente ha prohibido por ser contrario a sí mismo, y el contrato con precio ilegal si de algo puede hacer gala es de haber logrado infringir simultánea y cumulativamente la triple instancia normativa que marca sus límites: la ley, la moral y el orden público. No parece necesario razonarlo. ¿No es norma imperativo-prohibitiva (art. 6, 3) la que establece que «queda absolutamente prohibido el percibo de cualquier sobreprecio...»? ¿No es contrario a la moral que quien se ha lucrado de incentivos y ayudas oficiales venda a precio de mercado? ¿No es contrario al orden público exigir un precio superior al legalmente permitido, frustrando el fin social o de interés general perseguido por la ley (13)? Vuélvase al ejemplo tomado de Rogrón por

(11) S. 2-V-79: «... los que la doctrina llama contratos normados, es decir, previamente regulados por el legislador en alguno de sus aspectos más importantes ... y que, si bien libres en su constitución, se sustraen sin embargo en parte de su contenido a la voluntad de los contratantes, en interés sobre todo del más débil o del situado en posición económica o jurídica inferior; inferioridad que la ley compensa con una especial protección de sus derechos, para que la libertad contractual se cumpla y las prestaciones se equilibren, como es el caso en los supuestos previstos en la legislación sobre viviendas protegidas o de renta limitada...». S. 27-XI-84: «En los supuestos de contratos normados o regulados en algunos de sus aspectos (aquí el elemento esencial precio) por la Administración en aras del interés social prevalente...». S. 14-I-85: «Las nuevas necesidades sociales y económicas, así como la necesidad de tutelar determinados intereses precisados de especial protección, ha dado vida a nuevas figuras contractuales en las que, a la par que se limita el libre juego del principio de la autonomía de la voluntad, se determina en mayor o menor grado su contenido, citándose entre estos últimos los que la doctrina llama normados o reglamentados, en los que las partes son libres en cuanto pueden decidirse a contratar o no contratar, pero si lo hacen, el complejo obligacional que constituye su contenido queda en mayor o menor medida predeterminado por la norma, debiendo incluirse en este tipo negocial aquellos que tienen por objeto viviendas de protección oficial».

(12) *Ad exemplum*, entre las más recientes, S. 28-II-91: «... la contravención de la legislación especial..., determina realmente la nulidad del pacto por el que se señaló el precio superior al fijado en la cédula de calificación definitiva...».

(13) En general, para la política de precios por razones de mercado, S. 10-IX-87: «Antecedente obligado para resolver la controversia es el Decreto 2695/1977 de 28 de octubre, sobre medidas relativas a política de precios, cuyas directrices, según su Exposición de Motivos, fueron las siguientes: equilibrar la economía española a corto plazo; vigilar los mecanismos de formación de los precios, particularmente la de los productos estratégicos y de aquellos que se formen bajo condiciones monopolísticas, para evitar la introducción de componentes perturbadores del objetivo propuesto de reducir la tasa de la inflación; y eludir los riesgos que podrían derivarse de la brusca ausencia de la intervención de la Administración en la actual situación económica... ya que de admitir la libertad contractual para la compra 'a la baja', podría originar situaciones de competencia desleal y supremacía monopolística con detrimento de las em-

García Goyena y adviértase lo dicho sobre este punto ¡cuando todavía no se había comenzado a hablar del orden público económico! El contrato que viola estos límites venía siendo considerado por nuestra jurisprudencia como contrato con causa ilícita (14), nulo con nulidad que podía o debía ser declarada de oficio (15). ¿Qué razones pueden llevar, ahora, a admitir y proclamar su validez?

2. La exclusión de la nulidad

La argumentación de ambas sentencias, según puede verse en sus Fundamentos de Derecho, es sustancialmente similar en este punto: el art. 6,3 C.c. deja a salvo la posibilidad de que la ley establezca sanción distinta a la nulidad para el caso de su infracción, y ésto sería lo que aquí ocurre: la imposición de una serie de sanciones administrativas, que comportan —indudablemente, dice la sentencia de 14 de octubre— la validez civil del contrato infractor. Todavía esta misma sentencia añade otro argumento: la infracción consistente en la violación del precio legal tendría carácter administrativo, debiendo limitarse sus consecuencias a ese mismo ámbito y, en todo caso, sin poder llegar a la nulidad civil prevista en el art. 1305 del C.c.

Se vuelve, pues, ahora a lo que fue el criterio mantenido en sentencias como las de 28-4-71 y 20-3-72, que, apartándose de las que anteriormente habían considerado nulo el contrato con precio ilegal, ciñeron a lo puramente administrativo los efectos de la exigencia y percepción de cualquier precio superior al permitido (16). No llegó a cua-

presas y particulares menos dotados, y ello con cierto desequilibrio de la economía nacional». Específicamente para Viviendas de Protección Oficial, de forma especial, S. 27-VII-79: «... las rigurosas limitaciones en los precios de arrendamiento y venta de las edificaciones protegidas a tenor de la normativa sobre la materia... tiene su fundamento en la finalidad social que las inspiran y en la contrapartida de los concretos beneficios otorgados a los constructores como incentivos... con cuya fijación pretende el legislador que las viviendas afectadas entren en el tráfico al precio que la Administración calculo como justo, en palabras de la S. de 17 de abril de 1978». También la de 27-XI-84.

(14) S. 12-VII-79: «... reglas imperativas cuya conculcación provocaría la radical nulidad, por ilicitud de causa...». S. 27-XI-84: «... como es el de la ilicitud de causa... exigiéndose que ésta no se oponga a las leyes, aquí la de 24 de julio de 1963 y Reg. de 24 de julio de 1968, que, en concreto, prohíben terminantemente la percepción del sobreprecio o exceso respecto del señalado en la cédula de calificación definitiva, sea cual fuere el concepto, en la primera o segunda transmisión». También, la de 27-XI-84.

(15) S. 27-XI-84: «... ya porque el Ordenamiento jurídico contenga disposiciones de carácter imperativo o prohibitivo que por su propia naturaleza haga obligatoria su observancia, incluso de oficio y como integrante también de un deber judicial preferente, según las reglas de la jerarquía normativa, que subordinan la autonomía de las partes al interés social o al orden público (art. 1255 y 6, 3 C.c.)».

(16) S. 28-IV-71: «La venta estaría permitida... siempre que se atemperase al precio fijado en la calificación definitiva del inmueble... y si bien es cierto que el mis-

jar esta jurisprudencia. Pronto se impondrá la tesis de la nulidad — aunque no total (17)— del contrato infractor, viéndose precisamente en la limitación de su ámbito material u objetivo (nulidad parcial) la peculiaridad de ese «efecto distinto» (art. 6,3) que la ley puede establecer como reacción ante el hecho de su contravención (18) y destacán-

mo no podía ser sobrepasado... no por ello su conculcación determinaría la invalidez del contrato, por restablecerse el orden jurídico perturbado a través de otros resultados, como los que se reseñan en los arts. 35, apartado c), de la ley y 155, párrafo tercero, del Reglamento, y sobre todo con el reintegro a los adquirentes...». S. 20-III-72: «... pero ello no significa... que cuando no se respeten aquellas cantidades fijadas como precio de alquiler o de venta, el acto sea nulo de pleno derecho conforme al art. 4 C.c., sino que, siendo perfectamente válido civilmente el acto realizado, conforme al principio de libertad de contratación sentado en el art. 1.255 del C.c., la violación del precepto administrativo, cometido precisamente por el acto civil válido, pondrá en marcha el mecanismo corrector que para el caso la propia ley de 13 de julio de 1963 prevé en su art. 155 contra los infractores: ... medidas que tienen como punto de partida el contrato civil, que sin su eficacia carecerían de razón de ser, y que han de ser aplicadas en un expediente administrativo regulado en el art. 157 y ss. de la propia Ley y no por los Tribunales civiles...».

(17) S. 17-IV-78: «Que con arreglo a esta disciplina legal, la contravención de la prohibición absoluta de la percepción por el vendedor de cualquier sobreprecio... ha de llevar consigo en el orden civil, si no la nulidad total de la compraventa...; pero sí debe originar la nulidad parcial de la obligación relativa al precio excesivo...». S. 20-III-79: «... como tiene dicho esta Sala en sentencia de 17 de abril de 1978... la contravención... ha de llevar consigo en el ámbito civil, si no la nulidad total de la compraventa, pues ésta redundaría en beneficio del vendedor, la nulidad parcial de la obligación relativa al precio excesivo...». S. 20-V-85: «... la nulidad de la cláusula contractual en la que fueron infringidas normas legales limitativas del precio, no autoriza para decretar la total nulidad de la compraventa en que se contiene, dado que la vulneración de esa normativa limitadora ha de llevar consigo en el ámbito civil, no la nulidad total de la compraventa, pues ello redundaría en beneficio del vendedor, sino la nulidad parcial de la obligación relativa a la excesividad del precio...». S. 5-XI-85: «... lo que en realidad pretende es mantener el precio pactado con el efecto único de la sanción administrativamente imponible al contraventor y excluyendo la nulidad parcial del exceso del precio... razonamiento, se repite, inatendible, pues, por el contrario, es reiterada la doctrina de esta Sala, manifestada en gran número de sentencias acerca de que la limitación imperativa del precio... se traduce no en la nulidad total del contrato, que redundaría en beneficio del vendedor culpable de la contravención, sino en el de la nulidad parcial de la obligación relativa al precio pactado con excesividad enriquecedora de aquel y con desconocimiento de las disposiciones administrativas que tasan el precio...». S. 24-VI-91: «... tiene declarado esta Sala (SS. de 3 y 26 de diciembre de 1984, 5 de noviembre de 1985) que la limitación imperativa del precio... se traduce no en la nulidad total del contrato... sino en el de la nulidad parcial de la obligación relativa al precio pactado con excesividad enriquecedora de aquel y con desconocimiento de las disposiciones administrativas que tasan el precio, operando en el sentido de ajustarlo al señalado por el Organismo competente y sin que se produzca ni la nulidad total del contrato..., ni, como aquí se quiere, mantener incólume el precio excesivo pactado con la secuela única de la sanción de multa imponible por la Administración del ramo».

(18) S. 17-IV-78: «Que de acuerdo con el nuevo texto del art. 6, párrafo 3.º del C.c. ... si bien la regla general a cuyo tenor los actos y contratos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, tiene como excepción el supuesto de que las mismas establezcan un efecto distinto para el caso de la contravención; para que dicha excepción pueda ser aplicada a la hipótesis de nulidad parcial de

dose que la previsión legal de específicas sanciones administrativas en modo alguno permite a reducir a ellas las consecuencias jurídicas de dicha contravención (19).

Desde luego, nada hay —nos parece— tan gratuito como afirmar que la previsión de sanciones administrativas para el pacto infractor excluye el efecto de su nulidad. ¿Cómo compatibilizar esta afirmación con la admisión de esa categoría de normas que en la terminología usual se denominan *leges plus quam perfectae*, precisamente por añadir a la nulidad del acto que las viola la imposición de alguna pena o sanción al infractor? Al recordarlo no pretendemos desconocer que, a veces, a la entidad de la norma violada o a la significación del objeto de la violación en el conjunto del acto donde esta se produce, pueda corresponder una forma de sanción distinta y menor a la nulidad de lo actuado (*leges minus quam perfectae*); pero parece claro que no es este el caso cuando se trata de la intervención de los precios por razones de interés general: ni el precio es algo accidental al contrato (20), ni el logro de los fines de interés general y social perseguidos por la ley sería posible si se admitiera la posibilidad en Derecho de un precio distinto al legal (21). Entre la jurisprudencia inmediatamente anterior y la que

un negocio jurídico... también será requisito indispensable que las normas prevean un efecto diverso de la nulidad en el caso de contravención de lo preceptuado en ellas... como aquí acontece, sobre el precio límite de las compraventas de viviendas de protección oficial».

(19) S. 27-XI-84: «En los supuestos de contratos normados o regulados en algunos de sus aspectos (aquí el elemento esencial precio) por la Administración en aras del interés social prevalente (art. 47 CE: derecho a una vivienda digna), no por eso se atribuye a aquella la competencia para conocer en los conflictos de orden civil sustantivo que el cumplimiento o incumplimiento de esos contratos aparejan o suscitan, sin perjuicio, naturalmente, de las sanciones reglamentarias pertinentes (multas o pérdidas de beneficios económicos y fiscales), quedando reservada a la jurisdicción civil el tema propiamente contractual sobre la validez o eficacia de la relación obligatoria, absoluta o relativa, mediante la aplicación delegada, por supuesto, de esas normas, que como tales vinculan al juez en su referencia a uno de los requisitos esenciales del contrato». Véase también lo dicho al respecto en el texto de las SS. de 5-XI-85 y 24-VI-91, transcritos en la anterior nota 17.

(20) S. 15-V-79: «... cuyo art. 127 sustrae a la libertad de contratación en los contratos de compraventa de pisos acogidos a la protección oficial nada menos que un asunto tan esencial como es el precio». S. 24-VI-91: «... la limitación imperativa del precio... que constriñe el libre juego de la voluntad de las partes en extremo tan importante en el contrato de compraventa cual es la determinación del precio...».

(21) Esta argumentación teleológica es puesta muy de relieve en la jurisprudencia: S. 27-IV-78: «... lo que la ley persigue en la fijación de ese precio no es tanto entorpecer la celebración de los contratos de compraventa respectivos, sino lograr que las viviendas afectadas entren en el tráfico al precio que la Administración calcula como justo...»; S. 12-VII-79: «... lo que se traduce... en la ilicitud de exigir cantidad que rebase la máxima legalmente señalada para el caso de venta, con cuya fijación persigue el legislador que las viviendas afectadas entren en el tráfico al precio que la Administración calcula como justo»; S. 27-XI-84: «... en los supuestos de contratos normados o regulados en algunos de sus aspectos (aquí el elemento esencial precio) por la Admi-

motiva este comentario, todo parece militar en favor de aquella: ni el posible efecto distinto a la nulidad total del acto contrario a ley impone la validez de éste, ni el carácter administrativo de la norma que concreta la limitación legal del precio justifica la reducción sólo al orden administrativo de la sanción del acto infractor (22).

3. El rechazo de la nulidad parcial

Los elementos de rechazo de la nulidad parcial se encuentran explícitos en la sentencia de 3 de septiembre de 1992. ¿Cuál es su argumentación? Una primera, más general y remota: la validez de lo pactado, en tanto que sostenido en el libre acuerdo de los contratantes y por limitarse a lo administrativo-sancionatorio los efectos de la ilegalidad del precio. Otra más cercana: literalmente, «... si bien es cierto que cabe declarar la nulidad de alguna cláusula o parte de ella, eso solamente se admite cuando la cláusula no es esencial, y el precio lo es».

La fundamentación, por lo que hace a este segundo argumento — del primero ya nos hemos ocupado — no puede resultar, en nuestra opinión, más insatisfactoria. Desde luego supone dejar en el olvido la esencial diferencia que separa a la nulidad parcial en función e interés de la libre voluntad de las partes, y la nulidad parcial coactiva o en evitación del fraude de ley. Es cierto que en la primera, la esencialidad del aspecto nulo impedirá la conjetura de voluntad contractual favorable a la persistencia del contrato sin dicha parte: su desaparición difícilmente podrá dejar incólume el equilibrio de los mutuos intereses. Muy distintas son las cosas cuando se trata de la nulidad parcial coactiva. Supone ésta —por lo que se refiere a la intervención en los precios— que no hay más equilibrio contractual admisible en Derecho que el obtenido a través del precio legal. A su vez, la intervención en su determi-

nistración en aras del interés social prevalente (art. 47 CE: derecho a una vivienda digna ... con lo que ello supone de dificultad mayor para el acceso a la vivienda»; S. 14-I-85: «Las nuevas necesidades sociales y económicas, así como la necesidad de tutelar determinados intereses precisados de especial protección, ha dado vida a nuevas figuras contractuales en las que, a la par que se limita el libre juego del principio de la autonomía de la voluntad, se determina en mayor o menor grado su contenido...»; S. 20-VI-85, «... y sin olvidar que todo ello tiene como finalidad primordial el que los económicamente débiles puedan adquirir su propia vivienda»; S. 22-IV-88: «... no cabe ignorar el carácter social imperante en esta esfera... es de destacar el carácter social de la legislación sobre Viviendas de Protección Oficial...».

(22) Entre las más recientes: S. 5-XI-85: «... lo que en realidad se pretende es mantener el precio pactado con el efecto único de la sanción administrativamente imponible al contraventor y excluyendo la nulidad parcial del exceso de precio, razonamiento, se repite, inatendible...»; S. 24-VI-91: «... y sin que ni se produzca... ni, como aquí se quiere, mantener incólume el precio excesivo pactado, con la secuela única de sanción de multa imponible por la Administración del ramo».

nación, justificada por razones de protección a los más débiles, implica la voluntad legal de facilitar a estos la obtención de los bienes intervinidos al precio legalmente fijado.

Limitación legal de los precios, y fin social de la misma, confluyen en la plasmación de la peculiar eficacia y virtualidad de la denominada ley imperativo-sustitutiva y en el expediente de la nulidad parcial coactiva. La ley, venía a decir gráficamente Royo Martínez (23), no se limita ya a borrar; borra para enmendar.

Es cierto que en nuestro Código Civil, a diferencia de lo que ocurre en el italiano, no se dedica previsión general expresa alguna a la nulidad parcial, ni, mucho menos, se distingue con igual carácter entre la fundamentada en la conjeturable voluntad de las partes y la coactivamente impuesta por la ley al servicio de fines sustraídos a la voluntad negocial (24). Pero tan cierto como ello es que, aparte otros casos, las propias normas limitadoras de los precios, al reaccionar contra su violación afirmando la validez del contrato, pero imponiendo al vendedor la devolución del exceso (25), han permitido a doctrina y jurisprudencia asentar sobre ellas el soporte legal de una peculiar forma de sanción perfectamente adaptada a la *ratio* y a la literalidad de la ley. La ilegalidad del precio, venía diciendo la jurisprudencia, tiene de suyo entidad suficiente como para considerar ineficaz de nulidad el contrato; pero como este extremo resultado, privando al comprador del bien cuya adquisición por precio asequible la ley quería asegurarle, termina por llevar a la frustración del fin de la

(23) ROYO MARTÍNEZ: *op. cit.*, pp. esp. 159-161.

(24) Código Civil Italiano, art. 149: «La nullita parziale di un contratto o la nullita di singole clausole importa la nullita dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che é colpita dalla nullita.

La nullita di singole clausole non importa al nullita del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norma imperative».

Art. 1339: «Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole diformi apposte dalle parti».

(25) Decía el art. 31 de la Orden del Ministerio de Comercio, de 24 de octubre de 1966: «No serán nulas las transacciones por el solo hecho de contener prescripciones que supongan la exigencia de un precio ilícito, pero en la resolución administrativa podrá reconocerse el derecho del perjudicado al reintegro de la diferencia entre el precio lícito y el realmente satisfecho, a no ser que hubiera inducido o cooperado en forma directa a la infracción sancionada». En materia de Viviendas de Protección Oficial, art. 36 del TR, Dec. 12 noviembre 1976: «Con independencia de las sanciones establecidas en el artículo anterior, las infracciones graves y muy graves podrán ser sancionadas, además, con las siguientes, siempre que sus efectos recaigan sobre el responsable de las mismas... d) Reintegro de las cantidades indebidamente percibidas de adquirentes, arrendatarios o beneficiarios de viviendas de protección oficial».

norma, su alcance habrá de limitarse a sólo parte del contrato: concretamente, a la determinación del precio (26). No solamente no hay nada que, lógicamente ni legalmente, se oponga a este resultado (27), sino

(26) S. 17-IV-78: «... no debe olvidarse que lo que la Ley persigue con la fijación de ese precio máximo no es entorpecer la celebración de los contratos de compraventa respectivos, sino lograr que las viviendas afectadas entren en el tráfico al precio que la Administración calcula como justo... ya que las disposiciones administrativas aludidas no prevén más que la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el vendedor». S. 12-VII-79: «... con cuya fijación persigue el legislador que las viviendas afectadas entren en el tráfico al precio que la Administración calcula como justo... reglas cuya conculcación provocaría la radical nulidad, por ilicitud de causa, de cualquier negocio simulado para burlar la prohibición legal — S. de 16 noviembre 1974— y la procedencia de reintegrar al adquirente las cantidades indebidamente percibidas, reduciendo el precio a los límites legales». S. 27-XI-84: «... y en concreto el art. 112 del Reglamento citado, además de seguir la reiterada doctrina proclamada en las Sentencias... que sancionaron con la nulidad parcial el contrato referido a Viviendas de Protección Oficial, es decir, en la restauración del precio tasado como integrante del contrato y la aneja devolución de lo indebidamente percibido en cumplimiento de lo previsto en el art. 1303 del C.c. ... no se puede negar... que no haya existido ánimo de lucro en el cedente con el percibo de un sobreprecio en relación al legal, con lo que ello supone de dificultad mayor para el acceso a la vivienda...». S. 14-I-85: «Las nuevas necesidades sociales y económicas, así como la necesidad de tutelar determinados intereses precisados de especial protección, ha dado vida a nuevas figuras contractuales que, a la par que limitan el libre juego de la autonomía de la voluntad, se determina en mayor o menor grado su contenido.... se está ante un supuesto de nulidad parcial, con la única consecuencia de sustituir el contenido de una cláusula nula, por contraria a ley, por el que viene predeterminado por la norma imperativa, y, en este caso, la sustitución del precio fijado en el contrato por el que corresponde por aplicación de la legislación especial relativa a las viviendas de Protección Oficial». S. 28-II-91: «... la contravención de la legislación especial... determina realmente la nulidad del pacto por el que se señaló el precio superior al fijado en la cédula de calificación definitiva; nulidad parcial que no lleva consigo la nulidad del contrato y obliga únicamente a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas...».)

(27) S. 20-V-85: «... de conformidad a la normativa establecida en el art. 1091 del Código sustantivo, que impone el acomodo del cumplimiento contractual a tenor del contrato, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad normados por los arts. 1255 y 1258 de dicho cuerpo legal, y, por ello, con sujeción a la ley, o sea, a la limitación del precio impuesta por mandato legal, de aquí que... la nulidad de la cláusula contractual en la que fueron infringidas normas legales limitativas del precio, no autoriza para decretar la total nulidad de la compraventa en la que se contiene... pues ello redundaría en beneficio del vendedor, sino la nulidad parcial de la obligación referida a la excesividad del precio, ya que esas disposiciones legales limitadoras llevan simplemente a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas». S. 22-IV-88: «... ya que la nulidad del pacto donde se contravienen normas de carácter imperativo e inexcusable observancia, no determina la de las demás estipulaciones válidas que en los contratos de compraventa se contienen, según ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala y pone de relieve su sentencia de 3 de diciembre de 1984 al sentar que hoy está admitida doctrinal y jurisprudencialmente la compatibilidad en un acto o contrato de pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio».

que es que no habría forma adecuada distinta de conjugar interés general y lucro privado, imperatividad legal y libertad individual, en un sistema de promoción pública de la vivienda y de incentivación y favorecimiento de su construcción (28).

Cuesta trabajo entender que, después de asentado este cuerpo de jurisprudencia, proclamado en el art. 1.º de la Constitución el modelo del Estado social y democrático de Derecho, y consagrado en el art. 47 de la misma el derecho a una vivienda digna y la necesidad de las normas que lo hagan efectivo, las sentencias que ahora comentamos puedan separarse del mismo invocando simplemente la libertad de mercado, alegando que nada se ha probado en el pleito sobre el perjuicio de las clases sociales débiles o necesitadas, y afirmando que «la verdadera defensa del interés social se consigue también procurando por vía judicial armonizar la realidad contractual con los contenidos documentales, haciendo cada vez menos apetecibles las simulaciones, las fiducias o los pactos secretos que una realidad social evidente permite afirmar que son frecuentes».

(28) Es una constante en la jurisprudencia anterior la correlación entre los beneficios de orden, o carácter u origen, público proporcionados al constructor y la limitación que se le impone en la fijación del precio: S. 12-VII-79: «... las rigurosas limitaciones en los precios... tiene su fundamento en la finalidad social que las inspira y en la contrapartida de los concretos beneficios otorgados a los constructores como incentivos de diversa índole a manera de medidas administrativas de fomento (exenciones y bonificaciones tributarias, anticipos sin interés y reintegrables a largo plazo, primas a la construcción, suministro de materiales intervenidos, facultad de expropiación, préstamos complementarios y subvenciones a fondo perdido, etc.)»; S. 26-XII-84: «... máxime cuando se trata de un precio normado, como acontece en la materia de viviendas de protección oficial (Sentencias de 18 de diciembre de 1972, y 2 y 28 de febrero de 1983) no cabe ignorar el carácter social imperante en esta esfera, donde a la limitación imperativa del precio se corresponden importantes beneficios a constructores y promotores, constringiendo con preceptos de carácter necesario el juego de la autonomía de la voluntad»; S. 20-VI-85: «... siendo de notar también al respecto, como igualmente ha sancionado la jurisprudencia de esta Sala, el carácter social de la legislación sobre viviendas de Protección Oficial, que concede a los que voluntariamente se acogen a ella importantes beneficios, beneficios que si bien en el período de su edificación favorecen directamente a los promotores de su construcción, una vez terminadas y enajenadas por éstos, llevan en sí aparejadas una serie de exenciones de carácter fiscal que, operando ya en favor de los adquirentes, hacen altamente compensatorias las limitaciones en el precio de su enajenación que la normativa legal impone». Repite estas afirmaciones la S. de 22-IV-88. A su vez, la de 28-II-91 se expresa en este punto del siguiente modo: «... esta limitación imperativa se corresponde con los importantes beneficios que la misma legislación concede a constructores, promotores y propietarios, hasta el punto de que por este sinalagma queda restringido el principio de la autonomía de la voluntad contractual...».

4. La negación del derecho del comprador a la sustitución del precio pactado por el legalmente establecido

La exclusión de la nulidad, total y parcial, de los contratos litigiosos en las sentencias comentadas —el contrato es válido en la totalidad de las estipulaciones que contiene, dijo la segunda de ellas— no puede llevar sino a la negación del derecho del comprador a obtener la sustitución del precio pactado por el legalmente determinado. Es lo que efectivamente va a producirse en ambos casos sobre la base de una triple vía argumentativa. Una, primera, de descalificación del comprador que contrata «a sabiendas de que colabora necesariamente en la violación de la norma» y, al apartarse de su manifestación de voluntad, altera el sentido y alcance del consentimiento de la contraparte (1.^a S., FD 3, 4 y 5); otra, segunda, de interpretación del régimen sancionador específicamente previsto en esta materia, del cual se dice que quedaría desnaturalizado si se le convierte en fuente de lucro para el comprador, siendo así que su finalidad quedaría satisfecha con sólo privar al vendedor de los beneficios obtenidos fiscalmente o por vía de subsidios (1.^{as} FD 3); y, finalmente, una tercera, de aplicación a estos casos del régimen general de los contratos, que impide a una parte romper el equilibrio de las prestaciones libremente convenidas entre ambas (2.^a S. FD 8), o, con invocación del art. 1256 C.c., dejar a su arbitrio la validez y el cumplimiento del contrato (1.^a S. FD 5; 2.^a S. FD 7 y 8). Ni en sí misma considerada cada línea argumental, ni el completo conjunto de la argumentación, nos resultan convincentes.

Quizá la de mayor apariencia persuasoria pudiera ser la primera. Da la impresión, por la insistencia y el énfasis puesto en su invocación, de que es la argumentación determinante del sentido del fallo en la primera sentencia. Nos remite al mundo de los hechos y, en función de ellos, acaso dé razón de su justicia concreta. Nuestro comentario se sitúa, obviamente, en un plano distinto: el de la proyección general de la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal Supremo. Y es desde él desde donde nos preguntamos: ¿descalifica al comprador pasar por la exigencia de un precio abusivo, por ilegal? La misma ley que sanciona el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas del comprador —entre otros objetos— de una Vivienda de Protección Oficial (art. 26, d) TR de 12-11-1976) parece responder, tácita pero inequívocamente, en sentido contrario. Se reintegra lo que se percibió, y se percibió lo que se convino como exigible. El haber tenido que pasar por el abuso en la exigencia no impide el derecho a ser reintegrado. Indicamos en los antecedentes o introducción a este comentario cómo en una determinada época, o durante unos años, la jurisprudencia paralizó la pretensión del comprador a precio ilegal en razón de la estimada concurrencia del mismo con el vendedor en la ilícita determinación del precio. Parecía que tal época había quedado ya definitivamente atrás. Con posterior-

ridad a ella se ha venido proclamando que ni pierde su derecho al precio legal, ni al invocarlo entra en contradicción con sus propios actos el comprador que se avino a un precio distinto, ya que al hacerlo así, no hizo en definitiva más que firmar unas condiciones impuestas por el vendedor (29). Desde luego, esta valoración de la conducta del comprador resulta mucho más conforme, no sólo con la filosofía de la legislación proteccionista y social, sino con la norma que impone en concreto la devolución del sobreprecio pactado. Tampoco parece muy convincente que se imponga estar a la voluntad manifestada del comprador, y al consentimiento resultante de su concurso con la del vendedor, allí donde la ley impone al contrato un contenido sustraído a la libre determinación de las partes.

Particularmente débil —creemos— es la argumentación basada en la desnaturalización del régimen sancionador cuando se le traduce —se dice— en lucro del comprador co-infractor. ¿Es lucro poder obtener la vivienda a su precio legal? ¿No lo es, y mucho más claro e ilegítimo, que el vendedor pueda exigir y retener el sobreprecio? La primera sentencia interpreta que la finalidad sancionadora de la ley queda cumplida si el vendedor pierde los beneficios de carácter público obtenidos para la construcción y sufre las multas legalmente previstas: hasta un máximo de 250.000 ptas. La segunda, en su exposición de los hechos nos proporciona los datos precisos para ilustrar el significado de una sanción sí concebida y limitada: el vendedor había adquirido la vivienda del Instituto Oficial de la Vivienda en 1978 al precio de 479.752 ptas., y la vende en 1985 a 4.900.000 (400.000 de comisión), cuando el máximo legal era de 999.419 ptas. ¿Quién se lucra, incluso escandalosamente, a costa del comprador y a costa del erario público, si, aplicada la sanción imponible al modo que se propone, se mantiene como válido el precio pactado, e irrepetible el exceso? ¿Qué peso, frente a este lucro, puede representar el que se dice experimentaría el comprador al obtener la vivienda al precio fijado como justo? La jurisprudencia en este punto venía siendo contundente: la validez del precio pactado, y su mantenimiento frente al legal, sólo se traduciría en lucro del vendedor y en perjuicio de quienes con dicha medida verían dificultado su acceso al derecho, hoy constitucionalmente consagrado, a la vivienda (30).

(29) S. 20-III-79: «... y ello con independencia de los actos ejecutados por los compradores que en definitiva no hacen más que firmar unas condiciones impuestas por el organismo vendedor, por lo que el segundo motivo, en que se denuncia la violación del principio de los actos propios, debe correr la misma suerte desestimatoria.» S. 20-V-85: «... y ello con independencia de los actos ejecutados por los compradores, que, en definitiva, no hacen más que someterse a unas condiciones impuestas por el organismo vendedor...».

(30) S. 27-XI-84: «... pues no se puede negar... que haya existido ánimo de lucro en el cedente con el percibo de un sobreprecio en relación al legal, con lo que ello supone de dificultad mayor para el acceso a la vivienda...». S. 20-VI-85: «... limitacio-

Tampoco es convincente, a nuestro juicio, la defensa del mantenimiento del precio contractualmente convenido sobre la base de que su sustitución por el legal supondría romper en beneficio del comprador el equilibrio de las prestaciones «libremente convenidas», y dejar a su arbitrio la validez y el cumplimiento del contrato. Con mayor coherencia respecto al conjunto del sistema legal y, más en concreto, respecto a la norma determinadora del precio, se había venido manteniendo que, allí donde no hay más posibilidad de precio lícito que el legal (31), tampoco es posible más equilibrio de las mutuas prestaciones que el representado por la obtención de bien intervenido a cambio del precio legalmente previsto e impuesto (32). Y es que hay que volver al principio: ¿Cómo va a ser posible que el mismo Derecho que impone el precio y que da cobertura jurídica a dicha imposición, vaya a poder admitir y refrendar sin entrar en contradicción consigo mismo una relación de equivalencia cifrada en precio distinto al legal? ¿Y cómo tildar de arbitrio de parte lo que es pura exigencia de ajuste a la ley?

A modo de conclusión

Hemos dicho ya, y reiteramos en este momento, que nuestra anterior crítica se limita a lo que de general y proyectable como jurisprudencia a otros casos se contiene en los Fundamentos de Derecho de las sentencias que hemos comentado. No entramos, por tanto, a juzgar en ellas la adecuación del sentido del fallo al caso en cada una de ellas resuelto: ni es ese nuestro cometido, ni vamos a dudar ahora del admirable sentido de lo equitativo y de lo justo-concreto que a lo largo de su

nes absolutamente justificadas por quien se acoge voluntariamente a disposiciones legales que le reportan unos beneficios, con la aceptación de la contraprestación que se le exige para disfrutar de los mismos... preceptiva que no sólo no vulnera principios que la Constitución consagra, sino que, antes por el contrario, es acorde con lo que establece el art. 47 de la misma...».

(31) S. 2-XI-79: «... preceptos los últimamente citados de la legislación especial... que determinan con carácter imperativo la ilicitud de exigir, por cualquier concepto, cantidad superior al precio de venta señalado en la cédula de calificación definitiva...».

(32) S. 12-VII-79: «... lo interpreta el Tribunal de instancia en el sentido de que, conforme a la regla hermenéutica de la mayor reciprocidad de intereses en los contratos onerosos, recogida en el art. 1289 del C.c., la contraprestación del optante no puede ser la cifra expresada en la demanda, sino la muy superior... exégesis que sin duda resulta improcedente... puesto que la disposición legal mencionada por los contratantes no podría ser otra que aquella reguladora de manera imperativa del precio de enajenación de tales viviendas... razones que por su mismo peso conducen a estimar también el motivo tercero, basado en infracción por aplicación indebida del art. 1289 del propio Código, precepto a todas luces inoperante cuando se trata de hallar el precio de la enajenación en virtud de disposiciones de derecho necesario».

trayectoria tiene sobradamente acreditado y reconocido nuestro Tribunal Supremo. Hecha esta salvedad y teniendo en cuenta, por otra parte, la parquedad con que, en ocasiones, los hechos se recogen en las sentencias, la utilización que de estas se hace generalmente a partir de su inclusión en los repertorios al uso, e, incluso, la generalidad que en las mismas se da a sus formulaciones fundamentadoras, hemos de añadir que las dos sentencias aquí comentadas han provocado en nosotros la preocupación a cuyo dictado se han escrito estas páginas. La novísima jurisprudencia que en ellas parece instaurarse constituiría, sin duda, una excelente noticia para quienes intentan lucrarse a costa del erario público y del ahorro privado traficando con Viviendas de Protección Oficial; tan buena para ellos como desalentadora y mala para quienes tuvieran una cierta esperanza de acceder a la vivienda en las condiciones de moderación y justicia que pretendió la Administración del Estado con sus medidas de intervención y fomento en este sector. Concedamos que en él se estén produciendo los abusos que tanto parece han pesado en el ánimo del juzgador, particularmente en el caso de la primera sentencia. Concedamos que en ellos pueda, a veces, corresponder la iniciativa al comprador. Lo que en todo caso será necesario es determinar cuál puede ser el fraude a la legislación social que nos ocupa y dónde puede y debe situarse el abuso de los derechos que en ella se conceden. Estamos con la jurisprudencia anterior en que el sólo pasar por la imposición —ésta sí abusiva— de un precio ilegal no descalifica al comprador que posteriormente reclama su ajuste al límite legal. Otra cosa sería si el comprador no reúne los condicionantes subjetivos para ser beneficiario de una Vivienda de Protección Oficial (art. 4, 3 TR 1976): aquí, ciertamente, habría un abuso, como tal reprimible. Pero el adecuado medio de su represión y tratamiento no podría quedar en negarle el derecho a obtenerla a su precio legal y dar por válido su contrato adquisitivo: aquí habría de declararse la nulidad total del contrato. Sólo así, sin razón de aplicabilidad de la nulidad parcial, aplicada la sanción general del acto *contra legem*, se evitaría la adquisición abusiva de la vivienda subvencionada por quien puede conseguir otra a precio de mercado; el abusivo lucro del vendedor, y la frustración de la finalidad de la ley: la asequibilidad de la vivienda de Protección Oficial a las economías más modestas.

Sobre la no aplicación efectiva de un principio general de responsabilidad contractual por los auxiliares de cumplimiento del deudor

(A propósito de la sentencia TS 22 febrero 1991 (1))

SUMARIO: I.—Antecedentes fácticos. II.—Fundamentos de derecho. III.—Comentario.

I. ANTECEDENTES FÁCTICOS

Se hallan suficientemente descritos en los FD primero y segundo de la sentencia comentada.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el proceso del que este recurso dimana, promovido por Doña Pilar Herráez García de Montesinos contra la entidad mercantil «Cirden, S.A.», propietaria de la Clínica Janos, sita en la calle Clara del Rey, 33, de Madrid, y contra el médico de dicha Clínica, don Antonio Muro Aceña, sobre responsabilidad por culpa o negligencia, recayó, en grado de apelación, sentencia de la Sala Tercera de lo Civil de la (entonces) Audiencia Territorial de Madrid, por la que, revocando totalmente la de primer grado, estima la demanda formulada y condena

(1) R.A. 1587; *Colección Oficial* núm. 133; extractada en *ADC*, 1992, p. 1324 y ss. (núm. 25), con nota de GARCÍA CANTERO. Actuó como ponente de esta sentencia el Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

En el presente comentario jurisprudencial se abordan muy sucintamente un conjunto de cuestiones (y se silencian muchas otras) que son objeto de desarrollo pormenorizado en un libro sobre la responsabilidad del deudor por sus auxiliares de cumplimiento, que se halla actualmente en fase de publicación, y que constituye mi aportación al Proyecto de Investigación PS91-0105, financiado por la DGICYT.

«al demandado don Antonio Muro Aceña y subsidiariamente a la sociedad demandada “Cirden, S.A.”, a que abonen a la demandante los daños y perjuicios causados como consecuencia del tratamiento de endodoncia aplicado a la misma y cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta el tiempo de curación y sanidad de la boca, así como los efectos económicos de una posible incapacidad temporal, posibles defectos físicos y el importe de la prótesis necesaria para la demandante». Contra la referida sentencia de la Audiencia, los demandados entidad mercantil «Cirden, S.A.», y don Antonio Muro Aceña interponen sendos recursos de casación (uno cada uno), integrados por siete motivos el de la entidad mercantil y por dos el del Sr. Muro Aceña, pero de estos dos motivos el primero de ellos ha sido inadmitido por esta Sala en el momento procesal oportuno.

Segundo: Antes de entrar en el examen de los dos expresados recursos deben consignarse los hechos que la sentencia recurrida declara probados, los cuales, al no ser combatidos por ninguno de los motivos integradores de los referidos recursos, han de ser mantenidos aquí invariables, y que son los siguientes: 1.º La demandante doña Pilar Herráez García de Montesinos sufrió la rotura de una prótesis dental (puente) en la mandíbula superior en la que conservaba un canino. 2.º Por dicha causa, acudió a la Clínica Janos, propiedad de la demandada entidad mercantil «Cirden, S.A.», en la que, previo señalamiento de fecha para la consulta, el día 2 de junio de 1986 le atendió el médico don Antonio Muro Aceña, quien comenzó a practicarle un tratamiento de endodoncia. 3.º En la realización de las operaciones propias de dicho tratamiento, se rompió la lima que para ello utilizaba el facultativo, quedando dentro de la zona afectada un trozo de dicha lima (de uno o dos milímetros de longitud), que el facultativo trató de sacar sin conseguirlo, ante lo que prescribió a la paciente un tratamiento de antibióticos y antiinflamatorios, sin que en visitas posteriores se le practicara otro tratamiento. 4.º Ante las molestias que tenía, la demandante acudió a otra consulta facultativa, en donde le fue extraído el canino, que en su tercio apical tenía incrustado el referido trozo de lima.

Tercero: Como de los dos recursos interpuestos, el motivo segundo y único (el primero, como ya se ha dicho, fue inadmitido por esta Sala) del recurso del médico Sr. Muro Aceña y el motivo cuarto del recurso de la entidad mercantil «Cirden, S.A.», tienen el mismo designio impugnatorio, pues los dos, por el cauce del ordinal quinto del art. 1.692 de la L.E.C. y denunciando infracción de los arts. 1.101 y 1.104 del C.c., por aplicación indebida de los mismos, sostienen que no ha habido conducta culposa o negligente por parte del doctor Muro Aceña, ambos motivos habrán de ser aquí examinados conjuntamente. Partiendo del hecho incuestionable, que nadie discute, de que durante la realización de las operaciones propias de la endodoncia, se le rompió al facultativo la lima que para ello utilizaba, quedando un trozo de la misma en el interior de la zona tratada (tercio apical del canino), los recurrentes sos-

tienen que no se ha concretado la causa de dicha rotura (motivo cuarto del recurso de «Cirden, S.A.»), o que tal causa fue un movimiento brusco de la propia paciente, a pesar de estar anestesiada (motivo único del recurso del Sr. Muro Aceña), por lo que pretenden concluir que no está acreditada la culpa o negligencia del referido facultativo. Frente a tales alegaciones, la sentencia aquí recurrida considera probado que dicha rotura no pudo tener otra causa que la utilización de una lima deteriorada o en mal estado de conservación, por un uso reiterado de la misma («fatiga de los materiales») o un defectuoso manejo o incorrecta utilización de ella por parte del facultativo (únicas hipótesis causales que señala el texto médico consultado por la Sala *a quo* y que el propio demandado Sr. Muro Aceña aportó con su escrito de contestación a la demanda) o, por último, una insuficiente anestesia de la paciente, que no le impidió experimentar dolor durante el tratamiento, si se admite la afirmación del facultativo demandado, aquí recurrente, en el sentido de que la rotura de la lima fue producida por un golpe que la paciente le dio en el brazo. Cualquiera de las tres apuntadas hipótesis, únicas causas posibles de la rotura de la lima, son reveladoras de una conducta negligente por parte del facultativo, tanto si la lima estaba deteriorada o «fatigada» por el reiterado uso de la misma, como si de ella hizo una utilización incorrecta, pues dentro de sus elementales deberes profesionales se encuentra el cerciorarse previamente del buen estado de conservación del instrumento que utiliza y el hacer un uso adecuado y correcto del mismo, con buena técnica, según las reglas de la *lex artis*, y lo mismo ha de decirse para el supuesto de que la causa de la rotura hubiera sido un golpe que la paciente, al sentir fuerte dolor, dio en el brazo del facultativo, pues dentro de la previsibilidad exigible a un diligente profesional odontólogo se encuentra el evitar dicho riesgo, mediante la anestesia adecuada y suficiente, que en el presente supuesto no se utilizaría, si la paciente tuvo la reacción que aduce el facultativo recurrente, de donde se desprende que la calificación de culposa o negligente que hizo la sentencia recurrida para cualquiera de las tres hipótesis contempladas, como únicas causas posibles de la rotura de la lima, es plenamente ajustada a Derecho, con correcta aplicación de los arts. 1.101 y 1.104 del C.c., por lo que procede la desestimación de los motivos aquí examinados (único del recurso del Sr. Muro Aceña y cuarto del recurso de la entidad mercantil «Cirden, S.A.»).

Cuarto: Mediante el motivo primero de su recurso, por el cauce procesal del ordinal quinto del art. 1.692 de la L.E.C., la recurrente entidad mercantil «Cirden, S.A.», denuncia infracción del art. 1.214 del C.c., para lo que sostiene que la sentencia recurrida considera probado que la rotura de la lima fue debida al mal estado de la misma o a su defectuosa utilización, cuando ello, dice la recurrente, no se ha probado y la carga de su prueba incumbía a la parte demandante, al excluirse toda clase de presunción de culpa en la conducta de los profesionales sanitarios. El motivo ha de fenecer, porque la sentencia recurrida no ha realizado inversión alguna de la carga de la prueba, sino que partiendo del

hecho incuestionable de la rotura de la lima durante la realización del tratamiento de endodoncia y teniendo en cuenta que, según la literatura científica aportada a los autos por el propio demandado Sr. Muro Aceña, las dos únicas causas posibles de rotura son el mal estado de conservación de la lima, por un uso reiterado de la misma («fatiga del material») o una defectuosa utilización de ella, llega a la conclusión de que, en cualquiera de esos dos supuestos, así como si la rotura se produjo por un previsible, y no adecuadamente previsto, movimiento brusco o golpe de la propia paciente, existe una conducta culposa o negligente del facultativo que utilizaba la referida lima, según ya se ha razonado en el fundamento anterior, a lo que ha de añadirse, en sede de doctrina general, que, según tiene reiteradamente declarado esta Sala (Sentencias de 5 de mayo, 24 de julio y 4 de octubre de 1986, 18 de marzo de 1988, 8 de noviembre de 1989, 19 de abril de 1990, por citar algunas), el art. 1.214 del C.c., no contiene norma alguna sobre valoración de prueba, sino simplemente regula la distribución de la carga de la misma entre las partes, por lo que su infracción sólo puede ser invocada cuando, ante la ausencia de prueba sobre un hecho concreto, la Sala *a quo* no haya tenido en cuenta dicha regla distributiva del *onus probandi*, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esa falta de prueba, pero nunca cuando la Sala de instancia considere probado el hecho en cuestión, como ha ocurrido en este supuesto litigioso, en que, partiendo del hecho incuestionable de la rotura de la lima durante la realización del tratamiento de endodoncia, y teniendo en cuenta las únicas causas posibles de la misma, alcanza la conclusión ya dicha de la conducta culposa o negligente del facultativo que la utilizaba, cuestión ésta que es estrictamente jurídica y no fáctica.

Quinto: Objeto de examen conjunto han de ser los motivos segundo, tercero y sexto del recurso de la entidad mercantil «Cirden, S.A.», formulados por el cauce procesal del ordinal quinto del art. 1.692 de la L.E.C. y también al amparo del núm. 4 del art. 5.º de la L.O.P.J. y por los que se denuncia infracción del art. 24, núm. 2, párrafo 1.º, de la C.E. (en el motivo segundo), infracción del art. 14 de la misma Constitución (en el tercero) y nuevamente infracción del art. 24, núm. 2, párrafo primero, de la citada Constitución (en el sexto), para lo cual la recurrente, en esencia, viene a sostener, como alegato sustentador de los referidos motivos, que la sentencia recurrida le ha producido indefensión, al haber resuelto sobre unos hechos (mal estado de la lima, defectuosa utilización de la misma por el facultativo o insuficiente anestesia de la paciente) que, según dice, no se han planteado por la actora como objeto de debate en el litigio. Los tres expresados motivos han de ser desestimados, ya que alegada por la actora, como soporte fáctico de la acción ejercitada, la rotura de la lima durante la realización del tratamiento de endodoncia a que estaba siendo sometida, con incrustación de un trozo de la misma en el tercio apical del canino, hecho básico que nadie ha cuestionado en el proceso, la Sala de instancia ha estudiado las tres posibles causas de dicha rotura (mal estado de

conservación de la lima, defectuosa utilización de la misma por el facultativo o insuficiente anestesia de la paciente, que no le eliminó el dolor y la subsiguiente y previsible reacción ante el mismo), de las cuales las dos primeras aparecen señaladas en la literatura científica aportada por el demandado al proceso y la tercera (movimiento brusco o golpe de la actora) fue aducida, no sólo por dicho demandado, sino también por la codemandada entidad mercantil, aquí recurrente, en sus respectivos escritos de contestación a la demanda, y del estudio de las mismas, como era su deber, para poder resolver la cuestión litigiosa planteada, la referida Sala de instancia llega a la conclusión de que cualquiera, de las tres alegadas, que hubiera sido la causa de la rotura de la lima, la conducta del facultativo que la usaba ha de ser calificada de culposa o negligente (cuestión, como ya se ha dicho, estrictamente jurídica, no fáctica), por lo que, evidentemente, no se ha producido la indefensión aquí denunciada, ya que, se repite, las tres aludidas posibles causas de la rotura habían sido alegadas en el proceso en la forma ya dicha y si la recurrente entendía que la causa había sido otra distinta debió alegarla y probarla, cosa que no hizo. El mismo tratamiento desestimatorio ha de corresponder al motivo séptimo, articulado por el mismo cauce procesal que los tres que acaban de ser examinados, y por el que la recurrente denuncia ahora infracción de la presunción de inocencia del médico demandado, que proclama para todo ciudadano el art. 24, núm. 2, párrafo primero, de la C.E., desestimación de este motivo que viene impuesta por la consideración de que el expresado derecho constitucional, que implica que el acusado (en cualquier ámbito jurídico en que lo sea) no está obligado a probar su inocencia, deja de desplegar su presuntiva cobertura protectora desde el momento en que aparece probada en autos la culpabilidad del acusado en cuestión, que es lo ocurrido en el presente supuesto litigioso, en que la sentencia recurrida, tras una valoración de la prueba practicada en el proceso, y partiendo del hecho incuestionable, tantas veces repetido, de la rotura de la lima durante la realización del tratamiento de endodoncia y la incrustación de un trozo de la misma en el tercio apical del canino de la paciente, considera probada la conducta culposa o negligente del facultativo que la utilizaba, cualquiera que hubiera sido, de las tres alegadas, la causa de la expresada rotura.

Sexto: Por el cauce procesal del núm. 5 del art. 1.692 de la L.E.C., aparece formulado el motivo quinto (último que queda por examinar), por el que, denunciando infracción del párrafo tercero del art. 1.903 del C.c., la recurrente viene a sostener, en esencia, que si la sentencia recurrida ha declarado la responsabilidad contractual del médico don Antonio Muro Aceña, a ella (la recurrente) no se le puede declarar responsable por el núm. 3.º del art. 1.903 del C.c., en cuanto propietaria de la Clínica Janos en donde dicho médico presta sus servicios, pues, el referido precepto, dice, sólo es aplicable a los supuestos de responsabilidad extracontractual, no de la contractual. El motivo también ha de fenecer por las siguientes razones: 1.^a Porque en el supuesto de

responsabilidad médica por asistencia prestada al enfermo concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual (Sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 1990). 2.^a Porque la responsabilidad derivada del art. 1903 del C.c. es una responsabilidad directa, no subsidiaria, que puede ser directamente exigida al empresario por su propia culpa *in vigilando o in eligendo* y con independencia de la clase de responsabilidad en que haya incurrido el autor material del hecho (Sentencias de esta Sala de 22 de junio de 1988, 17 de junio de 1989, 30 de enero de 1990, por citar algunas de las más recientes). 3.^a Porque en el presente supuesto litigioso, la demandante no recabó directamente los servicios de un médico concreto y determinado, sino que acudió a la Clínica Janos, que fue la que, después de señalarle día y hora para la consulta, designó al médico que había de atenderla, de entre los que en la misma prestan sus servicios, por lo que la responsabilidad de la entidad mercantil «Cirden, S.A.», en cuanto responsable de la meritada Clínica, también participa de la responsabilidad por culpa contractual declarada respecto del médico a su servicio.

Séptimo: El decaimiento de todos los motivos integradores de los dos recursos interpuestos ha de llevar aparejada la desestimación de los mismos, con expresa imposición a las partes recurrentes de las costas causadas con sus respectivos recursos y sin que haya lugar a acordar la pérdida de depósitos, al no haber sido constituidos los mismos por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

III. COMENTARIO

1. Me propongo aprovechar la ocasión que me brinda el supuesto concreto y la doctrina de la sentencia comentada, para denunciar, y así contribuir a superar, una situación más general que, a mi juicio, lastra negativamente la labor aplicativa de nuestra jurisprudencia civil. Situación que me atrevo a calificar de sustancial desconocimiento de la responsabilidad contractual indirecta como principio general —esto es, operante más allá de las normas singulares que la establecen para casos concretos—, y que se traduce, como en una suerte de obligada compensación, en la hipertrofia aplicativa de la norma general de responsabilidad extracontractual indirecta del art. 1.903-IV C.c., única norma en la que el TS parece encontrar fundamento para asentar, con carácter general, una responsabilidad civil por otro en el terreno contractual.

Ocurre, sin embargo, que para atraer la aplicación, al terreno contractual, de la norma del art. 1.903-IV, el TS se ve obligado a hacer no pocas veces verdaderos equilibrios o filigranas doctrinales (este sería el caso de la sentencia comentada), y otras tantas veces (veremos, después, un ejemplo práctico de ello) no puede sustraerse a una aplica-

ción (aunque bienintencionada) forzada, en contra de sus mismos presupuestos, de dicha norma general de responsabilidad extracontractual indirecta.

Finalmente, claro, no debe desconocerse que la aplicación del art. 1.903-IV C.c. en el terreno contractual, por mucho que se estire (lo que, obviamente, no sería necesario de aplicar un principio general autónomo de responsabilidad contractual indirecta), no puede franquear el límite de la relación de subordinación o dependencia (jerárquica o funcional) que es su presupuesto. Es, por tanto, norma inidónea para hacer responder al deudor por terceras personas que sean auxiliares o colaboradores en la realización del cumplimiento debido por aquél, pero que *no* sean sus empleados o dependientes (los auxiliares autónomos o independientes, que los franceses designan con la terminología —a mi juicio, equívoca— de *substituts*).

Todo lo cual aconseja, y, más aún, impone, abandonar el insuficiente, no siempre posible, recurso al art. 1.903-IV, y hacer, de una vez, aplicación efectiva de un principio general y autónomo de responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares de cumplimiento, sean o no dependientes de él.

2. El único aspecto al que se contraerá el comentario sucesivo, es el que acabo de indicar. Sin embargo, antes de entrar en él, quiero hacer, también, alguna referencia, siquiera sea marginal, a otro aspecto de la doctrina de la sentencia comentada, que es, por lo demás, presupuesto de aquel otro que centrará mi atención.

Me refiero, ahora, a la forma en que se considera establecida/probada la culpa-negligencia del médico odontólogo interviniente (codeemandado, junto con la sociedad propietaria de la clínica en que prestaba sus servicios) y causante directo del daño a la paciente-demandante.

A este respecto, el TS considera hasta tres posibles causas del daño producido a la paciente y demandante, resultado de la rotura de una lima en el curso de un tratamiento de endodoncia, con posterior incrustación de un trozo de la lima (de entre uno y dos milímetros) en el tercio apical de un canino de dicha cliente-demandante.

Las tales tres posibles causas consideradas son: 1) utilización de una lima deteriorada o en mal estado de conservación, por un uso reiterado de la misma («fatiga de los materiales»); 2) defectuoso manejo o incorrecta utilización de la lima por parte del facultativo interviniente; y 3) movimiento brusco, a causa del dolor, de la paciente, en el curso de la intervención odontológica, que hace que el médico interviniente reciba un golpe en el brazo durante dicho transcurso.

Las dos primeras causas son las únicas descritas en la literatura científica (aportada al proceso por el médico interviniente codeemandado) como productoras de la rotura de la lima en ese tipo de operaciones; la tercera es específicamente alegada por ambos codeemandados y recurrentes.

El TS (vid., espec., FD tercero; pero también, cuarto y quinto), partiendo, adecuadamente (*ex art. 1.104-I C.c.*), del carácter técnico-profesional de la diligencia exigible del facultativo causante de los daños, llega a las siguientes conclusiones:

- 1) Si la causa de la rotura de la lima, fue la primera de las posibles indicadas, existió culpa-negligencia del médico interviniente, pues a éste incumbía, en todo caso, el deber de utilización del instrumental adecuado y del examen o control, previos a dicha utilización, dirigidos a verificar el buen estado de dicho instrumental. (En los límites, claro, hay que precisar, en que puede hacerlo un profesional-especialista de la odontología).
- 2) Si la causa de la rotura de la lima fue la segunda de las posibles indicadas, también existió culpa-negligencia del médico-codemandado, pues es evidente que estaba obligado a un manejo profesionalmente correcto, conforme a las técnicas odontológicas, del instrumental empleado para el tratamiento específico (endodoncia) de su paciente.
- 3) Si la causa de la rotura de la lima fue la tercera de las posibles indicadas, existió, igualmente, culpa-negligencia del facultativo interviniente, pues el alegado movimiento brusco, a causa del dolor, de la paciente, en el curso del tratamiento, sólo habría sido posible por una insuficiente anestesia de la misma, y al deber profesional del médico competía prevenir esta eventualidad, practicando la anestesia profesionalmente adecuada y suficiente para evitarla.

En resumen, el TS, tras este análisis de posibles causas, llega a la conclusión (a mi modo de ver, totalmente correcta), de que existió culpa-negligencia del médico directamente productor de los daños, desestimando los recursos de casación de ambos codemandados, que denunciaban supuesta infracción de los arts. 1.101 y 1.104 C.c.

A partir de aquí llegamos al problema que motiva mi atención y mi comentario: el de cómo llegar, sentada la (clara, cierta) culpa-negligencia del facultativo de autos, a la responsabilidad civil por él (por otro, indirecta) de la sociedad codemandada y propietaria de la clínica en que el primero prestaba sus servicios.

3. El aspecto recién aludido se aborda en el FD sexto de la sentencia comentada, con cuya doctrina se pretende dar respuesta al quinto motivo de casación —por infracción del art. 1.903 -IV C.c. [la referencia literal al «párrafo tercero» de dicha norma (que concierne a tutores y guardadores legales), la interpreto, obviamente, como error material de transcripción)]— esgrimido por la sociedad codemandada y correcurrente.

Como se desprende de la transcripción literal de dicho FD sexto, con el indicado motivo del recurso pretendía hacerse valer, en sustancia, una indebida aplicación del art. 1.903-IV C.c., pues, estando dicha norma dictada para la responsabilidad civil *extracontractual*, no sería aplicable, en

cambio, para afirmar la responsabilidad, por el médico interviniente que trabajaba en ella, de la sociedad codemandada propietaria de la clínica, frente a su cliente y *contraparte en el contrato* de servicios médicos, responsabilidad ésta que sólo podría tener naturaleza *contractual*.

No puede negarse que el recurso tiene, en este punto, una cierta dosis de lógica, como lo demuestra, entre otras cosas, que el TS haya tenido que hacer verdaderos equilibrios para desecharlo.

Con todo, el TS —como para los demás motivos esgrimidos por uno y otro recurrente— desestima tal motivo, oponiendo, para ello, tres razones, que analizaré a continuación separadamente.

3.1. La primera de ellas reza textualmente así:

«Porque en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada al enfermo, concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual —sentencia de esta Sala 7 de febrero de 1990 [R.A. 668]—».

Por lo demás, la doctrina de esta última sentencia, a la que remite la comentada, es, en lo que aquí interesa, la siguiente (FD quinto):

«Por otra parte, es igualmente de reconocer que en el supuesto de pretendida responsabilidad del médico concurren, conjuntamente, los aspectos contractual y extracontractual, ya que el médico, además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato, ha de observar la obligación genérica de no dañar a otro (*alterum non laedere*), dando origen a que la jurisprudencia española, admitiendo dicho concurso, se muestre, por modo general, inclinada a conferir al perjudicado la elección entre aplicar las normas contractuales y las extracontractuales, con posibilidad de acogimiento, según las características y circunstancias de la relación jurídica a que afecte, de las ventajas que ambas normativas ofrecen».

El argumento del TS en la sentencia comentada es, pues, claro: ningún obstáculo para la aplicación de una norma propia de la responsabilidad civil extracontractual (art. 1.903-IV C.c.), dentro del terreno contractual, en la medida en que el mismo hecho dañoso que supone incumplimiento de una obligación contractual (derivada del contrato médico), entrañe, simultáneamente, la comisión de un ilícito civil aquiliano, al que, como tal, le son, también, aplicables sus propias normas.

En mi opinión, dicho argumento del TS sirve, en efecto, para superar la objeción planteada en el recurso, pero su adecuada aplicación al caso de la sentencia comentada, exige un mayor desarrollo, en los términos que siguen.

- a) El concurso de responsabilidades, contractual y extracontractual, puede darse, en primer lugar, a favor de la víctima del daño y en contra de *un mismo (único) sujeto responsable*. Esto

sucede, claro, cuando en el hecho dañoso del causante del daño, concurren simultáneamente las características del incumplimiento contractual y del ilícito aquiliano (2). En particular, dentro de la responsabilidad civil del médico, tal cosa sucederá, cuando es el mismo facultativo, que, como contraparte contractual de su paciente, resulta su deudor de un tratamiento médico profesionalmente correcto, el que le causa algún daño, producto de una cura negligente, desatenta o incorrecta. Obsérvese que, entonces, las dos acciones de responsabilidad (contractual y extracontractual), que concurren en favor de la víctima del daño contra el único sujeto responsable, son (lógicamente), ambas, resultado de su responsabilidad *personal*.

Este primero (parece que) era el caso de la sentencia 7 febrero 1990 —citada por la comentada—, pero no lo es de la que comentamos.

- b) En segundo lugar, el concurso de responsabilidades (contractual y extracontractual) puede darse en favor de la víctima del daño contra *dos sujetos responsables diversos*. De hecho esta es la hipótesis que se dará normalmente siempre que el deudor incumplidor haya utilizado terceros auxiliares para la ejecución de su obligación (3). Entonces —repito que en principio—, el acreedor perjudicado tendrá, sobre la base del mismo hecho dañoso del tercero auxiliar, *además* de la *acción de responsabilidad contractual* contra su *deudor incumplidor* (al que se imputa objetivamente la conducta de los terceros por él introducidos en el cumplimiento de su obligación, sobre cuya conducta, así jurídicamente imputada, se determina el *incumplimiento de la obligación del deudor/principal*, como si él hu-

(2) Sobre el concurso de responsabilidades, contractual y extracontractual, vid., p. ej. GARCÍA VALDECASAS (G.), «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», en *RDP*, 1962, pp. 831 y ss.; DíEZ-PICAZO, «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictiva en el Derecho español», en *Ponencias españolas del VI Congreso Internacional de Derecho comparado*, Barcelona, 1962, pp. 59 y ss.; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 32 y nota 22; PANTALEÓN, en *Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, sub art. 1.902, infra III). Últimamente, CAVANILLAS/TAPIA, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992.

(3) Sobre el concurso de responsabilidades, contractual y extracontractual, a propósito, específicamente, de la responsabilidad contractual indirecta, vid., p. ej., JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 563 y nota 264, y nota 279, p. 571; MAZEAUD/TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo I, vol. 2.º, Buenos Aires 1962 (trad. de la 5.ª ed. francesa por Alcalá-Zamora y Castillo), p. 719; TORRALBA, «La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones», en *ADC*, 1971, pp. 1143 y ss., y allí, pp. 1162-1163; BADOSA, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia-Zaragoza, 1987, p. 798; CARRASCO, en *Comentarios Albaladejo al Código civil*, XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, sub. art. 1.101, p. 444. Últimamente CAVANILLAS, en *Cavanillas/Tapia cit.*, pp. 152-153.

biese actuado personalmente en el lugar y como su auxiliar de cumplimiento); también acción de *responsabilidad extracontractual* contra el tercero auxiliar, para hacer efectiva la responsabilidad personal de éste, en la medida, claro, en que concurren respecto de él los presupuestos ordinarios del ilícito civil aquiliano *ex art. 1.902 C.c.* (4). Hay, pues, sobre la base de un mismo hecho dañoso, un concurso de acciones de responsabilidad civil contra distintos sujetos responsables, con distintos fundamentos, y que operan, cada una de ellas, con arreglo a sus propios presupuestos. La responsabilidad contractual, así, se exige por el acreedor dañado sólo de quien puede (de su deudor, del obligado frente a ese acreedor dañado), pero ello no impide poder exigir su responsabilidad personal del tercero utilizado por el deudor para cumplir, que, precisamente por ser tercero, sólo puede responder extracontractualmente frente a quien nada debe (el acreedor de su principal).

Aquí, por tanto, a diferencia del supuesto anterior [*sub a*)], las dos acciones de responsabilidad concurrentes, de distinta naturaleza, se ejercitan, cada una de ellas, contra un sujeto responsable también distinto. Esas acciones concurrentes de responsabilidad de distinta naturaleza, la tienen, también, desde otro punto de vista: mientras que la responsabilidad *contractual* del deudor/principal es *indirecta* (por otro, por sus auxiliares de cumplimiento), la responsabilidad *extracontractual* del tercero auxiliar frente al acreedor de su principal, es, como queda dicho, estrictamente *personal*.

Aún puede rizarse más el rizo del concurso de responsabilidades, a propósito de la responsabilidad civil indirecta: cuando el causante directo del daño y responsable personal del mismo (*ex art. 1.902 C.c.*), es un *dependiente* o *empleado*, entonces esa responsabilidad personal desencadena, también, la responsabilidad extracontractual indirecta de su principal, si se dan los demás presupuestos del art. 1.903-IV C.c.; y si este principal, resulta ser, además, deudor de la víctima del daño, y éste es producto de la infracción de la correspondiente obligación, para cuyo cumplimiento el deudor/principal se ha servido, como auxiliar, del dependiente causante directo del daño, entonces resultará que, en orden a exigir la *responsabilidad civil indirecta* del deudor/principal (o sea, en contra de un *mismo responsable indirecto*), la víctima del daño

(4) Sobre la responsabilidad personal del tercero-auxiliar, frente al acreedor de su principal, vid., p. ej., JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 563 y nota 264, y nota 279, p. 571; VON TUHR, *Tratado de las obligaciones*, II, Madrid, 1934 (trad. de W. Roces), pp. 106-107; FERRARA, «Responsabilità contrattuale per fatto altrui», en *Arch. giur.*, LXX (1903), pp. 401 y ss., y allí, p. 426; MAZEAUD/TUNC, *op. cit.*, p. 719; HEINRICH/PALANDT, *BGB*, München, 1989 (48.^a ed.), § 278, *infra* 7); HANAU, *Münchener Kommentar zum BGB*, München, 1985 (2.^a ed.), § 278, Rd. Nr. 3.

tendrá, concurrentemente, una acción de responsabilidad *contractual indirecta* (para hacer responder a su deudor por el auxiliar-dependiente de éste) y una acción de *responsabilidad extracontractual indirecta* (para hacer responder al principal por el daño ilícito causado por su dependiente en el ejercicio de sus funciones o cometidos) —todo ello, claro, además de la acción de *responsabilidad extracontractual personal* y ex art. 1.902 C.c., contra el propio auxiliar-dependiente—.

Ahora sí, después de lo explicado, estamos en condiciones de entender la correcta aplicación del argumento del concurso de responsabilidades al caso de la sentencia comentada.

En el supuesto de autos existía un contrato de servicios médicos concertado entre la sociedad propietaria de la clínica —a través de alguno de sus órganos de representación— y la cliente víctima del daño. Contrato en cuya virtud, naturalmente, la sociedad codemandada y recurrente resultaba ser *deudora*, de un tratamiento odontológico profesionalmente correcto, frente a su cliente (acreedora de dicha prestación debida).

La sociedad deudora (como es inevitable que suceda, respecto de las obligaciones asumidas por personas jurídicas) utiliza para cumplir su obligación a otra persona: en concreto, a uno de los médicos que prestan sus servicios en la clínica odontológica de la que dicha sociedad es titular. Este facultativo es un *tercero*, ajeno al contrato concertado por la sociedad deudora y la paciente, y, por tanto, *no* es deudor de esta última. La paciente dañada por la conducta negligente o desatenta de dicho médico interviniente no tiene, pues, otra vía para exigirle su *responsabilidad personal* que la acción del art. 1.902 C.c.

Ahora bien, dicho médico-tercero, causante directo del daño a la paciente, es, por un lado, *empleado/dependiente* de la sociedad deudora, y, por otro, *además*, ha sido voluntariamente utilizado por ésta para cumplir la obligación asumida frente a su cliente: es, pues, *auxiliar de cumplimiento* de la sociedad deudora en esa concreta obligación.

Por ello, en este caso —tratándose de un auxiliar-dependiente del deudor—, para exigir la responsabilidad *civil indirecta* del deudor/principal, concurren en favor de la víctima del daño, tanto una acción de *responsabilidad extracontractual* ex art. 1.903-IV (el daño ilícito lo ha causado el empleado de la sociedad en el ejercicio de sus funciones propias), como una acción de *responsabilidad contractual* (a la sociedad deudora/principal se imputa la conducta de cumplimiento de su auxiliar, y ésta, así imputada, determina la infracción de la obligación contractual de la primera).

Por lo que, en efecto, ahora se ve por qué, como dice el TS, el carácter de *deudora* de la sociedad demandada, no impide que su responsabilidad civil indirecta, por su médico-empleado, pueda ser hecha valer por la *acreedora-cliente* en forma *extracontractual*, con apoyo en el art. 1.903-IV C.c.

Ocurre, sin embargo, que el TS ha silenciado lo que, acaso, es más evidente: que la sociedad deudora, como tal, respondía *contractualmente* del tratamiento odontológico profesionalmente incorrecto recibido por *su cliente-acreedora*, y que, a esos fines, se le imputaba la incorrecta conducta de ejecución realizada por quien, siendo su empleado, era, además, auxiliar en el cumplimiento de la obligación asumida frente a la cliente acreedora.

En todos los casos de concurso de responsabilidades (contractual y extracontractual) en favor de la víctima del daño, sea contra un mismo sujeto responsable, sea contra varios, no hay que decir que, naturalmente, el dañado sólo puede pretender la indemnización una sola vez del perjuicio por él sufrido. Pero el concurso existente determina la posibilidad de escoger libremente el ejercicio de una u otra acción de responsabilidad (y, por tanto, en su caso, de demandar a uno u otro sujeto responsable). También se pueden ejercitar simultáneamente ambas acciones de responsabilidad (demandando, en su caso, a la vez a dos o más sujetos responsables), pero, entonces, habrá que hacerlo con carácter alternativo o subsidiario. Un ejercicio sucesivo de las dos acciones concurrentes de responsabilidad, sólo puede admitirse en aquellos casos en que, tras el ejercicio de una de ellas, hayan quedado ciertos daños sufridos sin indemnizar, y se pretenda, por la otra vía, la reparación de estos daños no cubiertos (p. ej., si se piensa que la limitación de daños indemnizables del párrafo primero del art. 1.107 C.c., no juega en el terreno extracontractual, se ejercerá la acción extracontractual para la indemnización de los daños que la aplicación de esta norma haya dejado no cubiertos en el terreno contractual).

3.2. La segunda de las razones que aduce el TS para hacer aplicación dentro del ámbito contractual, y, en concreto, al supuesto de la sentencia comentada, del art. 1.903-IV C.c., es del siguiente tenor:

«Porque la responsabilidad derivada del art. 1.903 del Código civil es una responsabilidad directa [en el sentido de principal], no subsidiaria, que puede ser directamente exigida al empresario por su propia culpa *in vigilando* o *in eligendo* y con independencia de la clase de responsabilidad en que haya incurrido el autor material del hecho —sentencias de esta Sala de 22 de junio de 1988 (R.A. 5124), 17 de junio de 1989 (R.A. 4696), 30 enero de 1990 (R.A. 74), por citar alguna de las más recientes—».

Lo primero que se nos dice aquí, es una gran verdad: la responsabilidad extracontractual indirecta del empresario *ex art. 1903-IV C.c.* es una responsabilidad principal, mientras que, en cambio [con independencia de que este diverso tratamiento legislativo no tenga fácil justificación], la responsabilidad civil extracontractual indirecta del empresario por los delitos o faltas de sus dependientes, *ex art. 22 C.p.*, es de carácter subsidiario.

Ahora bien, con ser ello cierto, no se ve qué tenga que ver esto con la aplicación del art. 1.903-IV C.c. en el terreno contractual.

Y más aún, siendo ello así, no se comprende que el TS no haya reparado que, al confirmar, tal cual, el fallo de segunda instancia (antigua AT de Madrid) —vid. FD primero—, confirma, también, en contradicción con lo recién transcrito, una condena a la responsabilidad de la sociedad codemandada que tiene, precisamente, carácter subsidiario, respecto de la condena a la responsabilidad del otro codemandado (el médico interviniente).

En cambio, a mí no me parece indiscutible (con apoyo en el art. 1.904 C.c., y analógico en el art. 22 C.p.) que el fundamento de la responsabilidad del principal *ex art. 1.903-IV C.c.* sea una culpa personal suya *in eligendo* o *in vigilando*, —y, por tanto, creo sostenible que la contraprueba del art. 1.903 *in fine* C.c. no sea aplicable al empresario frente a la víctima del daño (sino que lo sería frente al dependiente, a efectos del regreso contra él)—; pero, de todas formas, lo que es evidente, es que la diversa naturaleza, objetiva o subjetiva, de la responsabilidad indirecta del empresario *ex art. 1.903-IV*, no altera sus posibilidades de aplicación en el terreno contractual. A estos efectos bastará, como sucede en el caso, que se den los presupuestos de aplicación propios de la norma: un daño ilícito culposamente causado por el empleado del principal en el ejercicio de sus atribuciones propias. Siendo ello así, responde extracontractualmente el principal por su empleado, frente a la víctima del daño, aunque ésta sea, además, acreedora del principal y tenga, cumulativamente, acción de responsabilidad contractual indirecta contra dicho principal/deudor (por el hecho de su auxiliar-empleado que, además de significar un ilícito civil aquiliano desencadenante de la responsabilidad personal del tercero-auxiliar, determina, simultáneamente, en el marco de la obligación del deudor/principal, al serle imputada a éste jurídicamente la conducta de su auxiliar-empleado, el incumplimiento de dicha obligación).

3.3. Por último, la tercera razón esgrimida por el TS es la que literalmente sigue:

«Porque en el presente supuesto litigioso, la demandante no recabó directamente los servicios de un médico concreto y determinado, sino que acudió a la «Clínica Janos», que fue la que, después de señalarle día y hora para la consulta, designó al médico que había de atenderla, de entre los que en la misma prestan sus servicios, por lo que la responsabilidad de la entidad mercantil «Cirden, S.A.», en cuanto propietaria de la meritada clínica, también participa de la responsabilidad por culpa contractual declarada respecto del médico a su servicio».

Como ya he adelantado, entiendo que este razonamiento del TS debe rectificarse. El médico causante del daño, era un *tercero, extraño* al contrato de servicios médicos concertado, como el propio TS dice, en-

tre la cliente y la sociedad propietaria de la clínica odontológica. Por tanto, la responsabilidad personal de aquel médico frente a la cliente por él dañada sólo puede ser de naturaleza *extracontractual* (ex art. 1.902 C.c.).

Deudora de la prestación médica-odontológica profesionalmente correcta, era, pues, frente a la cliente, *exclusivamente* la sociedad codemandada. Y, por tanto, también sólo ella la potencial responsable *contractual* por la defectuosa realización de la cura odontológica debida.

Hecha esta rectificación, sí resulta verdad —y estos son los argumentos doctrinales clásicos para defender la responsabilidad contractual indirecta del deudor por los terceros que utiliza como auxiliares de su cumplimiento— que el deudor de una determinada prestación no puede quedar desvinculado de su obligación, frente a su acreedor, por el simple hecho de encomendar (en mayor o menor medida) su cumplimiento a un tercero, cosa que, en principio —mientras no se trate de prestaciones personalísimas: lo que no era, en efecto, el caso de la sentencia comentada: alguien que se dirige a una clínica, para que le atienda cualquiera de los profesionales que integran su plantel médico—, puede hacer. Pero esa libertad que normalmente se le concede al deudor para organizar su actividad de cumplimiento (con mayor o menor recurso a la actividad de terceros colaboradores), en tanto que no altera su condición de deudor (mientras que el acreedor no lo consienta: art. 1.205 C.c.), no debe suponer perjuicio para el acreedor, que confió, desde que la obligación (contractualmente) se contrajo, bien en la capacidad de cumplimiento de su deudor (por sí y por otros), bien, alternativamente, en el potencial de responsabilidad de su patrimonio.

Pero, claro, estos argumentos que se asientan sobre la condición (*mantenida*, pese al empleo de terceros auxiliares) de *deudor* del principal, lógicamente conducen a donde el TS, paradójicamente, no ha llegado: a la afirmación de la responsabilidad *contractual* indirecta —del deudor/principal (la sociedad) por el tercero que ha utilizado como auxiliar de su cumplimiento (el médico interviniente y causante del daño)—, y no, como el TS hace, de la *extracontractual* indirecta.

4. En resumen, en el caso de la sentencia comentada, el TS ha podido afirmar correctamente la responsabilidad civil de la sociedad codemandada por el daño causado por el médico empleado suyo, sobre la base del art. 1.903-IV C.c.; y lo ha podido hacer, porque, *pese* a la condición de deudora de la sociedad responsable respecto de la víctima del daño (acreedora, a su vez, frente a aquélla, de un correcto tratamiento odontológico de endodoncia), *también* concurren autónomamente los presupuestos de la responsabilidad *extracontractual* indirecta regulada en dicha norma.

El TS ha silenciado, sin embargo, que con la responsabilidad *extracontractual* indirecta de la sociedad demandada concurría la responsabilidad *contractual* indirecta de la misma (como deudor/principal por el hecho de un tercero utilizado como auxiliar de cumplimiento), expe-

diente que, por cierto, resultaba de aplicación más clara y palmaria —menos dificultosa de razonar—. Utilizando el cual, a la sociedad recurrente se le podía haber contestado que, aun no respondiendo *extra-contractualmente*, por su dependiente, frente a la paciente-acreedora (pero, en efecto, también respondía *concurrentemente* de esta otra manera), sí respondía *contractualmente* como deudora de su cliente, por el hecho dañoso de su auxiliar de cumplimiento, que entraña infracción de la obligación que une a los dos primeros (responsabilidad contractual indirecta).

Afirmación ésta que postula, claro, el reconocimiento en nuestro Derecho de un principio general de responsabilidad del deudor por sus auxiliares de cumplimiento. Reconocido el cual, y como una aplicación más del mismo, es obvio que los titulares (personas físicas o jurídicas) de centros clínicos, responden frente a los clientes-pacientes de éstos, por las deficiencias en la asistencia médica u hospitalaria de su personal (médicos, enfermeros, personal de servicios), pues ambos aspectos (cuidados médicos y hospitalarios: manutención, alojamiento, higiene) son contenido prestacional de la obligación del ente clínico frente a sus pacientes-clientes (5).

5. Si en el caso de la sentencia comentada, por tratarse de un tercero auxiliar del deudor/principal, que era, simultáneamente, su dependiente, cabía una aplicación del art. 1.903-IV C.c. en el ámbito contractual, otras veces, tratándose de terceros auxiliares independientes o autónomos, tal aplicación no resulta posible.

Ocurre, sin embargo, que el sustancial desconocimiento de la responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares como principio general, hace que el TS se empeñe en resolver también estos otros casos con el recurso al art. 1.903-IV C.c., lo que, naturalmente, sólo puede hacerse a costa de inevitables forzamientos y contradicciones.

Ejemplo de lo que digo ahora, puede considerarse el caso resuelto por la sentencia TS 10 mayo 1984 (R.A. 2405), relativa a un supuesto de transporte de mercancías.

Los hechos, en resumen, eran estos: una determinada compañía (Humet Hidráulica, S.A.), concertó con una empresa de transportes (Müller y Cía), el transporte, desde Alemania a Palencia, de determinada maquinaria (en concreto, una prensa oleo-hidráulica). Para la realización del trayecto Irún-Palencia, Müller subcontrata el transporte con otro transportista (Transportes Celes). Y es, precisamente, en el curso de ese trayecto, cuando, a causa de la negligencia del conductor de Celes —que frena con demasiada brusquedad, en una curva peraltada, llevando una muy pesada carga (más de 90 Ton.)—, la maquinaria transportada se desprende de sus anclajes, cae a la calzada y se daña.

(5) Vid., p. ej., HANAU/Münch. Komm. cit., Rd. Nr. 22; LÖWISCH/STAUDINGER, *Kommentar zum BGB*, Berlin, 1979 (12.^a ed.), § 278, Rd. Nr. 52.

Como la prensa estaba asegurada, es la compañía aseguradora (Técnica Aseguradora S.A.) quien, tras pagar a Humet la oportuna indemnización, se subroga en las acciones de ésta contra los eventuales responsables. En base a esa subrogación, la aseguradora demanda a Müller, a Celes y al conductor de éste. El Juzgado desestima la demanda; la Audiencia revoca la sentencia de primera instancia, condenando solidariamente a los tres demandados, y el TS desestima el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia.

Lo que encuentro, personalmente, de criticable en este fallo —y es, por otra parte, el resultado de haber desconocido la responsabilidad contractual indirecta como principio general—, es que el TS asienta, *indiscriminadamente*, la responsabilidad solidaria de los tres demandados, frente a la aseguradora subrogada y demandante, en las normas de la responsabilidad extracontractual (arts. 1.902 y 1.903 C.c.).

Pienso, como digo, que la razón verdadera de ello, estriba en que el TS no supo encontrar fuera del terreno extracontractual (en el contractual) un fundamento general para hacer a alguien responsable por otro. Por ello, pese a la existencia del *contrato* y el *subcontrato* de transporte, el TS se empeña en situar, obsesivamente para todos los implicados en él, el caso en el ámbito de los arts. 1.902 y 1.903 C.c., so pretexto que el accidente de circulación ha roto toda conexión con los dos contratos de transporte, y recordando la conocida doctrina jurisprudencial —p. ej. sentens. 14 de abril 1981 (R.A. 1540); 8 noviembre 1982 (R.A. 6534), 9 marzo 1983 (R.A. 1463); 10 mayo 1984 (R.A. 2405) (6)— (en sí misma correcta, pero no siempre aplicada con fortuna por el Alto Tribunal), de que no todo daño producido entre partes contractuales tiene carácter contractual, ni la existencia de un contrato impide, por ende, la posible aplicación de las normas de la responsabilidad extracontractual.

Tal empeño, aunque bienintencionado (a la búsqueda de un fundamento que permitiese hacer responder a todos los responsables implicados), resultaba, obviamente, vano. Tanto el transportista principal (Müller), como el subtransportista (Celes), debían, evidentemente, a sus respectivas contrapartes contractuales, un transporte adecuado o conforme a la naturaleza de la cosa transportada (su peso y volumen, en concreto; su naturaleza delicada, también). Hay, por tanto, una contradicción insalvable entre la negación del TS de la existencia de responsabilidad contractual *alguna*, y la afirmación, por otro lado, de que el conductor de Celes cometió una imprudencia-negligencia o actuó con impericia, al no adecuar su conducción, al tipo de carga que llevaba y a las concretas circunstancias de la ruta.

(6) Cfr. YZQUIERDO, «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», en *RCDI*, 1991, pp. 443 y ss., y allí, pp. 475 y ss.

Pero, además, el TS se tropieza con otro obstáculo, que es producto de su propio errado planteamiento. Si sobre la base del art. 1.902 C.c. podía afirmarse, sin esfuerzo, la responsabilidad extracontractual personal del conductor de Celes frente a la aseguradora subrogada, y sobre la base del art. 1.903 C.c., la responsabilidad extracontractual indirecta, frente a dicha aseguradora, de Celes por su empleado: ¿cómo afirmar, en cambio, la responsabilidad extracontractual de Müller, siendo así que ni Celes, ni el conductor de éste, son empleados o dependientes de Müller?

Para sortear este obstáculo (hecho valer, correctamente, por Müller en el recurso de casación, como uno de los motivos del recurso, en que se denunciaba infracción del art. 1.903 C.c.), el TS debe realizar una inaceptable pirueta, y así, convierte, para el tramo Irún-Palencia, en que aconteció el accidente, tanto a Celes como a Müller en transportistas, y en tanto que tales, ambos principales del conductor personalmente responsable, a los efectos de poder aplicar el art. 1.903, también respecto de Müller.

Con tal sorprendente afirmación, el TS contradice sus propias premisas: si como dice el mismo TS, el deudor de la totalidad del trayecto (Müller), subcontrató una parte de él (el tramo Irún-Palencia) con otra empresa de transportes (Celes); entonces, forzosamente, hay que concluir que, así como *en las relaciones con el acreedor del transporte* (Humet), Müller nunca había dejado de deber la totalidad del trayecto (y, por ello, responde por los auxiliares, también autónomos, utilizados para realizar una parte de él); en cambio, *en las relaciones con Celes* y para el trayecto Irún-Palencia, como se desprende de la propia existencia del subcontrato de transporte, Müller era el *acreedor* del transporte (*no* transportista), y Celes su deudor-transportista, y empresa autónoma, por demás. Faltaba, pues, toda relación de dependencia entre Müller y Celes [y, por otra parte, toda responsabilidad derivada del transporte Irún-Palencia era, entre ellos, una cuestión de responsabilidad *contractual*: de incumplimiento del subcontrato de transporte], y también entre Müller y el empleado de la empresa subcontratada (una empresa distinta: Celes). El art. 1.903 era, pues, *inaplicable* a efectos de sentar la responsabilidad de Müller frente a la aseguradora subrogada en la posición del acreedor de Müller por el transporte completo (Humet) [también en este ámbito de relación subjetiva, entre un acreedor y su deudor, derivada de un contrato de transporte, la responsabilidad de Müller no podía ser sino *contractual*].

Müller debía a su comitente (Humet) la totalidad del trayecto Alemania-Palencia. El haber utilizado un transportista autónomo para una parte del trayecto debido, convierte a éste (Celes) en su auxiliar de cumplimiento, y al empleado-conductor de este último en subauxiliar del primero. La responsabilidad de Müller frente a su comitente (o, en su lugar, frente a la aseguradora subrogada), por los daños derivados de la defectuosa-imperita realización del *transporte por él debido*, en

el tramo Irún-Palencia, es, pues, una *responsabilidad contractual*, aunque por su auxiliar y su subauxiliar (o sea, *indirecta*, por otros).

El comitente de Müller (Humet), y, con él, la aseguradora subrogada en su posición, era, en cambio, *extraño* al contrato de subtransporte, que (sólo) mediaba entre Müller y Celes: la responsabilidad *personal* del conductor de Celes, frente a dicho comitente o a la aseguradora subrogada, no podía ser sino *extracontractual* (ex art. 1.902 C.c.), como *extracontractual (indirecta ex art. 1.903-IV C.c.)* era, también, la responsabilidad del principal de ese empleado (Celes) frente a ese mismo comitente (o aseguradora subrogada).

En las relaciones internas entre Müller y Celes, el primero es acreedor del transporte Irún-Palencia, y, por tanto, Celes responde frente a él, en tanto que deudor de dicho transporte, *contractualmente*, por los daños derivados de la utilización de su auxiliar (el conductor de Celes). Sobre esta base (la responsabilidad *contractual indirecta* de Celes por su auxiliar de cumplimiento), Müller podría *regresar* contra Celes, por lo que el primero haya tenido que pagar a su acreedor (a la aseguradora subrogada en la posición de éste). Curiosamente el TS también habla de un posible regreso de Müller contra Celes, pero así como desde el planteamiento aquí defendido, tal regreso resulta lógico —apoyado en la responsabilidad *contractual indirecta* de Celes—, en la perspectiva del TS resulta *absurdo*: ¿sobre qué base puede, admitido que Celes y Müller sean coprincipales del conductor de Celes, un principal (Müller) regresar contra el otro?.

6. Afirmar la responsabilidad contractual del deudor por los terceros que utiliza como auxiliares de su cumplimiento, en aquellos casos para los que no exista una norma expresa (p. ej., arts. 1.596, 1.784, 1.890 C.c.) que la sancione, presupone, desde luego, como he dicho ya, aceptar la admisión por nuestro ordenamiento de un principio general (inexpresado como tal) en ese sentido. Así lo he sostenido yo precedentemente, por razones que aquí no desarrollaré (7), y, sobre todo, así lo defiende, también, un autorizado y progresivamente creciente sector de nuestra doctrina (8), por razones cuya exposición ahora procede igualmente ahorrar.

(7) Vid. *La responsabilidad contractual cit.*, pp. 561 y ss., espec., pp. 573 y ss.

(8) Vid., p. ej., TORRALBA, *op. cit.*, pp. 1152 y ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1993 (4.^a ed.), pp. 592 y ss.; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1990, (6.^a ed.), pp. 218 y ss.; CRISTOBAL MONTES, «La responsabilidad del deudor por sus auxiliares», en *ADC* 1989, pp. 5 y ss., y allí, pp. 12 y ss. [*El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid 1989, pp. 135 y ss., y allí, pp. 141 y ss.]; PANTALEÓN, «El sistema de la responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», en *ADC*, 1991, p. 1019 y ss., y allí, p. 1058, sub b); PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER, en anotaciones a ENNECCERUS/LEHMANN, *Tratado Enneccerus/Kipp/Wolff*, II, vol. 1.^o, Barcelona, 1954, pp. 237-238.

Lo que resulta más chocante, es que el propio TS, haciéndose eco de la opinión de la doctrina científica, también ha proclamado recientemente ese carácter general, en nuestro Derecho, de la responsabilidad contractual del deudor por sus auxiliares de cumplimiento.

Lo ha hecho sí, en, al menos, dos sentencias, pero, en ambas, con un carácter marcadamente incidental —en casos que nada tenían que ver con la responsabilidad contractual indirecta—, lo que explica, creo, que esa proclamación doctrinaria coexista con la comprobada ausencia de aplicación efectiva (el desconocimiento sustancial) de tal principio general en casos en que claramente procedía supuesto el reconocimiento de dicho principio.

Las dos aludidas sentencias —en ambas actuó como ponente el Excmo. Sr. D. José Santos Briz— son de 22 de junio 1989 (R.A. 4776) (9) y 1 marzo 1990 (R.A. 1656) (10), cuya doctrina coincidente en el punto que nos interesa, es la que sigue:

«La responsabilidad del principal por la actuación de sus auxiliares en el cumplimiento, declarada como norma general en algún Código civil, como el alemán (parágrafo 278), que establece la responsabilidad del deudor por la culpa de las personas de que se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, no encuentra norma análoga en nuestro ordenamiento civil, pero sí casos particulares, como el del citado artículo 292 C. com. [norma que nada tiene que ver con esta materia, pero cuya cita se explica por la confusión en que se mueven las dos sentencias, de la que luego se hablará] y el del 1.596 C.c., en la esfera contractual, y en la extracontractual el art. 1.903, párrafo cuarto y el 1.904 del C.c., de modo que, aun sin norma expresa genérica en cuanto a efectos de los contratos, cabe deducir por analogía la responsabilidad del principal por los actos de sus auxiliares y dependientes, ya por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, ya en virtud del principio *cuius commodum eius est periculum*. Consecuencia obligada, pues (11) el cliente confía en la formalidad y en la reputación comercial de aquel con quien contrata, y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado, bien lo realice personalmente o por medio de sus auxiliares. De ahí la obligación

(9) También en *CCJC*, 20, 1989, pp. 583 y ss., con comentario de GORDILLO.

(10) También en *CCJC*, 22, 1990, pp. 319 y ss., con comentario de RODRÍGUEZ MORATA.

(11) Cuanto sigue en la cita, es traducción literal, prácticamente completa, del siguiente texto de LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1987, 14.^a ed. p. 297): «der Kunde verlässt sich in der Regel auf die Zuverlässigkeit, den geschäftlichen Ruf desjenigen mit dem er abschliesst, und erwartet mit Recht, dass dieser ihm für eine ordnungsgemäße Ausführung einsteht, mag er sie nun persönlich vornehmen oder durch Gehilfen vornehmen lassen. Daher ist die Garantieflicht zum mindesten der Vertragsschuldners für das ordnungsgemäße Verhalten der von ihm zur Vorbereitung oder Ausführung der geschuldeten Leistung zugezogenen Gehilfen ein unabweisbares Postulat des rechtsgeschäftlichen Verkehrs».

de garantía que ha de asumir el principal; al menos el deudor contractual, por la conducta regular de sus empleados, encargados por él de la preparación y ejecución de la prestación debida».

Como ya he advertido, sin embargo, la proclamación de esta doctrina se hace en las dos indicadas sentencias con carácter marcadamente incidental, en el contexto de sendos casos en los cuales lo que verdaderamente se planteaba, era el alcance, frente al representado, de la actuación representativa de su representante frente a un tercero.

Por ello, quienes han tenido ocasión de comentar estos fallos, aun aplaudiendo la consagración, por vez primera en la jurisprudencia española, del carácter general de la responsabilidad contractual indirecta, han denunciado cómo tal consagración se produce fuera de contexto y en abierta confusión con expedientes de vinculación representativa (12).

Por mi parte, en conformidad con tales denuncias doctrinales y en contra de la confusión de expedientes jurídicos que se produce en las dos repetidas sentencias, haré aquí el siguiente sucinto esbozo de distinción entre los mecanismos:

a) *Del apoderamiento* (expreso, tácito o sobrevenido por vía de ratificación —también expresa o tácita—; expedientes entre sí contradictorios: si hay poder expreso suficiente, no puede hablarse de apoderamiento tácito, ni de ratificación sobrevenida, que presupone la falta o insuficiencia iniciales de poder, expreso o tácito, por parte del representante), como medio de vincular al representado con el tercero frente al que actúa el representante, porque existe en este último un *poder representativo suficiente* (legal o voluntario, expreso o tácito, *ab initio* o sobrevenidamente) para producir ese efecto.

b) *De la representación aparente*, como expediente por el cual la ley vincula al representado con el tercero con el que contrata el *falsus procurator*, *falso de poder representativo* o *con poder insuficiente* (por esto, se trata de un mecanismo de vinculación representativa incompatible con la existencia de apoderamiento suficiente —expreso o tácito— en el representante, o de ratificación —igualmente, expresa o tácita—), sobre la base de una apariencia representativa y la buena fe del tercero.

Y c) *de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares*, como un medio para hacer responder, a quien ya *está obligado* (por su propia actuación, por vía representativa —apoderamiento expreso o tácito, ratificación expresa o tácita—, o por vía legal: representación aparente), como *deudor*, por los terceros que (*sean* o *no*, simultáneamente, sus re-

(12) Vid. GORDILLO, *op. cit.*, p. 589 y ss.; RODRÍGUEZ MORATA, *op. cit.*, pp. 326 y ss., que, sin embargo, nos atribuye a GORDILLO y a mí, de forma completamente peregrina, una confusión que no padecemos; BARCELÓ, en *ADC*, 1991, pp. 460-461 (que comenta allí la más reciente de las dos sentencias citadas).

presentantes) utiliza como colaboradores en la realización de su cumplimiento debido. En este último caso, se trata, como se ve, no de obligar a alguien que no lo estaba, sino de hacer responder por otro a quien, estando ya obligado, lo utiliza como auxiliar de cumplimiento. Por tanto la responsabilidad del deudor por sus auxiliares, *no* es un expediente para vincular a alguien fuera o más allá de los casos en que corresponde conforme a los principios generales de la representación (porque existe poder suficiente, porque hay ratificación, porque hay representación aparente), sino que, precisamente, porque presupone una obligación ya existente en el deudor —que si no, claro, no sería tal—, presupone la normal aplicación de tales principios generales.

FRANCISCO JORDANO FRAGA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

Tutela de Hecho. Derogación de la regla *contra non valentem agere non currit praescriptio*. *Dies a quo*: Prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual. Accidente de circulación
(Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992)

M.^a ANGELES PARRA LUCÁN

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I.—La Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992. 1. El supuesto de hecho. 2. Fundamentos de derecho. 3. Delimitación de las cuestiones que se plantean.—II. Prescripción de la acción. 1. En general. 2. Derogación de la regla *contra non valentem agere non currit praescriptio*. 3. La doctrina jurisprudencial relativa al cómputo de la prescripción a partir de la notificación del auto ejecutivo.—III. Actuación de tutores de hecho.—IV. La intervención del Ministerio Fiscal en representación de menores.

I. LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 1992

1. El supuesto de hecho

Los hechos que dan lugar a la sentencia objeto de este comentario son los siguientes: el 30 de agosto de 1979, al colisionar el vehículo turismo en el que viajaban con una furgoneta conducida por Don Pedro Díaz Marín, fallecen Don Manuel López Morales (conductor) y su esposa, Doña Carmen Palomino Villalobos (acompañante), dejando cuatro hijos menores de edad.

En las actuaciones penales abiertas a raíz del accidente se personó Don Salvador López Campoy, abuelo paterno de los menores, pero que carecía de nombramiento de tutor. El proceso penal terminó por auto de sobreseimiento, por no ser los hechos constitutivos de infracción

penal. El Juez penal dicta auto ejecutivo determinando la cantidad líquida máxima que podía reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los perjudicados (los menores huérfanos) al amparo del seguro obligatorio. Dicho auto ejecutivo le fue notificado al abuelo con fecha 10 de marzo de 1982, pero sin que en el año siguiente se presentara la oportuna demanda.

El 11 de abril de 1985 comparece en las archivadas actuaciones penales, solicitando notificación de ofrecimiento de acciones y testimonio del auto ejecutivo, Don José Villalobos Peregrina, que se atribuye la condición de tutor de los menores huérfanos desde el 28 de marzo de 1981.

El 14 de abril de 1988, Don Manuel López Palomino (el mayor de los hijos huérfanos y que ha alcanzado ya la mayoría de edad) y Don José Villalobos Peregrina (en su carácter de tutor de los demás hermanos) presentan demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Don Juan Pedro Díaz Marín (conductor de la furgoneta que participó en el accidente) y las compañías de seguros Previsión Española, S.A. (aseguradora de la furgoneta, a lo que deduzco), Zurich (según parece, aunque no se dice en la sentencia, aseguradora del vehículo en el que viajaban los fallecidos) y Seguros Ofesauto —esta última declarada en rebeldía—. Se solicita, en primer lugar, condena solidaria de todos los demandados al pago de doce millones de pesetas por la muerte de la madre (tres millones para cada hijo). Y, en segundo lugar, condena solidaria del conductor de la furgoneta y de Previsión Española, al pago de doce millones de pesetas por la muerte del padre (tres millones para cada hijo).

Con fecha 30 de enero de 1989, el Juzgado de Primera Instancia de Caravaca dicta sentencia desestimando la demanda en todas sus pretensiones. Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Audiencia Provincial de Murcia dictó sentencia con fecha 10 de noviembre de 1989, desestimando el recurso y confirmando la sentencia de primera instancia.

Se interpone por los actores recurso de casación, al amparo de los números 3, 4 y 5 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, condenando a los recurrentes al pago de las costas.

Es ponente de la sentencia el Excmo. Sr. Don Jaime Santos Briz.

2. Fundamentos de Derecho

Primero.—La sentencia recurrida en casación confirmando la dictada en primera instancia, desestimó la demanda que habían interpuesto don Manuel López Palomino y don José Villalobos Peregrina, éste en su carácter de tutor de los menores Antonio, Salvador y Silvia López Palomino, cuyos padres fallecieron en accidente de circulación ocurrido el día 30 de agosto de 1979, al colisionar el vehículo turismo

que conducía el fallecido don Manuel López Morales, que iba acompañado de su esposa doña Carmen Palomino Villalobos, con una furgoneta conducida por el demandado don Juan Pedro Díaz Marín. Fueron además demandadas las Compañías de seguros Previsión Española, S.A., Zurich y Seguros Ofesauto. Todos los demandados fueron absueltos en primera y segunda instancia en base a los siguientes hechos que expone la Sala «a quo»: a) A raíz del accidente referido se personó en las actuaciones penales don Salvador López Campoy, abuelo de los menores como padre del fallecido don Manuel López Morales, aquél siguió las actuaciones en concepto de tutor de los dichos menores, representado por la Procuradora doña Juana Montiel Moreno, haciéndose cargo de los cadáveres para su enterramiento, así como de los menores huérfanos. b) A dicho Sr. López Campoy, una vez dictado auto señalando la indemnización por sobreseimiento de las actuaciones penales, le fue notificado aquél con fecha 10 de marzo de 1982, suscribiendo la citada Procuradora Sra. Montiel Moreno la diligencia de notificación, pero sin presentar la oportuna demanda dentro del año siguiente. c) Con simultaneidad parcial a dichas actuaciones promovidas por el abuelo paterno de los menores huérfanos, según manifiesta don José Villalobos Peregrina, arrogándose la tutela de los mismos menores desde el 28 de marzo de 1981, compareció en las archivadas actuaciones penales el 11 de abril de 1985, es decir más de cuatro años después, solicitando notificación de ofrecimiento de acciones y del auto de fijación de cantidad máxima a resarcir y entrega de testimonio para ejercitar las acciones pertinentes, lo que llevó a efecto por demanda presentada el 14 de abril de 1988; demanda que, como ya se indica, fue desestimada en primera y segunda instancia por haberse apreciado la excepción de prescripción de la acción ejercitada.

Segundo.—El recurso de casación formulado por el demandante Sr. Villalobos Peregrina se integra en un primer motivo, apoyado en el artículo 1.692, n.º 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil «por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios». El desarrollo del motivo parte de considerar erróneo que don Salvador López Campoy que compareció representando a los menores era su tutor y que el único tutor que tuvieron aquéllos fue el actor ahora recurrente Sr. Villalobos Peregrina, que —dice— fue nombrado tutor por el Consejo de familia debidamente constituido. Y después el motivo indica que contando el plazo desde la comparecencia en abril de 1985 del citado actor, y con las varias interrupciones del plazo acontecidas, no se ha producido la prescripción en que se funda la sentencia impugnada en casación. El motivo es totalmente desestimable: a) En primer lugar no se preocupa de demostrar el supuesto error que dice existir en la apreciación de la prueba por parte de la Sala de instancia, ya que lo que argumenta es la calidad de tutor del demandante y que no ha transcurrido el plazo de prescripción con interpretación, aunque no los cita en este motivo, de los artículos

1.968, n.º 2.º, y 1969 del Código civil; extremos ambos que no están probados en autos. b) Efectivamente, el recurrente ignora, como ya observa la Sala «a quo», que en 1979 cuando ocurrió el desgraciado accidente de circulación en que murieron los padres de los menores demandantes compareció una persona que era el abuelo paterno de aquéllos, ciertamente no como tutor nombrado conforme a las leyes entonces vigentes, sino como tutor de hecho, cualidad que hay que considerar tenía al comenzar sus funciones de proveer al cuidado de los menores huérfanos sin dar cumplimiento a los requisitos legales; pero ejerciendo la «guarda», que ya desde Las Partidas tiene un significado amplio en nuestro Derecho, y que equivale a tutela en sentido amplio. Actuaciones, por tanto, válidas y lícitas que no pueden ignorarse y que concluyeron con la notificación del auto de 10 de marzo de 1982, dejando posteriormente prescribir la acción por haber transcurrido con exceso el plazo de un año que señala para estos supuestos el artículo 1.968, n.º 2.º, del Código civil. c) En cuanto al supuesto tutor que ha comparecido como demandante y ahora recurrente, es de observar que a pesar de que se dice, por referencia a una certificación expedida por el Secretario del Registro civil de Orgiva, que es tutor de los menores en cuestión según acta de 28 de marzo de 1981, tal referencia de la escritura de poder no constata más que lo que le consta al Notario, que no es ciertamente el nombramiento de tutor sino el testimonio de un documento cuya verdad intrínseca no le consta al Notario ni figura en autos, hasta el punto de que la Sala «a quo» en su segundo fundamento de derecho señala que «la condición de tutor de los menores que se atribuye don José Villalobos Peregrina no ha sido probada, con prueba directa»; ya que el acta de su nombramiento no se halla en autos, ni tampoco fue presentada a la Compañía aseguradora Zurich a pesar de que la exigió en su carta, obrante en autos, de 28 de abril de 1986, donde deniega la indemnización y no hace, como sostiene con error el recurso, ninguna renuncia a la prescripción ganada. d) Pero aunque se considerase al recurrente como tutor según alega, también habría que considerar prescrita la acción, ya que él mismo afirma que el acta de su nombramiento es de fecha 28 de marzo de 1981, de lo que se deduce indubitablemente que conocía el accidente causante de la muerte de los progenitores de los menores demandantes desde aquella fecha, luego conocía el daño causado desde entonces (28 de marzo de 1981), a los efectos del n.º 2.º del artículo 1.968, y además, a los efectos del artículo 1.969, desde aquel día pudo ejercitar la acción; en cuanto el daño efectivo fue la muerte de unas personas, no el día en que se le comunicó la valoración indemnizatoria a efectos del seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de acciones de circulación. Por lo tanto, es indudable que la acción, que ya prescribió para el tutor legal (el abuelo paterno de los menores), prescribió también para la persona que se dice ser nuevo tutor, sin que consten, por otro lado, las razones concurrentes en tal persona para ostentar aquel cargo de tutor. En consecuencia debe ser desestimado el motivo primero del recurso.

Tercero.—El motivo segundo se formula al amparo del artículo 1.692, n.º 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y señala como infringidos los artículos 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el 1.968.2 del Código civil. De lo actuado en autos resulta que no fue infringido ninguno de esos preceptos legales, en cuanto consta probado que en las diligencias penales seguidas por el accidente intervino el abuelo paterno de los menores, tutor legal conforme al artículo 311, n.º 1, a la sazón vigente, del Código civil, o al menos, según antes se ha expuesto, como tutor de hecho de aquellos menores, y obvio es decir, que entonces tal representante legal tuvo conocimiento de los hechos, así como el propio recurrente tuvo conocimiento de los mismos al menos desde la fecha en que manifiesta que fue nombrado tutor en el año 1981, manteniendo seguidamente una actitud pasiva que subsistió hasta el mes de abril de 1985, pudiendo haber ejercitado la acción en cuanto supo los hechos, pues nada consta probado en contrario. En definitiva, debe ser rechazado también el motivo aludido.

Cuarto.—El último de los motivos, se aduce al amparo del artículo 1.692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión para la parte»; normas las supuestamente infringidas que no se citan y menos se acredita que hayan producido indefensión para los recurrentes. Con independencia de que las que se citan (art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 1.968.2 del Código civil) no han sido infringidas, según se ha hecho notar con anterioridad en esta resolución ni el artículo 109 citado forma parte de formas esenciales de este juicio civil. Consecuentemente, el motivo ha de ser desestimado y con él la totalidad del recurso.

Quinto.—La desestimación del recurso trae consigo por imperativo legal la imposición de costas a la parte recurrente, conforme exige el artículo 1.715, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, norma que se hará efectiva, dada la concesión de defensa judicial gratuita declarada a favor de los recurrentes, cuando éstos lleguen a mejor fortuna.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Don Manuel López Palomino y Don José Villalobos Peregrina, contra la sentencia de fecha diez de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve, que dictó la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, condenando a dichos recurrentes al

pago de las costas de este recurso para cuando lleguen a mejor fortuna; líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

3. Delimitación de las cuestiones que se plantean

En la sentencia de 20 de febrero de 1992 la cuestión fundamental suscitada es la de la prescripción de la acción de responsabilidad civil por daños derivados de accidente de circulación. En este sentido, la sentencia viene a sumarse a una jurisprudencia reiterada, según la cual, el cómputo del plazo de prescripción de un año se cuenta, en su caso, a partir de la notificación del auto ejecutivo que señala la cantidad máxima que puede reclamarse por los perjudicados al seguro obligatorio.

Lo que sucede es que, en el caso concreto, los perjudicados son menores de edad. Menores que, en un primer momento, carecen de tutor nombrado legalmente. Se produce la actuación de su abuelo paterno. En particular, se persona en las actuaciones penales y a él se le notifica el auto ejecutivo, pero después ni interpone la demanda declarativa de indemnización de daños ni la demanda ejecutiva derivada de dicho auto. Se plantea, por tanto, cuáles son, para los menores, las consecuencias de la intervención de su abuelo en el proceso penal, a efectos del cómputo del plazo de prescripción de la acción declarativa. Acción declarativa —que da pie a la sentencia del Supremo que ahora se comenta— y que, por otra parte, es interpuesta por un (segundo) supuesto tutor de los menores, que no llega a acreditar debidamente su nombramiento.

En una primera aproximación, y a tenor de lo dispuesto en el art. 1932 del Código Civil —que ni se menciona en la sentencia—, la prescripción de acciones corre también contra los menores, aunque carezcan de la debida representación legal —según la doctrina mayoritaria—. En principio, y por aplicación de lo dispuesto en este precepto, no haría falta, por tanto, entrar a valorar la calidad en que intervienen uno y otros «tutores». La acción prescribiría en todo caso, por el transcurso del año desde que se notifica el auto ejecutivo. Con un matiz —a lo que creo—: que el auto de ejecución no hubiera sido notificado al representante de los perjudicados. Cuestión que convendrá analizar en el presente caso.

El Tribunal Supremo que, como digo, no aplica —formalmente, al menos— la regla del art. 1932, se esfuerza en aclarar que las actuaciones del abuelo paterno de los menores son válidas y eficaces. Y que, en todo caso, el supuesto segundo tutor también dejó pasar el tiempo previsto para el ejercicio de las acciones correspondientes. Con esta finalidad el Supremo realiza algunas declaraciones en torno a la intervención, en primer lugar, del abuelo y, en segundo lugar, del nuevo tutor con nombramiento no probado, a los que no duda en calificar de «tutores de hecho».

Lo que sucede es que estas afirmaciones son realizadas por el Alto Tribunal de un modo superficial, de pasada casi, sin detenerse en el análisis de la normativa sobre tutela que pudiera servirles de apoyo. De tal forma que, en mi opinión, no puede generalizarse la doctrina contenida en la sentencia acerca del concepto de tutor de hecho ni tampoco de las consecuencias que de su actuación se derivan para los menores.

II. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

1. En general

El argumento de fondo presente en el recurso de casación interpuesto por los demandantes es que, puesto que el abuelo no llegó a ser tutor, no produciría ningún efecto la notificación que se le hizo en el día 10 de marzo de 1982, una vez sobreseído el proceso penal, del auto ejecutivo. Hecha la notificación a quien no era Tutor, y por tanto representante legal de los menores, habría que entender que el plazo de prescripción no empezó a correr hasta que se tuvo conocimiento de la posibilidad de ejercicio de la acción por el tutor.

La valoración adecuada de este problema ha de partir, en mi opinión, del análisis de una serie de datos:

- En primer lugar, de lo dispuesto en el art. 1932 del Código civil, según el cual, la prescripción corre contra todo tipo de personas. Incluidas, por tanto, los menores. ¿También si carecen de representante legal, como parece ser el caso que da pie a la sentencia objeto de este comentario?
- Ahora bien, aun respondiendo de forma positiva a esa primera cuestión, ello no implicaría necesariamente que en el caso concreto hubiera empezado a correr el plazo de prescripción en el momento en que se produjo el accidente. Porque, ¿cuál debe computarse como momento inicial? De acuerdo con una jurisprudencia reiterada, la notificación del auto ejecutivo señalando la cuantía máxima indemnizable a cargo del seguro obligatorio. En principio, y de la misma manera que si no se notifica al interesado no empieza a correr el plazo de prescripción, tratándose de menores no emancipados la notificación del auto debiera hacerse a su representante legal. Procede examinar, por tanto si así se hizo y cuál es en su caso la consecuencia de que la notificación se hiciera a un primer tutor de hecho —el abuelo de los menores—. Si se considera, como hace el Supremo, que a partir de ese momento empieza a correr el plazo de prescripción, y la acción llega a extinguirse por prescripción, ya no tendría sentido examinar, en segundo lugar, la posibilidad de que el segundo

tutor ejercitase con éxito la demanda en juicio declarativo. Cosa que, sin embargo, hace el Tribunal Supremo.

2. Derogación de la regla contra *non valentem agere non currit praescriptio*

Al comentar el art. 1932 del Código civil, la doctrina pone de relieve cómo, a través de este precepto, nuestro Código se aparta de los precedentes históricos acerca de quiénes son los sujetos pasivos de la prescripción, es decir, contra quiénes puede darse la prescripción.

Frente al sistema anterior al Código (1), y a lo previsto en algunos modelos de Derecho comparado de nuestro entorno jurídico (2), el art. 1932 I del Código ni establece una excepción ni hace distinción alguna: «Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas». De forma tal que la doctrina mayoritaria entiende que, cualquiera sea la condición del sujeto pasivo, capaz o incapaz, la prescripción se produce (3).

(1) Así lo advierten SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil* III, ed. 2, Madrid, 1891, p. 294; ALAS, DE BUEN y RAMOS, *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918, p. 184. Recientemente, para una exposición sucinta del alcance de la regla *contra non valentem agere* en el Derecho español, F.A. RODRÍGUEZ MORATA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albadalejo y S. Díaz Alabart, Tomo XXV vol. 1, Madrid, 1993, pp. 93 y ss.

(2) Así, por ejemplo, el art. 2252 del Código civil francés establece que la prescripción no corre contra menores no emancipados ni mayores sometidos a tutela, salvo algunos casos especiales de prescripción (las de los arts. 2271 y ss.). La regla se justifica en el principio contra *non valentem* y en el temor a la negligencia del tutor (TROPLONG, *De la prescription*, en *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, Commentaire du Titre XX du Livre III du Code Civil*, T. II, ed. 3, núms. 702, 703 y 709; A. WEILL-F. TERRE, *Droit civil. Les obligations*, ed. 4, París, 1986, p. 1049 y la remisión a A. WEILL, *Droit Civil. Les biens*, ed. 2, París, 1974, p. 393). El art. 2042.1 del Código civil italiano establece que se suspende el plazo de prescripción contra los menores no emancipados y los incapaces por enfermedad mental, *durante el tiempo que no tengan representante legal* y durante los seis meses siguientes al nombramiento del mismo o a la cesación de la incapacidad (se establece, por tanto, un plazo de seguridad). La jurisprudencia ha aplicado la regla incluso cuando había nombrado representante legal pero existía un conflicto de intereses con el sometido (v. B. TROISI, en P. PERLINGIERI, *Codice civile Annotato*, Libro VI, ed. 2, Napoli, 1991, p. 595). Una regla semejante contiene el párrafo 206 del B.G.B., según el cual, si una persona incapaz de celebrar negocios jurídicos o limitada en la capacidad negocial *está sin representante legal*, la prescripción que corra contra ella no se consuma antes del transcurso de seis meses contados a partir del momento en que la persona se hace capaz o cesa la falta de representación.

(3) Hasta la Compilación de 1960, en Cataluña no rigió en toda su amplitud el art. 1932 del Código civil (FAUS y CONDOMINES, *Compilación del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1960, p. 366). Así lo reconoció la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1918 (Colección Legislativa núm. 133; ponente: Excmo. Sr. Don Mariano Luján), donde se afirma lo siguiente: «Que al establecer el *Usatge Omnes cause*, título 2, libro 6, volumen 7 de las Constituciones de Cataluña, que las acciones

Se ha optado, por tanto, en el Código civil, por la seguridad jurídica, al mismo tiempo que los intereses del incapacitado o persona impedida para administrar sus bienes quedan salvaguardados por la acción de resarcimiento que el art. 1932 II les reconoce frente a sus administradores o representantes legales negligentes (4).

Es precisamente la existencia de la reclamación prevista en el art. 1932 II del Código la que permite argumentar a Gómez Corraliza que lo dispuesto en el primer párrafo del art. 1932 sólo se aplica cuando los menores o incapaces tienen representante legal, pero no cuando carecen de él (5). A su juicio, en este último caso, lo que se produce es una suspensión de la prescripción, porque la carencia de representación legal constituye un caso claro de imposibilidad de ejercitar la acción.

La doctrina mayoritaria, sin embargo, no comparte esta opinión. La prescripción corre, se dice, tanto si los menores e incapaces tienen representante legal, como si no lo tienen. Así se pronuncian expresamente B. Pérez González y J. Alguer (6), M. Albadalejo (7) y L. Díez Picazo (8).

prescriben a los treinta años sin distinción de que sean buenas o malas las causas o motivos de la posesión, no quiere decir, ni puede entenderse, que por la fijación de ese tiempo haya quedado olvidado el principio de que la prescripción no empieza a contarse sino desde el día que la acción haya podido ejercitarse, *ni menos suponer que estén derogadas las disposiciones de excepción admitidas por el Derecho catalán y vigentes según la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo entre otras, cuando se trata de impúberes o menores de catorce años, contra los que no corre la prescripción mientras no salgan de esa edad, según establece la ley 1, Codicis, pár. 2 de Anuali excepcione, de completa armonía con el principio «contra non valentem agere non currit praescriptio»*. De hecho, la Compilación de 1960 recogió casos de suspensión de la prescripción, pero no todos los que estaban vigentes antes de su entrada en vigor (v. L. PUIG FERRIOL — E. ROCA TRIAS, *Instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, 1987 p. 69).

(4) V. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III-IV, Madrid, 1852, p. 540.

(5) B. GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, Madrid, 1900, pp. 217 y ss. y 236 y ss.

(6) Destacan estos autores cómo el principio contra *non valentem* quedó totalmente derogado por el art. 1932 del Código, y al no existir en el Código español una regla correlativa al parágrafo 206 del B.G.B., entienden que no existe excepción ni siquiera cuando el incapaz carece de representación legal, debiendo entonces recaer, a su juicio, la responsabilidad a que se refiere el art. 1932 II sobre las personas de los —entonces vigentes— arts. 203 del Código —tutela provisional de la autoridad judicial y de los parientes obligados a prestar alimentos...—, 303 del Código —establecimientos de beneficencia—, etc. (*Anotaciones al Derecho Civil. Parte General*, de L. Ennecerus, ed. 13, vol. 2, revisada por H.C. Nipperdey, Barcelona, 1944).

(7) M. ALBADALEJO entiende que la prescripción corre aun cuando falte el representante porque lo único que la ley exige es que el derecho o la acción, en abstracto, sea ejercitable (*Derecho civil I-2*, Barcelona, 1989, p. 510).

(8) L. DÍEZ-PICAZO, *Artículo 1932*, en *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Madrid, 1991, p. 2087.

La jurisprudencia, por su parte, ha confirmado la regla objetiva que aparece en el art. 1932 I en alguna ocasión:

- En sentencia de 28 de noviembre de 1932 (Colección Legislativa núm. 56; ponente: Excmo. Sr. Don Felipe Fernández y Fernández de Quirós) el Tribunal Supremo declara que, dados los términos tan absolutos en que está redactado el precepto, se incluyen los menores de edad asistidos por sus representantes legítimos. En particular, entendiendo que el plazo de prescripción de la acción de rescisión de operaciones divisorias de una herencia ex art. 1074 del Código empezó a correr cuando se hizo la partición, y no desde que la recurrente alcanzó la mayoría de edad. En definitiva, la acción pudo ejercitarse por la madre de la menor dice el Tribunal. La acción se extinguió por prescripción, por lo que se desestima el recurso, «sin perjuicio de que la recurrente pueda entablar reclamaciones legítimas contra su legítima representante».
- En sentencia de 12 de junio de 1956 (Rep. Aranzadi núm. 2482; ponente: Excmo. Sr. Don Obdulio Siboni Cuenca) el Tribunal Supremo reitera que el hecho de que, al comenzar a correr el plazo de prescripción, fueran menores de edad los recurrentes perjudicados por la misma no impedía que accionaran por ellos sus representantes legales, y si éstos no lo hicieron queda a salvo el derecho de aquellos para reclamar contra los segundos, a tenor de lo dispuesto en el art. 1932 del Código.
- En sentencia de 25 de febrero de 1960 (Rep. Aranzadi núm. 928; ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Bonet Ramón), aun sin mencionar el art. 1932 del Código, el Tribunal Supremo mantiene que el plazo de prescripción corre contra menores de edad, sin que, en general, haya de contarse el plazo de prescripción de las acciones que les interesen desde el momento que alcanzan la mayoría de edad, porque esa interpretación choca con el —entonces vigente— art. 155 del Código, que reconoce a los padres el derecho y deber de representar a los hijos no emancipados en el ejercicio de las acciones que puedan redundar en su provecho.

En los supuestos de hecho de estas tres sentencias la declaración del art. 1932, en el sentido de que los derechos y acciones se extinguen en perjuicio de toda clase de personas, se aplica a menores provistos de representantes legales. Más interés ofrece por ello, aparentemente, la sentencia de la Sala Primera de 27 de mayo de 1904 (Colección Legislativa núm. 83; ponente: Excmo. Sr. Don Pascual Domenech), relativa a un incapacitado que, en el momento en que debió ejercitar un derecho, estaba desprovisto de representante legítimo.

En la sentencia de 27 de mayo de 1904 el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia, en la que se declaró aplicable por analogía el art. 1932 del Código civil a un supuesto de caducidad de acciones de una Compañía por falta de pago de los dividendos pasivos. No hay que olvidar, por tanto, que no es éste en realidad un caso de prescripción, sino de caducidad de las acciones de una Compañía conforme a las estipulaciones de un contrato de sociedad. Hecha esta advertencia, parece conveniente sin embargo detenerse en esta resolución.

Por lo que aquí interesa, uno de los motivos del recurso de casación denunciaba infracción por indebida aplicación del art. 1932 del Código civil. Entendía el recurrente que «dicho artículo se refiere únicamente a la prescripción legal y no a casos como el presente, y *se presupone la existencia de representantes legítimos de los incapacitados y negligencia de éstos*, causa de la prescripción, supuestos que no existían ni se daban en el presente litigio». El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por el tutor incapacitado fundándose, entre otras consideraciones, en que no existe disposición alguna que prevenga que a los incapacitados no le son aplicables las prescripciones legales que señalen términos o establezcan sanciones que les afecten (9).

¿Cual es, a este respecto, el planteamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de febrero de 1992? Como expondré más adelante, yo entiendo que en el caso concreto que da pie a esta sentencia, el abuelo no podía ser considerado como representante legal de los menores. Pero si se entiende, como parece que exigé el tenor del art. 1932 del Código, que la prescripción corre también contra los menores que carecen de representante legal, en principio —y sin perjuicio de lo que diré a continuación sobre la notificación del auto en el apartado II.3 de este comentario— habría que concluir afirmando la prescripción de la acción de reclamación de daños.

Ahora bien, la sentencia no se pronuncia expresamente sobre la aplicación del art. 1932 del Código civil a los menores que carezcan de representante legal porque da por sentado que el abuelo era representante legal de los menores: no hace falta cuestionarse si el art. 1932 del Código juega también en relación a los incapaces sin representante legal porque en el supuesto que nos ocupa los menores lo tenían.

En realidad, en la sentencia no se menciona en ningún momento el art. 1932 del Código civil, pero el razonamiento que hace del cómputo del plazo de prescripción permitiría deducir cierta actitud en este tema. En el fondo, casi me atrevería a decir que, implícitamente, el Tribunal Supremo parece considerar precisa la existencia de un representante

(9) Un comentario de esta sentencia, destacando su valor en la interpretación del art. 1932 del Código, en J.M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, tomo XII, ed. 6, revisada por J. J. Gómez Ysabel, Madrid, 1973, pp. 1027 y ss.

legal de los menores para que empiece a correr el plazo de prescripción de la acción. Así se entiende, en primer lugar, el análisis en torno a si empezó a correr el plazo de prescripción a partir de la notificación del auto ejecutivo al abuelo, centrado precisamente en la consideración de si su actuación podía o no valorarse como la de un tutor. Sobre el alcance de estas declaraciones del Tribunal en relación a la figura de la tutela de hecho volveré más adelante en el apartado III de este comentario. Pero así se entiende, sobre todo, el que, después de decir que la acción ya había prescrito para el abuelo, el Tribunal Supremo se molestó en explicar porqué también ha prescrito para el segundo tutor. La misma acción no puede prescribir dos veces. Si hubiera prescrito transcurrido un año desde la notificación al abuelo del auto ejecutivo, ya no podría revivir por el nombramiento de un tutor. Sin embargo, el Tribunal Supremo analiza la posibilidad de ejercicio de la acción por el tutor nombrado. Será porque en el fondo no estaba muy convencido de que realmente hubiera prescrito. ¿Quizás porque el abuelo no era representante legal de los menores?

Debe tenerse en cuenta a mi juicio, en este punto, una última consideración. Está claro que el art. 1932 del Código civil, al consagrar una regla objetiva, lo hace en relación a los sujetos pasivos de la prescripción, es decir, establece contra quién corre la prescripción: contra cualquier persona, sin hacer distinciones, y al margen de su condición. El art. 1932 no se pronuncia, en cambio, sobre el momento inicial del cómputo del plazo. Precisamente por el fundamento objetivo que inspira la regla del art. 1932, la doctrina suele ponerlo en relación con lo dispuesto en el art. 1969 del mismo Código, que sí contiene una regla sobre la determinación del momento inicial del cómputo de la prescripción (10). Se destaca de esta forma cómo, la posibilidad legal de ejercicio a que se refiere el art. 1969, ha de valorarse de forma objetiva, sin tener en consideración las circunstancias subjetivas del sujeto del derecho.

Ahora bien, las cosas deben plantearse de otra forma cuando se trata de una acción para exigir la responsabilidad civil extracontractual, como sucede en el caso que da pie a la sentencia que ahora comento. Porque entonces, aunque por aplicación del art. 1932 del Código haya que entender que la prescripción corre también contra los menores, aun sin representante legal —aunque eso aquí importa menos—, correrá también «en los términos prevenidos en la ley». Y, para la responsabilidad civil extracontractual, el número 2 del art. 1968 establece un criterio subjetivo («desde que lo supo el agraviado»). La cuestión, entonces, ya no parece tan sencilla. En el supuesto concreto que ahora

(10) Así, L. PUIG FERRIOL, *Fundamentos de Derecho civil*, I-1, segunda parte, Barcelona, 1979, p. 875; también J. PUIG BRUTAU, *Caducidad y prescripción extintiva*, Barcelona, 1986, p. 93.

nos ocupa hubo una previa actuación penal, por lo que resulta preciso analizar el tema con más detalle.

3. La doctrina jurisprudencial relativa al cómputo de la prescripción a partir de la notificación del auto ejecutivo

Con carácter general, la jurisprudencia mantiene que, seguido procedimiento ante los Tribunales penales, el plazo de prescripción para la posterior reclamación en vía civil empieza a correr a partir del día en que gane firmeza la resolución que ponga término a la causa criminal (11).

Tratándose de daños derivados de accidente de circulación, dictado el auto ejecutivo en el que se fija la cantidad líquida reclamable al seguro obligatorio (12), el perjudicado puede ejercitar, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, bien la acción ejecutiva, si con ella pretende obtener la reparación que entiende le es debida, bien la ordinaria al amparo del art. 1902 del Código civil reclamando mayor cantidad, o compatibilizar ambas, en este caso de forma subsidiaria por la diferencia. Además, el auto dictado en el procedimiento ejecutivo no produce excepción de cosa juzgada respecto de la acción del art. 1902 del Código civil.

(11) Para un análisis crítico de esta jurisprudencia, A. F. PANTALEÓN, *Comentario a la sentencia de 27 de mayo de 1983*, en CCJC núm. 2, pp. 617 y ss; también, más recientemente, R. DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid 1993, pp. 968 y ss.

(12) Previsto en el art. 10 del texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, aprobado por RD 632/1968, de 21 de marzo, sobre uso y circulación de vehículos de motor, y que no fue derogado por el RD leg. 1301/1986, de 28 de junio. Para un análisis de los requisitos del título ejecutivo, J. F. CABALLERO GEA, *Las responsabilidades, penal y civil, dimanantes del accidente de circulación*, ed. 2, reimpresión, Pamplona, 1986, pp. 465 y ss.; F. GÓMEZ DE LIAÑO, *La responsabilidad en el uso de vehículos de motor. Aspectos procesales. Juicio verbal*, ed. 3, Oviedo, 1992, pp. 196 y ss.

Hay que entender que el llamado juicio ejecutivo del automóvil —según la doctrina procesal realmente es un declarativo abreviado, sin limitación de cognición judicial: V. CORTES DOMÍNGUEZ, en VVAA, *Derecho procesal civil*, Tomo I, vol. 2, *Proceso civil 2*, Valencia, 1986, pp. 152 y 153— no ha quedado derogado por el nuevo sistema procesal instaurado por la LO 3/1989 de 21 de junio para los procesos civiles que se inicien como consecuencia de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios ocasionados con motivo de la circulación de vehículos de motor y de hecho, en la práctica, siguen dictándose autos ejecutivos. Así lo entiende J. MONTERO AROCA (en VVAA, *Derecho jurisdiccional II, Proceso civil 2*, Barcelona, 1991, p. 235 y ss.) y M. A. FERNÁNDEZ (*Derecho procesal civil III. La ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, ed. 3, Madrid, 1992, p. 57). Contra, sin embargo, considerándolo derogado, V. CORTES DOMÍNGUEZ, en VVAA, *Derecho procesal civil*, Tomo I, vol. 2, *Proceso civil 2*, ed. 6, Valencia, 1992, pp. 149 y 150.

El plazo de prescripción de un año (13) corre, en estos casos, dice la doctrina del Tribunal Supremo:

- a partir de la notificación del auto ejecutivo (sentencias de 2 de julio de 1979 (14), de 28 de marzo de 1981 (15), de 31 de marzo de 1981 (16), de 22 de octubre de 1981 (17); de 5 de noviembre de 1981 (18), de 1 de marzo de 1982 (19), de 8 de marzo de 1982 (20), de 29 de marzo de 1982 (21), de 13 de noviembre de 1982 (22), de 15 de noviembre de 1982 (23), de 29 de marzo de 1983 (24), de 27 de mayo de 1983 (25), de 19 de septiembre de 1983 (26), de 26 de junio de 1984 (27), de 30 de noviembre de 1985 (28), de 14 de mayo de 1990 (29), de 9 de octubre de 1990 (30), de 15 de julio de 1991 (31); contra, sin embargo, la sentencia de 9 de mayo

(13) El art. 4 del texto refundido de la Ley de 1962 establecía para la acción directa contra el asegurador un plazo de un año «a contar desde que se produjo el hecho que da lugar a la misma». En la actualidad, el art. 5 del RD leg. 1301/1986, de 28 de junio, mantiene para el ejercicio de la acción directa el plazo de un año «desde el día en que la misma pudo ejercitarse». Basada la reclamación en el art. 1902 del Código civil, el plazo de prescripción es de un año «desde que lo supo el agraviado».

(14) Aranzadi núm. 2915. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Cantos Guerrero.

(15) Aranzadi núm. 1136. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel González Alegre y Bernardo.

(16) Aranzadi núm. 1142. Ponente: Excmo. Sr. Don Jaime Santos Briz.

(17) Aranzadi núm. 3952. Ponente: Excmo. Sr. Don Jaime de Castro García.

(18) Aranzadi núm. 4419. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Hernández Rodríguez.

(19) Aranzadi núm. 1277. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Seijas Martínez.

(20) Aranzadi núm. 1291. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Fernández Rodríguez.

(21) Aranzadi núm. 1508. Ponente: Excmo. Sr. Don José María Gómez de la Bárcena y López.

(22) Aranzadi núm. 6541. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Sánchez Jáuregui.

(23) Aranzadi núm. 6544. Ponente: Excmo. Sr. Don Jaime Santos Briz.

(24) Aranzadi núm. 1649. Ponente: Excmo. Sr. Don Cecilio de la Vega Benayas.

(25) Aranzadi núm. 2916. Ponente: Excmo. Sr. Don Jaime de Castro García.

(26) Aranzadi núm. 4547. Ponente: Excmo. Sr. Don Jaime de Castro García.

(27) Aranzadi núm. 3437. Ponente: Excmo. Sr. Don Antonio Sánchez Jáuregui.

(28) Aranzadi núm. 5918. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega Benayas.

(29) Aranzadi núm. 3727. Ponente: Excmo. Sr. Don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

(30) Aranzadi núm. 7588. Ponente: Excmo. Sr. Don Gumersindo Burgos-Pérez de Andrade.

(31) Aranzadi núm. 5348. Ponente: Excmo. Sr. Don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

de 1979 (32), que considera como momento inicial del plazo de prescripción para la acción declarativa la fecha del alta del lesionado, y no la notificación del auto ejecutivo), o

- habiendo seguido procedimiento ejecutivo contra el asegurado obligatorio, a partir de la fecha de la firmeza de la resolución definitiva en él recaída (sentencias de 17 de diciembre de 1979 (33), de 28 de abril de 1983 (34), de 22 de diciembre de 1989 (35), de 29 de abril de 1991 (36)).

En todos estos casos, el perjudicado no se reservó en el proceso penal el ejercicio de la acción civil porque, de acuerdo con el art. 10 del texto refundido de la ley de 1962, no se hubiera podido dictar el auto ejecutivo. Hay que entender, por tanto, que la prescripción de la pretensión de responsabilidad civil quedó interrumpida (art. 1973 del Código civil) hasta que el interesado tuvo conocimiento de la finalización de las actuaciones penales (art. 1968.2 del Código civil, analógicamente). La justificación de esta doctrina del Tribunal Supremo sobre el inicio del plazo de prescripción se basa, en ocasiones, formalmente, no en los arts. 1973-1968, sino en el art. 1969 (37). El resultado, finalmente, es el de la notificación del auto al perjudicado, criterio subjetivo del momento inicial del cómputo del plazo de prescripción. El auto debe notificarse a los perjudicados o, en su caso, a sus representantes legales (38).

En el caso de la sentencia que nos ocupa la notificación del auto ejecutivo se hace al abuelo de los menores. Yo entiendo, como he apuntado antes y explicaré después con más detalle, que el abuelo no era el representante legal de los menores. Desde este punto de vista, el plazo de prescripción no debiera empezar a correr desde ese momento.

(32) Aranzadi núm. 2838. Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel González-Alegre.

(33) Aranzadi núm. 4363. Ponente: Excmo. Sr. Don Carlos de la Vega y Benayas.

(34) Aranzadi núm. 2196. Ponente: Excmo. Sr. Don José Luis Albácar López.

(35) Aranzadi núm. 8864. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

(36) Aranzadi núm. 3104. Ponente: Excmo. Sr. Don Francisco Morales Morales.

(37) Con carácter general, criticando la línea jurisprudencial que se apoya en el art. 1969 del Código civil para determinar el momento inicial del cómputo del plazo de prescripción de la responsabilidad civil cuando previamente se sigue un procedimiento penal, A. F. PANTALEÓN, *Artículo 1902*, en *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia II, Madrid, 1991, p. 1974.

(38) Así, por ejemplo, en el caso de la sentencia de 31 de octubre de 1981 (Aranzadi núm. 4008; ponente: Excmo. Sr. Don Rafael Casares Córdoba) se considera que hasta que no se notifica el auto ejecutivo la tutora de sus nietos menores de edad, no empezó a correr el plazo de prescripción, pese a que con anterioridad se notificó a los herederos de otro de los perjudicados en el accidente.

El Tribunal Supremo dice que sí, y para ello se basa en explicar, a través de una argumentación criticable, que el abuelo era el representante legal de sus nietos por ser su tutor (de hecho o legal, no parece importarle mucho).

Ahora bien, después de declarar prescrita la acción por el transcurso de un año desde la notificación del auto ejecutivo al abuelo (por tanto, el día 11 de marzo de 1983), el Tribunal Supremo dice que también prescribió para la persona que se dice ser nuevo tutor —y que no lo acredita debidamente—. Si prescribió el 11 de marzo de 1983, no podría en modo alguno revivir la acción. Y si se admite que pudiera resurgir la pretensión indemnizatoria es porque no prescribió. Yo creo que, posiblemente, el Tribunal Supremo no hubiera tenido inconveniente en estimar el recurso de casación y mantener que no se había producido la prescripción si la intervención del que se dice tutor se hubiera producido dentro del año siguiente al momento en que fue nombrado representante de los menores. No puede tener otro significado la afirmación del Tribunal Supremo en el sentido de que, si el acta de nombramiento del tutor era de 28 de marzo de 1981, «conocía el accidente causante de la muerte de los progenitores de los menores demandantes desde aquella fecha, luego conocía el daño causado desde entonces, a los efectos del núm. 2 del art. 1968, y, además, a los efectos del art. 1969, desde aquel día pudo ejercitar la acción».

III. ACTUACION DE TUTORES DE HECHO

Producido el accidente de circulación en el que fallecen los padres de los menores, la primera intervención que se constata es la de su abuelo paterno. Según la Audiencia, en declaración recogida por la Sala Primera del Tribunal Supremo (primer Fundamento de Derecho), el abuelo de los menores «se personó en las actuaciones penales..., siguió las actuaciones *en concepto de tutor* de los dichos menores..., haciéndose cargo de los cadáveres para su enterramiento, así como de los menores huérfanos».

El primer motivo del recurso de casación denuncia error en la apreciación de la prueba, al amparo del núm. 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, entre otras razones, por considerar errónea la afirmación de la Audiencia —y las consecuencias que de allí se deducen— en el sentido de que el abuelo de los menores fuera su tutor. En relación a este argumento, la Sala Primera señala que la comparecencia del abuelo en las actuaciones penales fue «no como tutor nombrado conforme a las leyes entonces vigentes, sino *como tutor de hecho*, cualidad que hay que considerar tenía al comenzar sus funciones de proveer al cuidado de los menores huérfanos sin dar cumplimiento a los requisitos legales; pero ejerciendo la «guarda», que ya desde Las Partidas tiene su significado amplio en nuestro Derecho, y que equiva-

le a tutela en sentido amplio. Actuaciones, por tanto, válidas y lícitas...» (Fundamento de Derecho segundo). Más adelante, en el mismo Fundamento, el Tribunal dice que «la acción, que ya prescribió para el tutor legal (el abuelo paterno de los menores)...».

El segundo motivo del recurso, al amparo del núm. 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciaba, por lo que ahora interesa, violación del art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual, la instrucción de las acciones que correspondan a los perjudicados, cuando éstos carezcan de capacidad legal, deberá hacerse a su representante. Frente a esto, señala el Tribunal Supremo que: «En las diligencias penales seguidas por el accidente intervino el abuelo paterno de los menores, tutor legal conforme al art. 311 núm. 1, a la sazón vigente, del Código civil —en realidad debería decir art. 211—, o al menos, según antes se ha expuesto, como tutor de hecho de aquellos menores, y obvio es decir, que entonces tal representante legal tuvo conocimiento de los hechos...».

Se califica al abuelo, por tanto, de tutor legal o de tutor de hecho. Como si diera igual, porque en todo caso el Tribunal lo considera, definitivamente, el «representante legal» de los menores. A este respecto conviene hacer algunas observaciones.

De una parte, la normativa vigente en el momento de producirse los hechos se corresponde con el régimen de la tutela del Código civil en su redacción originaria. De acuerdo con dicho régimen, en efecto, el art. 211 atribuía en primer lugar al abuelo paterno la tutela legítima de los menores no emancipados. Pero la calificación de tutela legítima sólo significa que esa tutela es deferida por la ley, con carácter subsidiario, cuando falta la designación o llamamiento por testamento (argumento ex arts. 204 y 231 del Código civil en la redacción vigente hasta la reforma de la tutela por ley 13/1983 de 24 de octubre). Sin que ello suponga —fuera de la referencia que a continuación haré de la llamada tutela de hecho, que no tiene que referirse necesariamente a los «tutores legítimos»— que las personas llamadas por la ley a ejercer la tutela pudieran ejercerla y desempeñar las funciones propias del tutor sin cumplir previamente la serie de actos exigidos por el Código para la constitución de la tutela. A saber, esos actos que integraban la constitución de la tutela en el régimen anterior eran, someramente, los siguientes: 1. constitución del Consejo de Familia; 2. nombramiento del protutor; 3. que el tutor preste fianza —aunque, de acuerdo con el art. 260 el abuelo estaba exento de esta obligación—; 4. que el Consejo de familia confiera al tutor la posesión; 5. que el nombramiento de tutor se inscriba en el Registro de Tutelas (39).

(39) V. por todos, J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, vol. 2, ed. 8, Madrid, 1966, p. 303.

En consecuencia, y aunque estuviera prevista en la legislación entonces vigente una delación o designación para el nombramiento de tutor al abuelo de los menores no emancipados, ello no confería al abuelo de forma automática, sin el cumplimiento de los requisitos formales de constitución de la tutela, la cualidad de tutor, ni, por tanto, el carácter de representante legal que al tutor le confería el entonces vigente art. 262 del Código civil.

Desde este punto de vista, las aseveraciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de febrero de 1992 en el sentido de que el abuelo paterno de los menores en cuestión era su «tutor legal», por el simple hecho de ser su abuelo, resultan inexactas y, por tanto, son criticables. Igualmente resulta falsa la consecuencia de allí derivada de que el abuelo fuera el representante legal de los menores, sus nietos.

De otra parte, la calificación del abuelo como «tutor de hecho», es realizada por el Tribunal Supremo en el marco de una genérica remisión al concepto de guarda de las Partidas («... ejerciendo la 'guarda', que ya desde las Partidas tiene un significado amplio en nuestro derecho, y que equivale a tutela en sentido amplio»; en alusión, supongo, a la definición de tutela recogida en las Partidas: «tutela en latín es tanto como decir guarda en romance»). Argumento jurídico un tanto lejano y vago si lo que se quiere es justificar la eficacia y validez de lo actuado por alguien que ejerció las funciones de tutor careciendo de la potestad correspondiente. También a este respecto conviene hacer algún matiz en las afirmaciones de la Sala Primera.

El planteamiento que realiza la Sala Primera de la tutela de hecho no resulta satisfactorio. Ni cuando se refiera a la intervención del abuelo paterno ni cuando somete a esta calificación al segundo tutor con nombramiento no probado. Las afirmaciones del Tribunal Supremo a este respecto no se corresponden con la construcción doctrinal de esta figura ni tampoco, siquiera, aun con las deficiencias que presenta (40), con el reconocimiento que de la misma hizo la reforma del Código civil en materia de tutela por Ley de 24 de octubre de 1983.

Ese desajuste con la construcción de la guarda o tutela de hecho no se produce en la determinación de los supuestos encuadrables en la guarda de hecho. Porque, aunque discutido, si se acepta una postura amplia al respecto —si bien no compartida por toda la doctrina (41)— no parece que hubiera especial problema en los supuestos que se plantean en el presente caso: situación previa a la constitución de la tutela

(40) Sobre lo cual, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Artículos 303 a 306, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinados por M. Amorós y R. Bercovitz, Madrid, 1986, pp. 784 y ss. También, C. ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, Madrid, 1986, especialmente pp. 28 y ss. y 155.

(41) Para una exposición completa de las distintas posturas doctrinales mantenidas antes y después de la reforma del Código civil de 1983, en relación a los distintos supuestos encuadrables en la guarda de hecho, C. ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, pp. 37 a 53.

(para la actuación del abuelo paterno) y supuesto tutor que no acredita debidamente su nombramiento.

En cambio, las consecuencias que extrae la sentencia del Supremo acerca de la actuación de estos «tutores de hecho» no pueden compararse. Porque, fundamentalmente, lo que se persigue a través de la construcción de la figura de la tutela de hecho es lograr una mejor protección de la persona sometida a ella: someter al tutor de hecho a los deberes de la tutela, ineficacia de todos los actos del mismo que no sean de mera conservación del patrimonio del tutelado y no reconocimiento a su favor de los derechos propios de un tutor legal (42). Desde este punto de vista se explica, en especial, el esfuerzo por mantener la validez de ciertos actos realizados por el tutor de hecho sin representación —y que, en principio deberían ser nulos, *ex art.* 1259 del Código civil— y que, con más o menos acierto consagra hoy el art. 304 del Código civil.

Frente a este planteamiento, el Tribunal Supremo recurre a la tutela de hecho para concluir que es válido todo lo actuado por el abuelo paterno y por el supuesto tutor cuyo nombramiento no ha quedado probado de forma directa. Porque considera que uno y otro son representantes legales de los menores. Pero ésto no es cierto. Una cosa es que en atención a los intereses que se desean proteger la doctrina, antes de la reforma de 1983, recurriera a la anulabilidad con el fin de conservar la eficacia de los actos de conservación de los bienes llevados a cabo por el guardador de hecho (43) —y que el actual art. 304 del Código civil prescindiera de la naturaleza de los actos y se centre en su utilidad para permitir su validez— y otra bien distinta que se reconozca plena validez a todo lo actuado por un tutor de hecho.

No quiero detenerme más en esta cuestión porque en realidad, como ya he apuntado más arriba, la resolución del supuesto que se plantea en la sentencia requiere un análisis de lo dispuesto en el art. 1932 del Código civil. De acuerdo con este precepto, en efecto, transcurrido el plazo de prescripción previsto para el ejercicio de la acción, como así resulta en el caso, la prescripción se produce aun cuando los menores carecieran de representante legal o, teniéndolo, éste no ejerciera la acción (¿aunque no se utilizase debidamente el auto ejecutivo?). La solución alcanzada sería, posiblemente, la misma que resulta en este caso de la interpretación mantenida por el Tribunal Supremo. Sin embargo, los razonamientos realizados acerca de la tutela de hecho no me parecen correctos. Por ello, si me parece conveniente resaltar que la aplicación de la construcción de la tutela de hecho no permite calificar con

(42) Por todos, L. Díez-PICAZO, *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 220.

(43) A lo que el proyecto particular realizado por los profesores L. Díez-PICAZO, R. BERCOVITZ, C. ROGEL, A. CABANILLAS y J. CAFFARENA (*Estudio para la reforma del Código civil relativos a la tutela*, Madrid, 1977, art. 309) añadía el requisito de la utilidad.

carácter general al tutor de hecho como representante legal del menor. Ni deducir de allí que todo lo actuado por el tutor de hecho es siempre perfectamente válido y eficaz.

IV. LA INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN REPRESENTACION DE MENORES

El resultado final del supuesto de hecho que da pie a la sentencia objeto de este comentario es que los menores huérfanos como consecuencia del fallecimiento de sus padres en accidente de circulación, no cobran ninguna indemnización. De una parte porque no llega a prosperar la demanda de juicio declarativo interpuesta por el supuesto segundo tutor. Pero también porque no llega a presentarse demanda ejecutiva del auto señalando la cuantía máxima a cargo del seguro obligatorio.

El profesor García Cantero, que anota la sentencia de la Sala Primera de 20 de febrero de 1992 en la Sección de Jurisprudencia de este mismo volumen del Anuario de Derecho civil, advierte que: «Cabría cuestionarse la intervención del Ministerio Fiscal, que tiene estatutariamente encomendada la defensa de las personas en situación de desamparo». Efectivamente, esta es una cuestión que requiere algún comentario.

Es cierto que, en la legalidad actualmente vigente, el Ministerio Fiscal está llamado a cumplir un papel, temporal y provisional si se quiere, en la defensa y representación de menores. En este sentido, el art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, establece que, para el cumplimiento de las misiones atribuidas al Ministerio Fiscal, le corresponde: «*Asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares, que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores desvalidos*». Como complemento, el art. 5.2 del Decreto de 27 de febrero de 1969 —que aprobó el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, y según la disposición final segunda del Estatuto hay que considerar vigente— establece que: «En general, (los fiscales) cuando intervengan en representación de personas incapaces... *actuarán como el más celoso defensor...*».

En la reforma del Código civil en materia de tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983 se desarrolló la previsión del art. 3.7 del Estatuto Orgánico de 30 de diciembre de 1981, al introducir un art. 299 bis, en el que se prevé la intervención del Ministerio Fiscal en la defensa y representación de los menores en el período que va desde que el organismo judicial tiene conocimiento de que una persona ha de quedar sometida a tutela, hasta que el Juez dé posesión de su cargo al tutor de-

signado (art. 259) (44). La doctrina entiende que en este precepto hay una atribución al Ministerio Fiscal de funciones de tutor provisional (45). Funciones de representación y defensa de la persona que ha de quedar sujeta a tutela que presuponen una actuación intermitente del Ministerio Fiscal: cuando haya de llevarse a cabo algún acto que afecte a los intereses del menor o incapacitado, y que de haberse constituido la tutela debería llevar a cabo el tutor en su condición de representante legal (art. 267 del Código civil). Se considera, de esta forma, que la actuación a que está llamado el Ministerio Fiscal en este precepto es compatible y coexistirá normalmente con la actuación de otras personas que cuiden al menor: fundamentalmente con el guardador de hecho (46).

Pero la regla del Estatuto Orgánico de 30 de diciembre de 1981 no es una novedad en nuestro Ordenamiento. Ya la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 establecía como competencia del Ministerio Fiscal, en el núm. 6 del art. 838, la de «representar y defender a los menores, incapacitados, ausentes o impedidos para administrar sus bienes, hasta que se les provea de tutores o curadores para la defensa de sus propiedades y derechos». De la misma forma se pronunciaba el art. 2.5 del Real Decreto de 21 de junio de 1926 —derogado por el Estatuto de 1981—, por el que se aprobó el Estatuto del Ministerio Fiscal.

Vigente la Ley de 1870 y el Estatuto de 1926 —y cuando, por tanto, se produce el accidente de automóvil en el que fallecen los padres de los menores que ahora reclaman—, el Código civil no atribuía, sin embargo, esa función de tutor provisional al Ministerio Fiscal. En efecto, el art. 203 del Código civil, en su redacción originaria, vigente hasta

(44) El legislador catalán, recientemente, ha considerado que el art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal no exigía la atribución de esas funciones de tutor provisional al Ministerio Fiscal. En efecto, el art. 86.b) de la Ley del Parlamento de Cataluña 39/1991, de 30 de diciembre, de Tutela Instituciones Tutelares, preve el nombramiento por el Juez de un defensor judicial «cuando lo exijan las circunstancias del menor o incapacitado mientras no constituya la tutela o no sea declarado el desamparo». Se sigue, en este punto, la previsión contenida en el proyecto privado elaborado por los profesores L. DIEZ-PICAZO, R. BERCOVITZ, C. ROGRL, A. CABANILLAS y J. CAFFARENA, *Estudio para la Reforma del código Civil relativos a la tutela*, Madrid, 1977, pp. 28 y 60 (art. 301.2 del proyecto). Más problemas plantea, en mi opinión, la previsión del Decreto de Castilla y León 57/1988, de 7 de abril, sobre protección de menores, que atribuye a la Consejería de Cultura y Bienestar social nada menos que la «representación legal de los menores que carezcan de ella».

(45) Así, J. M. LETE DEL RÍO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albadalejo, Tomo IV, ed. 2, Madrid, 1985, p. 476; L. PUIG FERRIOL, *Artículo 299 bis*, en *Comentarios a las Reformas de nacionalidad y tutela*, coordinados por M. AMORÓS GUARDIOLA y R. BERCOVITZ, Madrid, 1986, pp. 774; también M. C. GETE-ALONSO y CALERA, *Artículo 299 bis*, en *Comentario del Código civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 856.

(46) Así, J. M. GÓMEZ OLIVEROS, *Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre*, en RCDI 1984, pp. 1410 y ss.

la reforma de la tutela de 1983, establecía una tutela interina o provisional a cargo de los Jueces municipales, cuando por la ley no hubiese otras personas encargadas de esta obligación (47). La atribución de esta responsabilidad se justificaba porque, confiado a los Jueces municipales el Registro civil de defunciones, ésta podía ser una ocasión para que conocieran la existencia de hijos menores del difunto necesitados de tutela (48).

La tutela provisional o interina de los Jueces municipales tenía carácter supletorio, es decir, «cuando por ley no hubiese otras personas encargadas de esa obligación». Aunque el Código no señalaba cuáles eran esas personas, se interpretaba por la doctrina que estaban llamados a hacerse cargo del cuidado del menor, hasta la constitución de la tutela, las personas obligadas a prestar alimentos, con arreglo al art. 143 del Código (cónyuge, ascendientes, descendientes o hermano del interesado) (49) y, en general, los llamados al desempeño de la tutela legítima (50).

Esa tutela provisional atribuida a la autoridad judicial significaba que el Juez debía dictar las medidas necesarias para atender a la persona y bienes del menor o incapacitado y constituir la tutela. Los comentaristas, sin embargo, seguían dando aplicación al art. 838 núm. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 —y, desde 1926, al art. 2.5 del Estatuto Orgánico—. En consecuencia, se consideraba que, no obstante la tutela provisional de la autoridad judicial —o de otras personas—, era el Ministerio Fiscal el que debía representar en juicio a los menores e incapacitados hasta que se constituyera la tutela (51).

A la vista de los datos expuestos cabe deducir, por tanto, que, el Ministerio Fiscal estaba llamado a representar en juicio a los menores hasta que se constituyera la tutela, tanto en el sistema de la tutela del Código en su redacción de 1889 —aunque la doctrina interpretaba que, pese al tenor del art. 203 ese momento había que referirlo a la constitución del Consejo de familia— como, actualmente, tras la reforma de 24

(47) Según el art. 203 del Código civil en su redacción original: «Los Jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas a tutela proveerán al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación.

Si no lo hicieren, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados».

(48) V. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, tomo V, vol. 2, ed. 2, Madrid, 1912, p. 1321; J. M. MANRESA NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, tomo II, ed. 7, Madrid, 1957, p. 280.

(49) V. MANRESA, *op. cit.*, p. 282; C. VALVERDE, *Derecho civil español*, Tomo IV, Valladolid, 1938, p. 604.

(50) SÁNCHEZ ROMÁN, *op. cit.*, p. 1321; M. GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, *Teoría de la tutela y formularios de su práctica*, Teruel, 1956, p. 48.

(51) En este sentido, MANRESA, *op. cit.*, p. 280. También J. M. LETE DEL RÍO, *Tutela provisional*, en ADC 1967, p. 158.

de octubre de 1983. Tanto si el Juez o determinados parientes ejercían la tutela provisional (al amparo del ahora derogado art. 203 del Código civil) como si de la asistencia del menor se encarga un guardador de hecho (tras la reforma de 1983).

En el caso concreto que da pie a la sentencia de 20 de febrero de 1992, la actuación de abuelo podría calificarse, a mi juicio, como de tutor provisional o interino, al amparo del art. 203 del Código civil en su redacción originaria. No tutor legítimo, al amparo del art. 211 del Código civil, porque no llegó a constituirse la tutela. De forma tal que, en principio, los menores no estaban privados de asistencia, pero sí carecían de representante legal. En principio, por tanto, y de suscitarse controversia sobre cuestión que afectara a los intereses de los menores, era el Ministerio Fiscal el llamado a ejercitar su representación y defensa.

Lo normal es que el Ministerio Fiscal actuara en el proceso penal ejercitando la acción, al amparo del art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tuvo ocasión, por tanto, de conocer la situación de los menores. Además, es posible incluso que ejerciera de oficio la acción de responsabilidad civil (art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y de ahí que llegara a dictarse, producido el sobreseimiento de las actuaciones penales, el auto ejecutivo señalando la cuantía máxima de indemnización a cargo del seguro obligatorio. Este auto se notificó al abuelo, que no llegó a ejercitar siquiera la demanda ejecutiva. Pero el abuelo, vuelvo a repetir, no era el tutor ni, por tanto, el representante legal de los menores. El Ministerio Fiscal no debió desentenderse de la cuestión por la notificación del auto al abuelo, porque la legalidad le imponía esa función de representación de menores hasta la constitución de la tutela —o del Consejo de familia, en el momento en que sucedieron los hechos—.

La doctrina procesalista ha denunciado la falta de imaginación del legislador al atribuir al Ministerio Fiscal la defensa y representación de menores e incapaces (52). Se denuncia, con carácter general, cómo la función que se le atribuye en este ámbito, poco tiene que ver con su misión fundamental de defensa de la legalidad, ya que debe defender los intereses particulares y privados de su representado (53). Y cómo, en consecuencia, es perturbador que se encomiende al Ministerio Fiscal esa misión de suplencia en relación a las personas que carecen de representante legal.

(52) Recientemente, con cita de abundante doctrina, M. C. CALVO SÁNCHEZ, *Hacia una nueva configuración del Ministerio fiscal en el futuro modelo de enjuiciamiento civil*, en *La Ley*, 1992-2, p. 1154.

(53) V. L. PRIETO-CASTRO, *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Madrid, 1964, p. 7; FAIREN GUILLÉN, *El papel del Ministerio Fiscal español en el proceso civil*, en *RGLJ* 1974-2, p. 665; M. SERRA DOMÍNGUEZ, *El Ministerio Fiscal (Estudio en Homenaje al Profesor Prieto-Castro)*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 1979-1, p. 671.

Ahora bien, debe quedar claro que una cosa es la crítica que se haga de la previsión legal, y las posibilidades o alternativas que se señalen *de lege ferenda*, y otra bien distinta que, al amparo de esa crítica, los fiscales, haciendo dejadez de sus funciones, no ejerzan una representación prevista por ley. La falta de medios necesarios para llevar a cabo esta función ha llevado a calificar la actuación del Ministerio Fiscal en las actuaciones tutelares que se le encomiendan de «desmayada y carente de eficacia práctica» (54). Y en el caso que da pie a la sentencia que ahora se comenta así lo evidencia.

Una última cuestión que, a mi juicio, cabría apuntar. Puesto que, en primer lugar, el Ministerio Fiscal es el representante de quien debe quedar sometido a tutela mientras se constituye ésta, al amparo del art. 3 del Estatuto de 1981 y del art. 299 bis del Código civil actualmente vigentes. Y puesto que, en segundo lugar, el art. 1932 II del Código civil establece una acción de resarcimiento contra el representante legítimo cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción, ¿cabría exigir esa responsabilidad al Fiscal?

En principio, no habría porqué negar esta posibilidad. Lo dispuesto en el art. 1932 del Código civil debería completarse con el art. 60 del Estatuto Orgánico de 1981 y lo dispuesto, por la remisión que a estos preceptos se hace, en los arts. 411 a 413 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sobre responsabilidad de Jueces y Magistrados. Cuestión distinta es que, en la práctica, pueda imaginarse una reclamación de este tipo. Reclamación que, además, se encontraría con un problema fundamental a la hora de valorar si la inactividad del fiscal podía o no considerarse como culpable —porque así lo exige la Ley para ser generadora de responsabilidad por los daños ocasionados a los menores—.

(54) E. RUIZ AVADILLO, *Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal*, en *Revista de Derecho Judicial*, 1960-2, p. 124.

La indemnización del artículo 98 del Código Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)

MANUEL LEÓN GONZÁLEZ

Abogado. Profesor Asociado de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó Sentencia con fecha de 10 de marzo de 1992, en la que resuelve que: «En casos de buena fe concurrente y coincidente no opera la pensión del artículo 98. Ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de la respectivas pretensiones conforme al artículo 1195 del Código Civil, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada. En los casos de mala fe de ambos tampoco puede aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia».

I. ANTECEDENTES

La esposa demandante de la acción indemnizatoria contrajo matrimonio en el año 1953; de dicha unión habían nacido tres hijos varones.

El Tribunal Metropolitano había dictado Sentencia con fecha de 14 de marzo de 1985, en la que con confirmación de la pronunciada en primera instancia por el Tribunal Eclesiástico de Santander, decretó la nulidad del matrimonio por el capítulo de incapacidad para asumir las obligaciones conyugales por parte de la esposa, en razón a la enfermedad por ésta padecida, de neurosis profunda.

Al amparo del art. 98 del Código Civil, dedujo acción indemnizatoria que le fue desestimada en la instancia.

Apelada la Sentencia, la Sala de la Audiencia Provincial, estimando en parte la demanda, fijó en la cantidad de quince mil pesetas mensuales la indemnización a abonar por el recurrente a la demandante, con revisión anual de conformidad con las variaciones del Índice de Precios al Consumo.

Contra la Sentencia de la Audiencia el esposo formuló recurso de casación al amparo del ordinal núm. 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuici-

ciamiento Civil, mediante el cual denunció aplicación indebida del citado art. 98 del Código Civil.

El Tribunal Supremo casa y anula la Sentencia recurrida, confirmando, si bien con una fundamentación jurídica distinta, la del Juzgado de Primera Instancia que tras desestimar la demanda, absolvió al demandado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los Fundamentos de Derecho de la Sentencia objeto de comentarios son los siguientes:

«La indemnización que dicho art. 98 del Código Civil reconoce no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, sino que más bien se trata de que en cierto sentido una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia hasta producir su desaparición. No trata el precepto de imponer sanciones, aunque en un principio así pueda entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización, lo que representaría volver a reconsiderar sus conductas determinativas de la nulidad decretada y, en su caso, los daños que pueda haber sufrido el otro consorte de buena fe, para cuya reparación queda abierta la vía del art. 1902 del Código Civil (S. 26-11-85), sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económicas sociales y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial polarizándose sobre los principios de autosuficiencia y neutralidad de costes, al faltar una adecuada institución estatal de previsión social autónoma, sobre todo para las mujeres carentes de actividades laborales, lo que la realidad de los tiempos parece cada vez demandar en forma urgente y necesaria de satisfacción de justicia social.

El art. 98 del Código Civil, por la remisión que efectúa el art. 97 precedente impone para su aplicación la concurrencia de puntuales requisitos, que la sentencia combatida apreció se daban en el caso que se enjuicia. En este sentido se ha producido la nulidad de un matrimonio y convivencia conyugal efectiva por más de veinte años.

La aludida remisión de normas ha de entenderse rectamente en el sentido de que dándose la situación prevista en dicho art. 98, el 97 solo incide a efectos de cuantificar la indemnización postmatrimonial de procedencia.

Ahora bien, en todo caso la aplicación del art. 98 sobre el que gira todo el ataque casacional, exige que se haya cumplido la condición necesaria e ineludible para producir efectos civiles las sen-

tencias de los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, consistente en que las mismas han de ser previamente declaradas ajustadas al Derecho del Estado, es decir a nuestro ordenamiento jurídico, por los Tribunales Civiles correspondientes, conforme declara el art. 80 del Código Civil, en relación al Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3-1-1979, ratificado por Instrumento de 4-12-1979 y 117-5 de la Constitución, que ha venido a modificar sustancialmente el sistema anterior de plena jurisdicción de los Tribunales Eclesiásticos, conforme con el Concordato de 17-8-53, a un sistema de control y ajuste de las resoluciones pronunciadas en la materia por la potestad jurisdiccional de la Iglesia Católica.

La referencia que efectúa el citado art. 80 del Código Civil al art. 954 de la Ley Procesal Civil, se complementa con el procedimiento correspondiente que instauró la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/1981 de 7 de julio, y que concluye con la decisión judicial en forma de auto, reconociendo o no eficacia en el orden civil a la correspondiente resolución o decisión eclesial.

Dicha homologación judicial-civil no se ha producido en el supuesto que se enjuicia, pues siendo facultad de los interesados llevarla a cabo, bien actuando conjuntamente o por separado, no consta se hubiera promovido al efecto, lo que conlleva a tener que apreciar la falta de presupuesto preciso tanto para entablar litigios, como para pronunciar cualquier resolución definidora de derecho sobre los efectos civiles del matrimonio declarado nulo.

En consecuencia el motivo ha de estimarse, en razón a infracción del contenido sustantivo del artículo argumentado —98 del Código Civil—, ya que no procede su aplicación por incumplimiento de su necesaria precedencia legal en cuanto al trámite de homologación hecho referencia, lo que ocasiona la desestimación de la demanda y confirmación de la sentencia de primera instancia, si bien en base a fundamentación distinta a la que contiene esta resolución.

No obstante lo analizado, también es necesario aportar a la cuestión los hechos de la concurrencia de las circunstancias de no haberse declarado en la sentencia canónica la mala fe de ninguno de los esposos, que estuvieron conformes en que se decretase la nulidad de su vinculación matrimonial, debiendo partirse de una situación de buena fe en ambos por aplicación de este principio que el Código Civil contempla genéricamente en su art. 7, en relación a la literalidad del precepto 79 de dicho Código, al presumir la buena fe como regla general.

En estos casos de buena fe concurrente y coincidente no opera el alegado art. 98. Ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones, conforme al art. 1195 del Código Civil, pues el derecho indemnizatorio asiste al cónyuge cuya mala fe no resulte probada. En los casos de mala fe de ambos tampoco puede aplicarse el precepto 98, pues la indemnización carece de toda razón de ser y consistencia».

III. COMENTARIO

A) Consideraciones previas

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1992, que en el Primero de sus Fundamentos de Derecho, último párrafo, establece que «en casos de buena fe concurrente por ambos cónyuges no opera el artículo 98 (ya que) ningún esposo podrá reclamar indemnización al otro, al producirse una compensación de las respectivas pretensiones conforme al art. 1195 del Código Civil», crea una cierta intranquilidad en el jurista práctico que hasta ahora y para supuestos similares al enjuiciado, había venido observando cómo la jurisprudencia menor hacía una interpretación amplia del precepto, acordando la indemnización en favor del cónyuge más desfavorecido, normalmente la esposa.

La decisión adoptada por la Sentencia referida, de notoria injusticia —al menos en su formulación abstracta—, es la siguiente: el cónyuge que tras veinte años de matrimonio, de exclusiva atención al hogar y dedicación a la familia, ve anulado su matrimonio por el capítulo de incapacidad para asumir las obligaciones conyugales, se ve privado de la indemnización que recoge el art. 98 del Código Civil, si concurre la buena fe en ambos contrayentes.

Y no entiendo que sea cuestión de alegar, que de existir una adecuada institución estatal de previsión social autónoma para las mujeres carentes de actividad laboral, el problema quedaría solucionado; menos aún cuando en ninguno de los países que nos sirven de módulo de referencia, próximos a nuestro entorno, existe institución de dicho tipo, sino tan sólo organismo estatal que anticipa las pensiones adeudadas subrogándose contra el deudor contumaz.

Es cierto que la idea de la compensación de la buena fe, ha sido defendida desde los primeros años de entrada en vigor de la Ley 30/1981 de 7 de julio (1) y de forma más reciente (2) por juristas autorizados; sin embargo, no ha sido ese el trato que los Juzgados de Primera Instancia-Familia y las Audiencias Provinciales han ido dando al asunto, probablemente más que por un concienzudo estudio del precepto, por una visión de mayor contenido social, o por la intuición jurídica de que a estos efectos, la posición económica del cónyuge más débil, en la nulidad y en el divorcio, es la misma.

Pero es preciso puntualizar que la compensación a la que se refiere la Sentencia objeto de comentario, y la que defiende Roca Trias son diferentes, ya que mientras que la primera se ampara en el art. 1195 del

(1) ROCA TRIAS, E. *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia*. Vol. I, p. 632. Madrid-84.

(2) ROCA TRIAS, E., *Comentario al Código civil*; Tomo I. p. 406. Madrid-89.
ALBACAR LÓPEZ J.L. MARTÍN GRANIZO M.: *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo I, p. 725, Madrid-91.

Código Civil, regulador de la compensación como forma de extinción de las obligaciones, con sus peculiares requisitos, la autora citada entiende compensada la buena fe, con amparo en el carácter sancionador que atribuye al art. 98 en relación con el art. 95, ambos del Código Civil. Y aunque en una interpretación tolerante pudiese pensarse que el Ponente podría haber querido referirse a la compensación judicial, en la que existiendo el requisito de la homogeneidad, falta el de liquidez que sería determinado en la sentencia que se dicte, los términos en los que está redactada la Sentencia del Tribunal Supremo no ayudan a concluir que pensare en esa posibilidad, ante el rechazo «a limine» que hace de la indemnización sin haber procedido previamente a su cuantificación y posterior compensación si procediere, tras valorar las circunstancias del art. 97 del Código Civil. La Sentencia, lastimosamente a nuestro juicio, confunde la compensación de las obligaciones con la de la buena o mala fe, y aquí, el perjuicio económico, necesariamente en uno solo de los esposos, impide aplicar la idea de la compensación tal como hace la Sentencia.

B) De vueltas con el tema del ajuste al Derecho del Estado Español

Cualquiera de los cónyuges casados canónicamente puede interesar la nulidad de su matrimonio, tanto en el orden civil como en el canónico. Y ello no sólo es consecuencia de lo regulado en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado Español y la Santa Sede, sino del derecho de libertad religiosa constitucionalmente sancionado. Así, uno de los esposos puede solicitar la nulidad canónica de su matrimonio y el otro, por pasiva, ha de «soportar» el conocimiento de dicha acción por los Tribunales eclesiásticos, oponiéndose a la misma, remitiéndose a la Justicia del Tribunal, o bien cooperando con tal solicitud; posteriormente vendrá la homologación y el reconocimiento de efectos civiles a través del trámite de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 30/81 de 7 de julio. En el mismo sentido, el otro esposo puede interesar la nulidad civil o el divorcio, que de igual forma habrá de soportar el contrario, quizás más interesado en la nulidad canónica. Pero hay un dato de significada importancia: el hecho de que el elenco de causas de nulidad canónica es más amplio que el establecido en el Código Civil, que no solo las restringe —obviamente al regular el divorcio—, sino que permite la convalidación y prescripción sanatoria. Insisto en que cualquiera de los cónyuges está asistido del derecho a interesar la nulidad de su matrimonio en el ámbito canónico, por ejemplo, basada en la causa de la incapacidad para asumir las obligaciones del matrimonio, pero téngase en cuenta que en el Código Civil, esta causa no existe, ya que media un abismo entre la previsión de art. 56-2 del Código Civil, y lo regulado en el ca. 1095-3 del CIC; por ello si posteriormente se homologa la Sentencia canónica de Nulidad, reconociéndosele efectos civiles, y siendo ambos esposos contrayentes de

buena fe, en el sentido de carecer de voluntad consciente de contraer matrimonio nulo (3), la esposa —generalmente, dada la incontestable realidad española— se quedará sin pensión (alimenticia y compensatoria) y sin indemnización.

Desde la Reforma del Código Civil operada mediante la Ley 30/81 de 7 de julio, e incluso antes, con el Acuerdo entre la Santa Sede y Estado Español del año 1979, la doctrina dedicó especial interés al estudio del tema del ajuste de las resoluciones canónicas al Derecho del Estado, hoy por el transcurso de los años, algo aparcado. La doctrina se dividió en dos sectores, dependiendo de su mayor proclividad canónica o civil, al que luego se añadió el ecléctico; unos autores estimaron que el ajuste se refería tan solo al cumplimiento de los requisitos del art. 954 de la LEC al que hacía breve referencia el art. 80 del Código Civil, según redacción dada por la Ley de Reforma; desde luego —y es evidente— el Juez Civil no puede entrar a conocer en el fondo de la resolución canónica; el segundo, entendió —con idéntico acierto que el anterior en sus argumentaciones— que la resolución canónica debía ajustarse al Código Civil y a los principios que desde la Constitución lo informan; y el tercero —de síntesis— entendió que el ajuste se reduce a constatar no solo los requisitos del art. 954 de la LEC, sino también que no haya vulneración del espíritu de la reforma del Derecho de la familia que surgió con la Constitución Española; es decir, no pueden reconocerse efectos civiles a la Sentencia canónica de nulidad que se ampare, por ejemplo, en haber excluido la indisolubilidad del matrimonio; el ejemplo es fácil, pero hay muchos otros supuestos que hay de resolver caso por caso, en función que corresponde exclusivamente a los Jueces en virtud del mandato constitucional, y según su prudente arbitrio.

El tema queda pues centrado: dependiendo de la postura que adopte el órgano judicial, más laxa o más estricta, se homologará o no la Sentencia canónica y se privará o no al cónyuge de una pensión alimenticia, compensatoria o de una indemnización; porque, no reconocidos efectos civiles, se podrá deducir la acción de separación o de divorcio, con sus respectivas pensiones; pero si se produce una homologación por una causa que nunca prosperaría de seguirse la vía civil, estamos privando al cónyuge de una pensión, que le correspondería de no haberse optado por la vía canónica, provocando una desigualdad, o discriminación.

Y es entonces cuando queda abierta la vía al fraude: utilizar el procedimiento canónico para privar al otro cónyuge de la pensión que pueda corresponderle, siendo relativamente frecuente en el foro, que esta circunstancia —consciente o inconscientemente— forme parte de

(3) GARCÍA CANTERO G. *El vínculo matrimonial en el Derecho Español*. Madrid-Roma 1959, p. 227.

la negociación, pasando alguna que otra vez, de la simple opción defensiva a móvil, más o menos directo, de la acción de nulidad canónica, o de su oposición a la misma. Sea como sea, lo cierto es que homologación y art. 98 tienen una íntima relación, ya que si el Juez reconoce efectos a la Sentencia canónica, en una interpretación laxa del Ajuste, ha de tener en cuenta que tiene en su mano el privar o no de una indemnización, lo que variará según la posición que adopte sobre el cual sea la naturaleza de la que regula el artículo 98.

C) Naturaleza de la indemnización del art. 98 del Código Civil. Requisitos

La redacción actual del artículo 98, procede de la admisión de las enmiendas presentadas al Texto del Gobierno, por los Grupos Comunista y el Nacionalista Vasco. Con ello, y sobre la base de la defendida por el primero de los Grupos mencionados, se añadió el concepto de la «buena fe» y se sustituyó el término de «pensión» por el de «indemnización», con lo que el artículo —según se dijo— «corregía las deficiencias del Proyecto y su falta de acomodación al ordenamiento español».

No obstante, la redacción del artículo en el Proyecto del Gobierno («El cónyuge cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá también derecho a la pensión a que se refiere el artículo anterior —es decir, la de desequilibrio económico— si por la convivencia marital, la sentencia produce una situación análoga»), era coherente con el espíritu que informaba la Reforma, ya que, superada la idea de culpabilidad y adoptado el sistema del divorcio-remedio, no había porqué exigir la buena fe en los casos de nulidad, a la par que se trataba de garantizar en ellos, la estabilidad económica de forma similar a como se hacía en el divorcio. Esta era la razón de la inclusión del artículo en dicho contexto normativo y de su paralelo tratamiento al del art. 97; a lo que se unía la previsión de que si no se establecía una pensión o indemnización para los supuestos de nulidad canónica, esta opción sería objeto de desdén por parte de los cónyuges menos favorecidos económicamente, que se verían así desprovistos de cualquier tipo de ayuda, de acudir a la nulidad ante los Tribunales Eclesiásticos.

Sin embargo, admitidas las enmiendas, se sustituye el término «pensión» por el de «indemnización», y se la excluye para el cónyuge de mala fe, en aplicación de las normas sobre el matrimonio putativo, lo que no obstante, corregidos los defectos técnico-jurídicos, en nada impide como veremos, seguir interpretándolo de conformidad con su originaria finalidad.

El artículo quedó con la siguiente redacción: «El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una in-

demnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el art. 97».

El precedente remoto del precepto es —creo— una síntesis de los arts. 129 y 129 bis del Código Civil Italiano, aunque Roca Trias, con su autoridad, entiende que lo es solo el segundo de estos artículos (4), basándose, entre otras argumentaciones, en que el Grupo Comunista fundamentaba su enmienda apoyándose en la idea «de sanción frente al acto nulo».

El art. 129 del Códice establece: «Cuando las condiciones del matrimonio putativo se verifican para ambos cónyuges —es decir, con buena fe recurrente—, el Juez podrá disponer a cargo de uno de ellos y por un período no superior a tres años, la obligación de abonar sumas periódicas de dinero, en proporción a sus bienes, en favor del otro, cuando éste no tenga rentas propias o no haya pasado a nuevas nupcias».

Y a su vez, el 129 bis: «El cónyuge al que sea imputable la nulidad del matrimonio —es decir, el de mala fe— está obligado a abonar al otro cónyuge de buena fe, una indemnización, aunque no se pruebe el daño sufrido. La indemnización debe comprender en términos generales una suma correspondiente al mantenimiento durante tres años. También queda obligado a prestar alimentos si no existen otros obligados».

Se observa pues que la regulación citada, aparte de la sanción impuesta al cónyuge de mala fe, trata de posibilitar al de buena fe, exclusiva o concurrente, desfavorecido tras la declaración de nulidad del matrimonio, una pensión temporal a cargo del otro y proporcional a los bienes de éste. Es esta una solución que no tendría paralelo en nuestro Derecho, de seguirse la doctrina sentada en la Sentencia que comentamos.

García Cantero (5) plantea que el art. 98 es de una novedad relativa, ya que los Tribunales venían otorgando indemnizaciones por nulidad con base en el art. 1902; pero la que instaura el art. 98 tiene un aspecto de mayor cotidianidad; de atención de las necesidades perentorias; de «compensación de las consecuencias naturales que resultan de toda declaración de nulidad del matrimonio» como dice De Angel Yaguez (6). Pero es necesario destacar las diferencias entre estos dos tipos de indemnizaciones, que García Cantero ya refiere al hablar de la compatibilidad de ambas, para evitar cualquier asomo de intención de

(4) ROCA TRIAS E., *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia*. Vol. I. p. 629.

(5) GARCÍA CANTERO G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*. Madrid, p. 447.

(6) DE ANGEL YAGUEZ, R.: *Indemnización del daño moral resultante de la declaración del matrimonio*. La Ley. T. 1986-2, p. 717.

vetar la vía del art. 98 con la excusa de reservar a las partes el recurso al art. 1902. El art. 1902 del Código Civil, queda reservado —y así se deduce de la, por demás, escasa jurisprudencia al respecto— para supuestos en los que se interese una indemnización para la reparación de un daño moral; de un daño patrimonial no cubierto con el art. 98; o por la frustración de un proyecto de vida o de la expectativa a una familia estable (7).

Se han venido considerando como requisitos para la fijación de la indemnización, la existencia de una Sentencia de nulidad, homologada; que el cónyuge lo sea de buena fe; y que haya existido convivencia. La referencia a las circunstancias del art. 97, se hace única y exclusivamente a los fines de la cuantificación de la pensión, como veremos más adelante.

Ahora bien, sólo tiene carácter de requisito como tal, la exigencia de la convivencia, ya que la nulidad del matrimonio y la buena fe, forman parte del supuesto de hecho: la norma regula la situación del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, de la misma forma que el art. 97 establece la pensión compensatoria en favor de aquel a quien la separación o el divorcio causen un desequilibrio; posteriormente vendrá la cuantificación mediante un elenco de circunstancias que relaciona el citado artículo. Y el hecho de que el Proyecto del Gobierno sufre la modificación de las enmiendas de los dos grupos parlamentarios ya referidos, no obliga a concluir que el artículo en su actual redacción se apartara necesariamente de la idea concebida por el mismo de compensar el perjuicio, ni por otro lado, que haya de concluirse que la indemnización del art. 98 tenga carácter sancionador.

La redacción del artículo nos obliga a dos consecuencias. La primera, derivada de su formulación positiva, es que sólo tiene derecho a la indemnización el cónyuge de buena fe, es decir, nunca el de mala fe, con lo cual no cabe hacerse planteamientos de qué ocurre cuando ambos son contrayentes de tal calidad. Y la segunda es que no se dice en la norma que la indemnización haya de ser inexcusablemente con cargo al de mala fe, que puede no haberlo. Ni la nulidad del matrimonio, atendidas sus causas (civiles y canónicas, susceptibles de ser «homologadas») ni el art. 95, imponen la necesidad de mala fe en todo supuesto de nulidad, lo que sí hacen estos preceptos es privar de todo derecho a quien conscientemente («de mala fe») fue agente provocador de la nu-

(7) Con anterioridad a la entrada en vigor del art. 98 del Código Civil, según redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, el Tribunal Supremo había tenido ocasión de definirse en el asunto de la reparación del daño moral en el Derecho de Familia, mediante Sentencias como la de 6 de diciembre de 1912 y la de 21 de enero de 1957; ya en vigor el art. 98 en su actual redacción, merece atención la Sentencia de 26 de noviembre de 1985, comentada como las precedentes, por De Angel Yaguez, en estudio citado en la Nota anterior.

lidad, y si el de buena fe tiene derecho a participar en las ganancias obtenidas por el otro, no entiendo que exista razón de peso para sancionarlo privándolo de la indemnización que pudiere corresponderle de quedar desfavorecido con la declaración de nulidad. Y se me puede reargüir inmediatamente que tampoco existe motivo para sancionar al otro contrayente, también de buena fe, imponiéndole la carga de la indemnización; cierto, salvo que superando la connotación sancionadora a la que podría inducir la literalidad del término «indemnización» y atendiendo a la ratio del art. 98, desde su remisión al art. 97 y su exigencia de convivencia, y tanto como a ella, a las razones de justicia material que están en su base, se entienda que lo que la ley consagra en este caso, no es una medida punitiva al cónyuge que tras la nulidad queda en mejor posición, sino favorecer al más necesitado, al que proporciona esta medida asistencial o compensatoria.

No deja de resultar, cuando menos curioso, que reconozcamos que el legislador español se inspiró en los ordenamientos francés, italiano y alemán, copiando casi literalmente el art. 270 y siguientes, del Código francés, dedicados a la pensión compensatoria, o el art. 129 bis, del italiano, y que provocándose el vacío legal en la interpretación del art. 98, se adopte una solución contraria a la de esos ordenamientos, en este punto.

Roca Trías califica la indemnización como de naturaleza sancionadora y no resarcitoria (8); sin embargo, entiendo que tiene carácter resarcitorio, y afinando aún más, asistencial-compensatoria en inevitable paralelismo con la pensión prevista para los casos de separación y divorcio. Si algo hay sancionador en el art. 98 será el privar el derecho a ser indemnizado al cónyuge de mala fe; al que ilícita y conscientemente provocó el hecho de cuyas resultas pretendiera ser indemnizado.

¿Qué ocurre cuando ambos contrayentes lo son de buena fe? ¿Se compensa ésta; o se compensan las indemnizaciones resultantes ya cuantificadas tras valorar las circunstancias del art. 97 en cada uno de ellos; o más bien se fijará una indemnización dependiendo exclusivamente de que uno de los cónyuges quede en posición más desfavorecida que el otro y sin medios para atender a su propia subsistencia en la nueva etapa de su vida en la que ahora entra?

El art. 98 establece una indemnización de tipo objetivo, desprovista de la exigencia de la probanza de daño, que tiene como objeto indemnizar las consecuencias que, en el orden de lo patrimonial, la nulidad provoca en el cónyuge de buena fe, que ve que los años dedicados al matrimonio y a la familia le han impedido allegar bienes o sentar las bases para una subsistencia económica independiente. El contrayente que ha sido causante con mala fe, de esa apariencia matrimonial, no podrá aprovecharse de la misma, pero si no lo han sido ninguno de los

(8) ROCA TRIAS, E., *Comentario del Código Civil*; Tomo I, p. 406, Madrid 89.

dos, la compensación «entre las respectivas pretensiones indemnizatorias —como propugna la Sentencia—, de conformidad con el art. 1195 del Código Civil», supone dar el mismo tratamiento que si hubiere sido cónyuge contrayente de mala fe, con lo que se causa una injustificable igualación de situaciones que son diferentes y se viene a sancionar un claro enriquecimiento sin causa: el que proporciona al contrayente que, contra el designio legal (art. 1438 in fine y 103-3, in fine, del Código Civil), conservará exclusivamente para sí, lo que solo pudo ganar contando con la colaboración del otro en la completa economía conyugal. Mientras que la pensión del art. 97 tiene como objetivo compensar el desequilibrio que puede ocasionar la separación, y la extinción del derecho a los alimentos que conlleva la disolución del vínculo matrimonial por el divorcio, así como el mantener al cónyuge que la percibe, y en la medida de lo posible, en el status social hasta ahora disfrutado, la indemnización del 98 resarce la situación de desamparo que puede provocar la nulidad en quien no allegó bienes para atender a su nueva situación personal, debido a las ocupaciones matrimoniales y familiares.

Así pues, si por ejemplo, el marido ha estado trabajando y la esposa se ha ocupado exclusivamente del hogar, perdiendo las posibilidades de encontrar un trabajo, de especializarse, de reintegrarse al que dejó por contraer matrimonio o por tener que dedicarse a la crianza de los hijos; o si ha colaborado como secretaria, empleada, o ha sido el soporte económico del matrimonio cuando el otro estudiaba o se formaba hasta estabilizarse profesionalmente, habrá que indemnizar el perjuicio que la asunción de esas tareas, englobadas en el cumplimiento de las obligaciones conyugales (arts. 67 y 68 del Código Civil) le han provocado. Desde luego, si trabaja de igual forma que el esposo, aunque sean menores sus retribuciones, la indemnización —habiendo perjuicio— será menor, pero no creo que haya que fijarla en favor del uno y del otro y luego compensar los saldos. De forma pareja, si no ha cotizado a la Seguridad Social, mientras que el esposo, cuando se jubile, o pase a cualquiera de las contingencias cubiertas tendrá una pensión, la esposa estará sin asistencia económica, por lo que habrá de tener en cuenta esta circunstancia. La dedicación pasada y futura a la familia o a los hijos habrá de ser igualmente tenida en cuenta, ya que resulta incuestionable que causa un palpable perjuicio al obligar a reorganizarse la vida renunciando a logros profesionales que exigen una dedicación más intensa, incompatible aunque sea parcialmente con la atención de los hijos.

D) Conclusiones

1. La indemnización fijada en el art. 98, es de tipo objetivo y carácter resarcitorio, no punitivo, compatible con la del daño moral ex art. 1902, al que no sustituye.

2. La buena fe recurrente en ambos contrayentes no se compensa, sino que dará lugar a indemnización en favor de aquel a quien la nulidad deje en situación más desfavorecida. El obligado al pago no tiene que ser necesariamente contrayente de mala fe. Se cuantificará esta indemnización tras valorar las circunstancias del art. 97.

3. El cónyuge de mala fe no tiene derecho a indemnización aunque la nulidad lo coloque en situación de desamparo.

4. Mientras que la pensión del art. 97 compensa el desequilibrio que puede provocar la separación o el divorcio, la indemnización del art. 98 resarce los perjuicios que puede ocasionar a uno de los cónyuges, necesariamente de buena fe, el hecho de que después de dedicar determinados años al matrimonio, privándose de otras posibilidades de exclusivo desarrollo personal, económico, o profesional, ve anulado su matrimonio quedando ante un futuro económicamente incierto. Por ello atendiendo a su edad y estado de salud, a su cualificación profesional y posibilidades de acceso a un empleo, a la mayor o menor dedicación pasada o futura a la familia, a su colaboración, no retribuida, en las actividades del otro cónyuge, y a la duración del matrimonio y de la convivencia, se fijará una indemnización, que podrá ser abonada mensualmente, ya que no hay razón que obligue a lo contrario, y que además tendrá en cuenta el caudal y medios económicos y las necesidades del empobrecido, así como las del obligado al pago.

**Incapacidad sobrevenida de un albacea
mancomunado y la condición de matrimonio con
beneplácito de un tercero
(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 2 de diciembre de 1991)**

SUMARIO: I. Hechos.—II. Fundamentos de Derecho.—III. Comentario: 1. Incapacidad sobrevenida de un albacea mancomunado. 2. La inadmisibilidad de la condición de matrimonio con el beneplácito de un tercero. 3. Estudio de otras condiciones de matrimonio.

I. SENTENCIA

I. Hechos

Los relevantes se exponen en el Fundamento de Derecho primero. Interesa destacar, que el testador, don Manuel F. F., mejoró en el testamento a su hijo don Ramón bajo la condición que contraiga matrimonio con el beneplácito del testador o de su esposa si ésta le sobrevive, viva en compañía de sus padres y mantenga unida la explotación agrícola; y designó albaceas a don José A. L. y don De la T. Don Ramón cumplió todas las circunstancias constitutivas faltando solo el beneplácito de su madre a su matrimonio al contraerlo tras el fallecimiento de ésta. A la finalización del plazo del albaceazgo don De la T., padecía una enfermedad que le impedía seguir desempeñando su cargo, continuando en don José A. L., que entiende incumplida la condición al continuar soltero a la muerte de su madre. Don Ramón demanda a sus hermanos y al albacea pidiendo la nulidad de la partición. Tanto en Primera Instancia como en Apelación estiman la demanda. Contra la sentencia de la Audiencia se interpuso recurso de casación por uno de los hermanos de don Ramón.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Para fallar el presente recurso, ha de partirse de los siguientes hechos inconcusos: A) D. Manuel F.F., casado con D.^a Ramona R.A., otorgó testamento abierto en 22 de agosto de 1959 —falleciendo el 30 de septiembre del propio año— en el que se consignaba su última voluntad, en cuanto aquí interesa, conforme a las siguientes cláusulas literales: Tercera.—Lega a su esposa el tercio de libre disposición de su herencia en pleno dominio, con la condición de que no contraiga nuevo matrimonio. Cuarta.—Mejora en el tercio de su herencia destinado por la Ley a ese objeto, a su hijo Ramón, con la condición de que se case en casa del otorgante, según la costumbre de casarse en casa de esta región, con el beneplácito del testador o de su esposa si ésta le sobrevive, y viva en compañía del otorgante y su esposa hasta el fallecimiento de ambos, trabajando los bienes propiedad de los mismos. Si su expresado hijo Ramón, no cumplierse las condiciones indicadas, se entenderá mejorado en el mencionado tercio, aquél de los otros hijos del testador, varón o hembra, que en estado de casado viva en compañía del otorgante y su esposa hasta el óbito de ambos, trabajando los bienes de éstos. Sexta.—Con el propósito de no dividir en lo posible la pequeña explotación agrícola que constituyen los bienes que posee, adjudica todos los integrantes de su herencia, a aquél de sus hijos que resulte mejorado conforme a lo dispuesto en la cláusula cuarta, con la obligación de abonar en metálico su legítima a los demás herederos. Séptima.—Nombra albaceas con facultades de contadores partidores de su herencia, incluso para la entrega de legados, a don José A.L., Abogado, vecino de Avilés, y al Notario que suscribe, prorrogándonos el plazo legal para el ejercicio del cargo, hasta dos años después de su fallecimiento o de su esposa, si ésta le sobrevive. B) D.^a Ramona R.A. otorgó, a su vez, testamento en 23 de febrero de 1977, con las siguientes cláusulas, que aquí importan: Tercera.—Lega y mejora en pleno dominio íntegros el tercio de libre disposición y el tercio de mejora de su herencia a su hijo don Ramón, que según afirma, de siempre convivió en la casería con la otorgante, sustituido este legatario y mejora por sus descendientes legítimos. Quinta.—Es deseo de la testadora que se le pague a su hijo don Ramón, su participación en esta herencia, en primer lugar, con el Coto de la Casería... y si este Coto excediese del importe total de la herencia dejada al citado D. Ramón, pagaría a sus otros... hermanos ese exceso de dinero. Sexta.—Nombra Albaceas contadores partidores con carácter solidario para realizar todas las operaciones de su testamentaria... hasta dejarla ultimada, a su sobrino D. Vitorio G.R. y a D. Ricardo S. de la V., Abogado, concediéndoles para cumplir su cometido el plazo y prórroga legales. C) D.^a Ramona falleció el 13 de abril de 1981. D) El Juzgado prorrogó por seis meses, a partir del 13 de abril, el plazo para liquidar la sociedad conyugal y la partición de las herencias, consideraciones que se protocolizaron por D. José A. L. y D. Ricardo S. de la V. en 10

de octubre del propio año, manifestándose que «En cuanto a la herencia de D. Manuel, en cuyo testamento no se prevé la solidaridad de los albaceas, hay que entender que caducado el plazo y no prorrogado para el Notorio autorizante del testamento, corresponde dicha facultad únicamente el compareciente señor A.» y que «El heredero don Ramón F. R. no cumplió las condiciones que su padre le impuso para que tuviera efectividad la mejora que le hiciera en su testamento, pues si bien convivió con sus padres hasta el fallecimiento del último, sin embargo continuaba soltero al ocurrir la muerte de su madre», y tampoco procede sustituir en dicha mejora a ninguno de los otros herederos (sus hermanos), toda vez que si bien contrajeron matrimonio, al hacerlo formaron hogar parte, independientemente de sus padres. E) D. Ramón demandó a sus hermanos y a los albaceas solicitando, en esencia, la nulidad de la partición y la de las inscripciones que hubiera podido causar en el Registro de la Propiedad, oponiéndose los demandados quienes alegaron la incapacidad del Notario y el incumplimiento de la condición. El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Gijón acogió íntegramente la demanda al entender que en la herencia de D. Manuel habían de intervenir los albaceas de forma mancomunada, aun dada la precariedad de la salud del Sr. Notario y que dada la atención dominante en los testamentos se había cumplido la condición, máxime cuando D. Ramón había contraído matrimonio después de fallecidos sus padres. G) La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo confirmó la sentencia del Juzgado, al estimar que era preceptiva la intervención del albacea Sr. De la T., con independencia de que sus padecimientos supusiesen la imposibilidad a que se refiere el art. 910 del Código Civil, al no haber renunciado, ni fallecido y ser los supuestos de incapacidad sobrevenida considerados como de remoción, sin que la misma se hubiera intentado, lo que hacía ocioso examinar el resto de las cuestiones debatidas. H) Don Manuel F.R. interpuso el presente recurso de casación.

Segundo. De la lectura de las cláusulas testamentarias se desprende que el albaceazgo se constituyó por D. Manuel F.F. sin aclarar de modo específico que hubiera de funcionar con carácter mancomunado, sucesivo o solidario, de tal manera que la aplicación de los arts. 895 y 897 del Código Civil parece lógica al establecer que «cuando los albaceas fueren mancomunados, sólo valdrá lo que todos hagan de consumo, o lo que haga uno de ellos legalmente autorizado por los demás, o lo que, en caso de disidencia, acuerde el mayor número»; pero en el caso que nos ocupa, nombrados dos albaceas, tal como señala la S. de 24 de mayo de 1954, «no puede equipararse el caso de disidencia que determina la cesación del albaceazgo con el de incapacidad de uno de los designados» y como tampoco aparece clara la voluntad del testador en cuanto a la prevalencia y necesidad de su concurrencia conjunta sobre la efectividad de la actuación del órgano, ha de aplicarse la jurisprudencia de esta Sala en orden a que en los supuestos de premoriencia, incapacidad, excusa, renuncia o remoción de algún albacea se producirá el

fenómeno de la concentración de las funciones en los albaceas que queden, incluso aunque quede uno solo, según doctrina asumida ya por S.S. de 14 de mayo de 1891, 27 de septiembre de 1895 y 24 de mayo de 1954, lo que originó que la de 23 de noviembre de 1974 declarase que la recta interpretación del art. 895 aconseja entender que la mayoría o unanimidad a que se refiere es la que se autoriza solamente por los supervivientes que sean capaces, no tengan incompatibilidad, hayan aceptado el cargo y quieran desempeñarlo, ya que la contraria exégesis vendría a dejar supeditada la pervivencia del órgano a las imprevisibles contingencias de que todos los designados habrían de sobrevivir al testador, habrían de conservar su capacidad para desempeñar el cargo, no habrían de incurrir en ninguna causa de incompatibilidad o remoción y habrían de querer ejercerlo; contingencias todas ellas que en muy pocos casos se podrían producir, con lo que se privaría de seguridad jurídica a una institución nacida precisamente para procurar ésta», todo lo cual coincide con los antecedentes históricos (Partidas y Proyecto de 1851), la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de julio de 1917 (que contempla el acrecimiento de facultades a los que continúen, como para las retribuciones establece el párrafo segundo del art. 908) y plasma en la S. de 27 de septiembre de 1985, conforme a la cual la renuncia de uno o más albaceas mancomunados no impide que continúe el albaceazgo, aunque quede un solo albacea; y en nada empece la anterior doctrina el que, según las sentencias de esta Sala que cita la Audiencia, los supuestos de incapacidad sobrevenida se considerasen como de remoción del albacea, pues éste termina su cargo en todos los supuestos que contempla el art. 910 (que tampoco contiene un *numerus clausus*) y dentro de la «imposibilidad» han de encardinarse la enfermedad y la senectud con pérdida de las facultades intelectuales, lo que no impide necesariamente que el otro albacea pueda ejercitar su cargo, teniendo en cuenta la confianza que en él depositó el testador, y esto obliga, en cada caso, a examinar cual fuere la voluntad del mismo, pues, como señala la ya citada sentencia de 23 de noviembre de 1974, «el trasplante al derecho sucesorio de los institutos de la mancomunidad simple y la solidaria, que tan perfecto encaje encuentra en el derecho de obligaciones, tenía que producir desafortunadas consecuencias en la práctica, si la doctrina científica y la jurisprudencia no se hubieran cuidado de paliarlas, porque bien se comprende que nada tienen que ver la mancomunidad simple y la solidaria que se predicán de una obligación o de un crédito, con esas mismas calificaciones atribuidas a unos albaceas, que no pueden asimilarse a conjunto de obligaciones o créditos, sino simplemente a cargos o mandatos especiales post mortem».

Tercero. A la luz de cuanto acontece y tomando en consideración que la propia sentencia recurrida acoge el hecho de que a la finalización del plazo por el albaceazgo «el Sr. de la T. tenía más de 80 años y según dictamen pericial presentaba un cuadro de arterioesclerosis cerebral con disminución progresiva de la memoria (F. 230 del Tomo

III)», no es lógico que, prescindiendo de la doctrina jurisprudencial acotada, concluya que, «sin entrar a examinar si dicho padecimiento suponía o no la imposibilidad a que se refiere el art. 910...», su intervención era indispensable y su ausencia origina la nulidad de la partición, porque ello implica eludir un elemento esencial del problema planteado, al establecer en dicho dictamen —emitido el 28 de enero de 1985— que desde hacía tres o cuatro años había empezado la disminución progresiva de la memoria, de la atención y concentración, trastornos de la orientación alopsíquica, rigidez y torpeza de movimientos e inestabilidad en la marcha (astasia-abasia), precisando la ayuda de otras personas para trasladarse, tratándose de un proceso de involución senil de etiología vascular, crónica, irreversible y con deterioro psíquico-orgánico progresivo; es claro, que a la fecha de ejercicio del albaceazgo padecía una incapacidad sobrevenida, según se ratificaba en otro certificado médico expedido en 19 de octubre de 1984, lo que obliga al acogimiento en bloque de los motivos segundo (la intervención en las operaciones particionales no era necesaria), tercero (error al estimar la nulidad de la partición por no incurrir a ella un albacea con incapacidad sobrevenida), cuarto (error por la omisión de un dato esencial) y quinto (violación de los arts. 897 y 910, así como de la jurisprudencia que los interpreta).

Cuarto. Al acogerse los anteriores motivos (el primero fue inadmitido en momento procesal oportuno) y recuperada por este Tribunal la competencia para actuar como Sala de Instancia, ha de examinarse (como hizo el Juzgado y no la Audiencia) si D. Ramón F.R. cumplió o no la condición del casamiento en casa que se le impuso, extremo no razonado por la Audiencia pero que el Juzgado resolvió afirmativamente, lo que se combate en el resto de los motivos. D. Manuel F.F., que otorgó testamento y falleció en el año 1959, mejoró a su hijo D. Ramón, con la condición de que se cause en casa con su beneplácito o el de su esposa si ésta le sobreviviese, viviendo en su compañía hasta el fallecimiento de ambos y trabajando los bienes de los mismos, expresando en cláusula aparte su propósito de no dividir en lo posible su pequeña explotación agrícola, leit motiv de su última voluntad; y como resulta: que D.^a Ramona R.A. sobrevivió a su esposo, falleciendo en 13 de abril de 1981; que el hijo D. Ramón vivió siempre en compañía de sus padres, explotando la tierra; que contrajo matrimonio una vez fallecida la madre; que ésta no modificó su testamento, otorgando en 1977, en el que le legaba y mejoraba en pleno dominio el tercio de libre disposición y el tercio de mejora, sustituyéndolo por sus herederos legítimos, siendo su deseo que se le pagase precisamente con el Coto de la Casería; como, repetimos, se dan todas esas circunstancias, ha de concluirse que D. Ramón cumplió todas las circunstancias constitutivas de la condición impuesta y la esencial de vivir en compañía de sus padres, trabajar la tierra y mantener unida la explotación agrícola, faltando sólo el beneplácito de su madre a su casamiento, cuestión meramente accesorio en el caso que nos ocupa y que ha de considerarse así a la vista

del propio testamento del padre, que traslada a su esposa el otorgamiento del dicho beneplácito, desprendiéndose del testamento de ésta (consignación de que el hijo vivió siempre en su compañía, institución en los tercios de libre y mejora, sustitución por sus descendientes, pago con el Coto de la Casería) que da por cumplida la condición y otorga al mismo ese carácter accesorio a que se ha aludido, máxime teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que vivimos, que no es costumbre en los tiempos actuales limitar la voluntad de los hijos hasta el extremo de exigir otorgamiento de beneplácito a su matrimonio, por el carácter personalísimo de este negocio jurídico, y que la condición impuesta no puede considerarse por todo ello y en este aspecto como potestativa; en consecuencia es ésta la lógica interpretación del art. 675, en relación con el 792 y con el 2.1, todos del C. Civil, pues la sustancia del testamento del padre, hay que insistir en ello, se encuentra en la convivencia del hijo, en el trabajo de los bienes, en la continuidad de la pequeña explotación y en el traspaso a su esposa de la concesión del beneplácito, extremo éste en el que es lícito acudir a elementos extrínsecos para indagar como entendió la madre esa facultad que se le había otorgado, en relación con la realidad social existente 22 años después y con el concepto difuso y cambiante de una interpretación, inegrativa y bajo el principio del favor testamenti, en unión de las libertades individuales que han de imperar la vista de nuestra Constitución.

Quinto. Consecuencia de cuanto antecede es que la confirmación de la sentencia del Juzgado es procedente, pero no por las razones que esgrimió la Audiencia, ni porque la participación se realice por quien no estaba facultado para ello, como también afirma el Juzgado, sino porque no se respetó la voluntad de los causantes y porque los albaceas no se adaptaron a lo mantenido por los testadores, cual se ha dicho, por todo lo cual y terminado el albaceazgo ha de practicarse nueva partición teniendo en cuenta cuanto se ha dicho, la valoración real de los bienes y las escrituras públicas aportadas al pleito por las partes.

Sexto. La complejidad de las cuestiones debatidas, el que no tengan validez los razonamientos de la Audiencia ni los del Juzgado en lo que coincide con aquélla y el acogimiento, por ello, de parte de los motivos del recurso, constituye la concurrencia de las circunstancias excepcionales a que se refiere el apartado primero, in fine, del art 523 de la LEC, lo que justifica que no se haga especial pronunciamiento respecto a las costas de primera y segunda instancia; en cuanto a las de casación, aunque este recurso se formule contra el fallo de la resolución recurrida y no contra lo razonado en sus fundamentos de derecho, como éstos trascienden al fallo, ya que la nulidad de la partición se produce por causas que no contempló la Audiencia, siendo inválidas las que la llevaron a aquél, procede, conforme a las reglas 3.ª y 4.ª del art. 1715 de la propia Ley, que cada parte satisfaga las suyas.

III. COMENTARIO

La sentencia objeto de este comentario plantea como cuestiones, la de determinar lo que ocurre cuando se produce una incapacidad sobrevenida de un albacea mancomunado y la admisibilidad o no de la condición de matrimonio con el beneplácito de un tercero.

1. Incapacidad sobrevenida de un albacea mancomunado

1. A) Resulta evidente que si el testador en una cláusula testamentaria nombra una pluralidad de albaceas para que actúen simultáneamente, pero no establece claramente la solidaridad, se entenderán nombrados con el carácter de mancomunados, tal y como señala el art. 897 C.c.

En la presente sentencia, el problema surge al tratar de explicar si el albaceazgo mancomunado continúa cuando se produce la falta de un albacea, quedando uno sólo.

En alguna ocasión el Tribunal Supremo, en la sentencia de 1 diciembre 1891, consideró que la renuncia de un contador partidor de los dos mancomunados designados por el testador impide que el otro solo pueda realizar el encargo. También algunos autores (1), basándose en el tenor de las palabras del art. 895 «in fine», se pronuncian a favor de que actúen la mayoría de los nombrados; si es así, continuando el razonamiento, puede afirmarse que si los que quedan no constituyen esa mayoría se llegaría a la conclusión de que se extingue el albaceazgo.

No obstante, tal criterio resulta no acertado si se tiene en cuenta que el art. 898 C.c. establece que el albaceazgo es un cargo voluntario, por ello el nombrado dispone de la posibilidad de aceptar o renunciar el cargo al que es llamado, y que conforme al art. 899 C.c., sólo el que lo acepta, expresa o tácitamente, se constituye en la obligación de desempeñarlo y, por tanto, ya no puede renunciarse arbitrariamente (2).

(1) Así, GÓMEZ MORÁN, «El ejecutor testamentario en el Derecho Comparado» (*tratado teórico práctico de particiones*), 1950, p. 128. OGAYAR Y AYLLÓN, «Contadores-partidores mancomunados. Caducidad de su nombramiento», *RGLJ*, t. 207, pp. 755 y ss.

(2) PUIG FERRIOL, «Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, II, 1991, p. 2186, en el comentario al art. 898 C.c. indica que del nombramiento de un albacea por parte del causante de la sucesión «no se deriva que el designado se convierta ya en ejecutor testamentario, sino que de la misma manera que el testador pueda con absoluta libertad designar o no albaceas, de igual absoluta libertad goza el designado para aceptar o renunciar el cargo que se le difiere en virtud de aquel nombramiento efectuado por el «de cuius».

Otra solución, es la que realiza la sentencia comentada (3) y seguida por la opinión dominante de la doctrina (4), según la cual, de acuerdo con la tradición histórica (Las Partidas 6, 10, 6 y el art. 736 del Proyecto de 1851), el albaceazgo subsiste cuando se produzcan vacantes entre los albaceas que ejerzan, pues sus facultades incrementan las de los demás o el que quede, desempeñando el cargo por sí solo salvo que el testador dispusiera otra cosa. La postura mantenida evita los obstáculos que la imposibilidad de uno o varios albaceas opondrían, en la mayoría de los casos, al cumplimiento de la voluntad del testador.

En el presente caso, ni de las expresiones literalmente usadas por el testador don Manuel F.F. en la cláusula en que hizo el nombramiento de los albaceas, ni del sentido general del testamento puede desprenderse que fuera su voluntad dejar sin efecto el albaceazgo si uno de sus albaceas padecía una incapacidad sobrevenida. Ello significa que no fue su propósito que hubiera necesariamente de subsistir la mayoría de los nombrados, pues tal voluntad debe constar muy claramente, según el punto de vista de la jurisprudencia (5). Lo cual explica la solución a que llega la sentencia al establecer, acorde con la voluntad del testador, que el albaceazgo mancomunado debe subsistir concentrándose las facultades del que legítimamente deja de estar en posesión de su cargo en la persona nombrada por el testador que ha aceptado su cometido y que continúa en su ejercicio.

1. B) Otra cuestión es si la incapacidad sobrevenida es un supuesto de remoción o de imposibilidad.

El art. 910 C.c. presenta la laguna de no determinar en virtud de que causas procede decretar la remoción del albacea. No hay otro remedio que a tenor del art. 1 núms. 1 y 4 C.c., en defecto de ley aplicable al punto controvertido, ha de acudir en último término a los principios generales del Derecho.

La Audiencia Provincial de Oviedo, de acuerdo con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, considera como causa de remoción la incapacidad sobrevenida para el ejercicio del cargo, que debe ser alegada por cualquier interesado, sea heredero o tercero, para que se produzca el cese de las funciones del albacea, y como el actor don Ramón F.R. no ha alegado estima que era obligatoria la intervención del mismo. Igual criterio mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo

(3) En la misma línea, las STS de 14 de mayo de 1891, 24 mayo 1954 y 27 septiembre 1985, entre otras; así como la Resolución de 12 julio 1917.

(4) Se puede citar, ALBADALEJO, «El albaceazgo en el Derecho español», 1969, pp. 69 y ss.; GÓMEZ YSABEL, «Problemas fundamentales en el ejercicio del albaceazgo», 1963, pp. 224 y ss.; Díez-PICAZO, «Sistema de Derecho civil», IV, 1989, p. 633; CLEMENTE DE DIEGO, «Instituciones de Derecho civil», III, pp. 227 y ss.

(5) STS de 14 de mayo de 1971.

en sentencias de 4 febrero 1902 y de 5 julio 1947, y un sector de la doctrina (6).

La segunda solución posible es la que mantiene en el caso presente el Tribunal Supremo, según la cual en el caso de incapacidad sobrevinida por enfermedad sería más propio hablar de una imposibilidad para ejercer el albaceazgo.

Manteniendo esta última tesis, la imposibilidad produce como resultado el cese automático del albacea en el ejercicio de su cargo, sin necesidad de que sea alegada. Es cierto que, ateniéndonos a la estricta literalidad del art. 910 C.c., al ser la imposibilidad supuesto aparte de la remoción supone que los motivos en que opera la imposibilidad son distintos de los de remoción y que no pueden ser alegadas las causas de imposibilidad como causas de remoción (7).

Solo en el supuesto de que el albacea incapaz no se aparte voluntariamente del cargo, como ha advertido Puig Ferriol (8), procederá acudir a la vía judicial para hacer cesar esta anómala situación, pero no instando la remoción del ejecutor testamentario, sino a través del ejercicio de una acción del tipo de las declarativas con el objeto de que se declare la extinción del albaceazgo por haber incurrido el albacea mancomunado en una incapacidad para seguir ejerciendo el cargo.

2. La inadmisibilidad de la condición de matrimonio con el beneplácito de un tercero

Interesa ahora considerar si el llamado condicionalmente cumplió la condición del casamiento que le impuso el testador, al faltar el beneplácito de su madre, cuestión accesoria, según señala la sentencia que comentamos, y dicha calificación es posible por dos motivos:

1. Al indagar como entendió la esposa esa facultad que le había otorgado el causante, a través de elementos extrínsecos: su testamento (en donde afirma que el hijo vivió siempre en su compañía, lega y mejora en pleno dominio los tercios de libre y mejora, sustitución por sus descendientes, pago con el Coto de la casería), entiende el Tribunal Supremo que da por cumplida la condición y le otorga ese carácter accesorio.

Sin embargo, a nuestro entender, el Tribunal Supremo utiliza un argumento que no es adecuado por los propios fundamentos legales del sistema sucesorio. Una vez abierta la sucesión, el llamamiento de los herederos a la herencia puede originarse mediante una declaración de

(6) LACRUZ, «Derecho de sucesiones. Parte general», I, 1961, p. 407.

(7) Esta idea es mantenida por ALBADALEJO, «Comentarios al Código civil y compilaciones forales», *Revista de Derecho Privado*, 1981, pp. 68 y ss.

(8) PUIG FERRIOL, «El albaceazgo», 1967, p. 257.

voluntad del causante, que sirviéndose del testamento designe libremente sus sucesores, o puede ser la ley la que señale los destinatarios de la herencia, así lo declara el art. 658 C.c. De aquí se deriva que no puede admitirse que el ser heredero o el poder llegar a serlo dependa del arbitrio de un sujeto que no sea el testador.

Y esto es, precisamente, lo que ocurre si el Tribunal Supremo modifica la voluntad del testador con la voluntad de un tercero, su esposa, pues de la disposición testamentaria aflora que todas las condiciones sean exigibles al llamado condicionalmente, al establecer el testador previsiones sustitutivas si no se cumplen las condiciones señaladas (9).

Rechazado el argumento que aduce el Tribunal Supremo, la solución sería que el llamado testamentariamente bajo condición suspensiva de contraer matrimonio con el beneplácito del testador o de su esposa si ésta le sobrevive, no adquiere una delación eficaz (10), la delación no se produce hasta el momento incierto en que se verifique la condición, ya que hasta ese momento no tiene la certeza de su derecho (art. 991 C.c.).

Como no se cumple en el plazo señalado por el testador, antes del fallecimiento de su esposa, funcionarán las previsiones sustitutivas del testador.

No obstante, la decisión que la sentencia aplica al caso está justificada por el argumento siguiente.

2. El Tribunal Supremo entiende que limitar la voluntad de los hijos hasta el extremo de exigir el beneplácito a su matrimonio, teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que vivimos, es contrario a la costumbre por el carácter personalísimo del matrimonio y a las libertades que han de imperar de acuerdo con la Constitución.

Al examinar si una disposición por causa de muerte puede haber atentado contra las buenas costumbres, hay que prestar atención al tiempo decisivo para el juicio, que según la sentencia es el momento en que se la contemple a tenor de la conciencia social, y no cuando fue otorgada (11).

También se debe tener en cuenta la idea de libertad de testar, que permite al testador imponer a su heredero las condiciones que tenga por conveniente. Indudablemente esta autonomía de la voluntad sufre límites, ya que el causante no puede dejar al arbitrio de un tercero la aprobación al matrimonio del llamado condicionalmente, por ser deci-

(9) Vid. el art. 670 C.c.

(10) Como dice Díez-PICAZO y GULLÓN entender que la delación se perfecciona desde la muerte del testador significa que habría una aceptación o repudiación sometida a condición, lo cual iría contra el art. 990 C.c.; «Sistema de Derecho civil», 1989, IV, p. 391. En el mismo sentido O'CALLAGHAN, «Comentario del Código civil», 1991, Ministerio de Justicia, I, en el comentario al art. 990 C.c.

(11) En el mismo sentido la STS de 4 marzo 1968.

siva para la producción del hecho condicionante la sola voluntad de la esposa, lo que prohíbe el art. 670 C.c.

Otro límite lo fija el art. 792 C.c., pues aquella libertad no queda reconocida si el causante impone al llamado una condición contraria a las buenas costumbres. Interesa considerar que en los derechos de la personalidad se encuentran la libertad matrimonial y de testar (12), ambas chocan cuando el testador establece la condición que estudiamos.

Según el criterio de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre 1892 es admisible pretender influir en la elección del cónyuge, ya que no atenta a la libertad matrimonial del heredero, sino que no hace más que usar de la suya en la disposición de sus bienes.

No obstante, como señala Ossorio Morales (13), en esta materia es imprescindible entender que en la actualidad prevalece la plena libertad que debe presidir el consentimiento matrimonial. Queda reforzada esta idea al consagrar nuestra Constitución el libre desarrollo de los derechos de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social, el principio de igualdad entre los herederos o legatarios por razón del estado y la libertad para contraer matrimonio (arts. 10, 14 y 32.1 de la Constitución). Es decir, como dicen Díez-Picazo y Gullón, vienen a ser como principios generales del Derecho que perfilan los conceptos indeterminados de la moral y las buenas costumbres (14). Así, debe señalarse que nos encontramos ante una disposición ordenada por el testador que es contraria a las buenas costumbres, al atentar de forma grave contra la libertad de matrimonio, al pretender influir con la privación de ventajas materiales en la elección de cónyuge.

En consecuencia, verificadas las restantes condiciones y considerando como no puesta la condición de matrimonio con el beneplácito de la esposa por contraria a las buenas costumbres (art. 792 C.c.), el llamado condicionalmente adquiere la delación.

3. Estudio de otras condiciones de matrimonio

Hasta aquí el estudio de la sentencia. Pero merece atención algunas condiciones que pueden suscitar dudas sobre su licitud, a causa de la imprecisión del concepto de buenas costumbres. Tales son: a) la condición de contraer matrimonio, b) y de contraerlo o no con determinada persona.

(12) BARBERO considera que la libertad de testar y matrimonial son libertades sociales del derecho de personalidad, vid. «Derecho Privado argentino», 1967, IV, pp. 104 y ss.

(13) OSSORIO MORALES, «Manual de sucesión testada», 1957, pp. 223 y ss.

(14) Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, I, 1989, pp. 351 y ss.

La postura mantenida por el Tribunal Supremo y la mayoría de la doctrina admiten la validez de dichas condiciones a través de dos argumentos distintos:

1.— Un sector entiende que para determinar si son lícitas las condiciones en materia de matrimonio se aplica el art. 793 C.c., el cual, al disponer que la condición absoluta de no contraer matrimonio se tenga por no puesta revela «a sensu contrario» que admite las condiciones de contraer matrimonio y de contraerlo o no con determinada persona (15).

2.— Otros afirman que para decidir sobre la validez de estas condiciones debe acudir al 792 C.c. Pero admiten que es admisible querer influir en la decisión de contraer matrimonio y con quién, aunque hay que examinar cada caso concreto su licitud según sus circunstancias (16).

En mi opinión, debemos entender que estas condiciones son contrarias a las buenas costumbres por los siguientes argumentos:

1.— Si la doctrina considera que el art. 793 C.c. dispone que se tenga por no puesta la condición absoluta de no contraer matrimonio porque dicha prohibición supone una limitación intolerable de la libertad de tomar estado, igualmente es tan atentatoria a esta libertad la condición de contraer matrimonio. De modo que si el testador impone a quien constituye como heredero o legatario en la alternativa de perder unas ventajas materiales si no opta por un estado civil que libremente no se siente inclinado al mismo, de acuerdo con el criterio interpretativo del art. 3.1. C.c., esta condición va contra las buenas costumbres (art. 792 C.c.) al lesionar el libre desarrollo de la personalidad y la libertad para contraer matrimonio, que declaran los arts. 10 y 32.1 de la Constitución. En efecto, toda persona, como presupuesto indeclinable, debe decidir con plena libertad si permanece soltero o no, pues contraer matrimonio es un derecho y no un deber o una obligación, así resulta de lo dispuesto en el art. 32.1 de la Constitución española.

Esta idea ha sido expuesta por Laurent y Ramponi, que han mantenido la ilicitud de la condición de casarse, por ser contrario a la moral el querer inducir al matrimonio, cuando esa decisión se debe tomar libremente (17).

2.— En cuanto a la condición de contraer matrimonio o no con determinada persona supone una enorme restricción a la libertad de elección de cónyuge, que hoy no es posible, dada la plena libertad que

(15) OSSORIO, *ob. cit.*, pp. 223 y ss.; PUIG BRUTAU, «Fundamento de Derecho civil», 1977, p. 781; CASTÁN, «Derecho civil español común y foral», II, 1979, p. 189.

(16) ALBALADEJO y BELTRÁN DE HEREDIA, «Discurso leído ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación», 2 mayo 1983, pp. 9 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, IV, p. 389. En esta dirección puede citarse las STS de 7 marzo 1899 y 7 enero 1926.

(17) Vid. LAURENT, «Principes de Droit civil», 5.^a ed., 1983, XI, núm. 495, pp. 642 y ss.; RAMPONI, «L'articolo 850 del C.c. Condizione di celibato e vedonvanza», Bolonia. 1891.

debe presidir el consentimiento matrimonial por el carácter personalísimo de este negocio jurídico.

Stolfi ha estimado que el Derecho matrimonial resulta ofendido cuando se establecen límites a la elección de cónyuge al reducir la indispensable libertad (18).

3.— Cabe añadir que de ser cierto el planteamiento criticado, de que son válidas las condiciones de contraer matrimonio y de contraerlo o no con determinada persona, supondría que el llamado no adquiere la herencia si no cumple la condición suspensiva impuesta por el testador, lo que lesiona el principio de igualdad entre los herederos o legatarios por razón del estado (art. 14 de la Constitución).

De todo ello resulta evidente que el matrimonio es siempre un acto libre y voluntario, que exige la supresión de influencias extrañas, constituyendo un límite a la libertad de testar (19).

EMILIANO MUÑOZ DE DIEGO
Universidad Autónoma
de Madrid

(18) STOLFI, «Diritto civile», UETE, 1934, VI, p. 626. También THEODOR KIPP mantiene que debe reinar la plena libertad en la elección de cónyuges en «Derecho de Sucesiones», 1976, trad. H. COING, pp. 183 y ss.

(19) De acuerdo con la idea mantenida CAPOZZI, «Sucessioni e donazioni», 1982, pp. 462 y ss.

II. SENTENCIAS

A cargo de: ANTONIO CABANILLAS SANCHEZ

Colaboran: Esther ALGARRA PRATS
Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Ignacio DIAZ DE LEZCANO
Gema DIEZ-PICAZO GIMENEZ
Regina GAYA SICILIA
Carmen JEREZ DELGADO
Gerardo LEON VILLAMAYOR
Francisco LLEDO YAGÜE
Inmaculada HERBOSA MARTINEZ
Aurea RAMOS MAESTRE

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Renuncia de derechos: Requisitos.— Conforme tiene reiteradamente declarado el Tribunal Supremo (Ss. de 3 de marzo y 25 de abril de 1986, 11 de junio y 16 de octubre de 1987 y 7 de julio de 1988) la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguna, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos.

No puede apreciarse renuncia a un derecho cuando el acuerdo afectado es susceptible de recurso y éste se ejercita. No se puede considerar denunciante a quien recurre el acuerdo al que se pretende afectar con la renuncia, dado que todo acto de Renuncia para que tenga efectividad excluye toda condicionante, cual es, el sometimiento a recurso sobre lo acordado en relación con la indemnización establecida, pues en el ejercicio de ese recurso ya está proclamado que la situación de renuncia no produce efecto.

Aplicación del artículo 6 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de creación del Consorcio de Compensación de Seguros y regulación del mismo, y su desarrollo en el artículo 8, párrafo 4.º de su Reglamento. La aplicación de estos preceptos se limita al caso de que los daños emanan de haber sido alcanzados los bienes a que afectan, por la aguas desbordadas de los ríos, aun

cuando ese desbordamiento sea coincidente con lluvias extraordinarias, pero no, cuando los daños tienen su causa originaria, no en ese desbordamiento del río, sino de lluvias extraordinarias que le precedieron.

Esto es, no será de aplicación el artículo 8 del Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros —en cuanto a la consideración de daños ocasionados por inundación producida por la acción directa de las aguas de los ríos al salirse de sus cauces— cuando los daños tengan por causa determinante las lluvias torrenciales producidas con antelación al desbordamiento de río, aunque después el posterior desbordamiento del mismo incide en el incremento del daño ya producido por las referidas lluvias. (STS 9 de enero de 1992; no ha lugar) (I.H.M.).

2. *Aplicación general de las Disposiciones Transitorias 1 y 12 del Código Civil.*— Si bien es cierto que la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, de aplicación general a los supuestos regulados por el mismo, somete a la legislación anterior «los derechos nacidos, de hechos realizados bajo su régimen», también lo es que, la norma ya más específica en esta materia, a saber, la Disposición Transitoria Decimosegunda del mismo Código Civil, dispone que los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior, por lo que, del juego a que puede dar lugar la aplicación general de las Disposiciones Transitorias del Código Civil aparece ya con claridad que la norma a aplicar será la vigente en el momento en que se abrió la sucesión.

Error en la apreciación de la prueba: Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo que la valoración de la prueba pericial, es función de los órganos de instancia, la que debe llevarse a cabo de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin que las conclusiones por ellas obtenidas puedan ser impugnadas en casación.

No constituye error en la apreciación de la prueba: La finalidad de atacar la inclusión que la resolución remitida lleva a cabo de determinados bienes que por derecho de usufructo pertenecieron al causante, porque la Sala Sentenciadora llegó a tal conclusión una vez interpretadas las escrituras obrantes en autos, es una labor hermenéutica no atacable por la vía del error en la apreciación de la prueba, y sí únicamente por la del número quinto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se acredite que las conclusiones a que llegó la Audiencia son ilógicas o contrarias a la ley, debiendo en otro caso, prevalecer lo sentado por la misma, en ejercicio de una función primordialmente atribuida a los órganos de instancia, de interpretar los contratos y documentos de la sucesión hereditaria. (STS de 26 de febrero de 1992; no ha lugar) (I.H.M.).

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. *Proceso de incapacitación. Acto de iniciación. Legitimación activa.*— (...) La acción de incapacitación, cuyo ejercicio atribuye el artículo 203 del Código Civil en determinadas ocasiones al Ministerio Fiscal, a quien el citado precepto atribuye la obligación de promover la declaración de incapacidad cuando no existan o no la hubiesen solicitado el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos del presunto incapaz, promovida mediante escrito

en el que se cumplen las exigencias que para las demandas impone el artículo 524, en cuanto consta de forma explícita tanto la clase de acción ejercitada como las personas contra quienes se ejercita, así como los hechos en que se basa la acción (...) y los preceptos jurídicos aplicables para la declaración de incapacidad solicitada, obvio es que no ha ocasionado indefensión en el demandado. (**Sentencia de 4 de octubre de 1991**; no ha lugar.)

HECHOS.— A instancia del Ministerio Fiscal se formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre declaración de incapacidad. El demandado suplicó fuera estimada la excepción de defecto formal en el modo de proponer la demanda y subsidiariamente la desestimación. El Juez de Primera Instancia, no estimando la excepción alegada, declaró la incapacidad del demandado. En grado de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. El demandado-recurrente interpuso recurso de casación alegando indefensión por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales. El recurso no es estimado por el Tribunal Supremo. (A.R.M.).

4. Colisión entre derecho al honor, intimidad y propia imagen y ejercicio de la libertad de expresión e información: limitaciones y condiciones de protección de ambos derechos: orientaciones Jurisprudenciales.— El límite o colisión entre el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, con el ejercicio de la libertad de expresión e información, que también goza del carácter de derecho fundamental, resulta imposible de fijar apriorísticamente, siendo sólo realizable en cada uno de los casos concretos sometidos a enjuiciamiento; lo que no impide tener en cuenta una serie de orientaciones jurisprudenciales, que clarifican y sirven para determinar el espacio jurídico que a cada uno corresponde. Sobre esta base, la sentencia recoge la doctrina jurisprudencial más relevante en esta materia (SSTS. 18 de julio y 16 de diciembre de 1988; 29 de abril y 1 de junio de 1989; 16 y 25 de junio de 1990; SSTC. 23 de noviembre de 1983; 16 de marzo de 1981; 12 de diciembre de 1986 y STDH. 8 de julio de 1978) y declara:

El honor es un derecho derivado de la dignidad humana, reconocido como fundamental en la Constitución Española, y amparado de ser escarnecido o humillado a través de la publicación de expresiones o hechos atribuidos a una persona, cuando la difamen o la hagan desmerecer en el concepto público; pero el honor no es un valor absoluto, permanente e inmutable, y su tutela efectiva puede aparecer en algunos casos restringida por ciertos condicionamientos, que provengan de las leyes, de los valores culturales o sociales de la comunidad en cada momento, y de un modo especial del propio concepto que cada persona tenga, respecto a sus particulares pautas de comportamiento. Del mismo modo, el honor y los demás derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no son derechos ilimitados, de tal manera que, en los supuestos de colisión entre los mismos, debe establecerse una graduación jerárquica según su importancia, teniendo en cuenta el elemento objetivo de la expresión que pueda difamar o hacer desmerecer en la consideración ajena, pero también cuidando de pensar en la finalidad, tal como resulta de una correcta interpretación del art. 8.1 de la Ley Orgánica, pues toda información

que pueda rozar la intimidad personal, no incurre en ilicitud, cuando corresponde al ejercicio de ciertos derechos sobre una base de hechos veraces.

En la posible colisión entre el derecho de información y el derecho al honor o a la intimidad, es necesario tener en cuenta en principio que ambos derechos se inspiran y reciben su fuerza legitimadora de dos fuentes diferentes, y en función de ello los límites del primero han de interpretarse restrictivamente, en la medida que ello no redunde en perjuicio de la libertad, que es el valor superior en el que se inspira el derecho de expresión e información; declaración que no empece ni contradice el contenido del art. 18.1 C.E., en cuanto los derechos allí reconocidos tienen también verdadero rango constitucional, y ofrecen la suficiente entidad como para que, precisamente a tenor del citado art. 20.4, tales derechos vengan a constituir un verdadero límite al ejercicio de la libertad de expresión, por lo que jamás podrá justificarse la atribución y difusión a una persona, identificada o identificable por su nombre y apellidos, de hechos que inexcusable y notoriamente la hagan desmerecer del aprecio público, y sean reprochables a todas luces.

El art. 20 C.E., en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reduciendo a formas huecas las instituciones representativas, y falseando el principio de la legitimidad democrática; por esta razón, a tal artículo se le reconoce una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales, apareciendo en él perfectamente diferenciadas la libertad de expresión, referida a pensamientos, ideas y opiniones, que abarcan incluso creencias, y el derecho a la información que comprende la libertad de transmitir y recibir comunicación veraz sobre hechos, que puedan denominarse como noticiosables en el común sentir social; de tal modo que esta comunicación informativa, que versa exclusivamente sobre hechos, contiene tal entidad específica que puede encerrar trascendencia pública, a efectos de que sea real y evidente la participación de los ciudadanos en la vida colectiva, constituyendo el sujeto primero de la libre información, y del derecho a recibirla, toda la colectividad y cada uno de sus miembros.

La sentencia declara también la vigencia y constitucionalidad del art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, sumándose así a la reiterada jurisprudencia de la Sala en este sentido (entre ellas, la STS. 30 de septiembre de 1991, también en este número) (STS 4 de octubre de 1991, no ha lugar).

HECHOS.— Debido a un artículo periodístico publicado en un diario, en el que se denunciaba el funcionamiento de un servicio público, pero en el que se hacían también alusiones personales ofensivas, de menosprecio y vejación a la persona de la demandante, sin hacer mención directa de ella, pero siendo posible identificarla claramente por referencia a su profesión y cargo y por el juego de palabras en relación con su nombre, la actora interpuso demanda contra el autor del artículo, el director del periódico y la editorial.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, y su sentencia fue confirmada íntegramente por la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

5. Protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen: imposibilidad de fijar apriorísticamente los límites de la libertad de expresión y la intimidad. Ausencia de intromisión ilegítima: condiciones.— Viene señalando esta Sala (SSTS., por ejemplo, de 19 de julio y 16 de diciembre de 1988 o 9 de enero de 1991) que la colisión entre los derechos fundamentales libertad de expresión-intimidad, encuadrados en la categoría de los derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, huyendo, más que en ninguna otra materia, de excesivos formalismos que puedan impedir un conocimiento de la realidad.

Si falta la revelación de datos privados; si los mismos son públicos y notorios; si el conocimiento no se alcanza a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela; si no hay intromisión en el círculo íntimo de la persona; sino se afecta su reputación, buen nombre y dignidad humana; si toda campaña electoral se caracteriza por el apasionamiento a ultranza de los intervinientes; mal puede apreciarse la existencia de una intromisión ilegítima en el ámbito protegido y a los hechos no puede aplicársele el art. 7.º 4 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 (STS 19 de febrero de 1991, ha lugar).

HECHOS.— Considerando el actor que había sido objeto de frases injuriosas vertidas contra él por el demandado en un mitin político, en el que además se leyó parte de un escrito dirigido por el actor al Juez de Paz, a través de la Alcaldía, ejercitó la acción de protección civil del honor, intimidad y propia imagen.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación. Prospera el recurso de casación (E.A.P.).

6. Protección civil del derecho al honor, intimidad y propia imagen. Ataque al honor: marco interno y externo. Responsabilidad civil de la Ley de Prensa e Imprenta.— El ataque al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada y de su familia, como en el externo o ámbito social y profesional, en el que cada persona desarrolla su actividad (STS. 4 de enero de 1990).

El art. 65-2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 («La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores (...), con carácter solidario») —precepto que no tiene carácter sancionador o represivo, sino reparador— no debe entenderse derogado por la Constitución (SSTS. 19 de febrero de 1988 y 11 de diciembre de 1989) (STS de 30 de septiembre de 1991, ha lugar).

HECHOS.— Debido a un artículo publicado en un semanario y a las afirmaciones en él contenidas, atentatorias contra el honor del actor, tanto personal como profesionalmente, interpuso éste demanda contra el periodista, la editorial y su director.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, condenando a los demandados a publicar la sentencia en el medio y a indemnizar al actor;

en apelación, la Audiencia Provincial revocó la sentencia. Prospera el recurso de casación (E.A.P.).

7. Libertad de información y respeto al honor o a la intimidad de las personas. Doctrina constitucional. Derechos relativos con límites relativos; materias de opinión pública; requisito de veracidad.— La sentencia parte de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la confrontación de la libertad de información con el respeto al honor o a la intimidad de las personas (SSTC. 21 de enero de 1988 y 6 de junio y 12 de noviembre de 1990) y declara:

a) Ya del art. 20, ap. 4 C.E. deriva de una manera concreta que la libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I del texto constitucional, entre los que figura en el art. 18.1 la garantía del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Además el art. 20.1.d reconoce el derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Derechos todos ellos que no pueden configurarse como absolutos, ni tampoco son absolutas las limitaciones a que han de someterse.

b) El ejercicio de los derechos de expresión e información ha de versar sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, como garantía del pluralismo democrático; en consecuencia, la protección constitucional de la libertad de información se reduce si ésta no se refiere a personalidades públicas; debilitándose, por consiguiente, la eficacia de tal protección en los supuestos de información sobre conductas privadas carentes de interés público.

c) Más cuando se persigue suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz; requisito de veracidad que no puede, obviamente, exigirse de juicios de valor o evaluaciones personales y subjetivas, siendo en ocasiones difícil o imposible separar, en un mismo texto, los elementos valorativos de los informativos. No puede limitarse la veracidad a recoger las declaraciones ajenas, aunque sea fielmente, en tanto tales declaraciones atacan al honor de otras personas, ni respecto de las cuales puede hablarse de «comprobar la veracidad de su conducta». Por otro lado, cabe admitir que se actúa con menosprecio de la veracidad comportándose de manera negligente al transmitir como hechos verdaderos simples rumores sobre hechos de realización fantástica lesivos al honor ajeno (STS 1 de octubre de 1991, no ha lugar).

HECHOS.— A consecuencia de un reportaje periodístico publicado en una revista, considerando el actor que las afirmaciones que se hacen en el mencionado reportaje son difamatorias para su persona, pues, entre otras cosas, se le implicaba en un complot para asesinar a un político, interpuso demanda de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra el autor del artículo, el autor de las fotografías del reportaje, la editora de la publicación, su director y la entidad impresora.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a todos los demandados (solidariamente) con excepción de la

entidad impresora; la Audiencia Territorial confirmó la sentencia. No prospera el recurso de casación (que interpone únicamente la editorial) (E.A.P.).

8. Protección del Derecho al Honor. Vía civil ordinaria y Jurisdicción Penal. Cargo público (alcalde): Indisponibilidad de la acción por parte del ofendido.— Aun cuando la elección de la vía civil ordinaria es trascendente tratándose de posibles calumnias o injurias dirigidas a particulares, dado que al ser materia correspondiente a los denominados *delicta quasi privata*, si no se denuncian (art. 4.1 Ley 62/1978, de 26 de diciembre) o no se formula querrela (art. 467-III C.p.) no pueden perseguirse; cuando las mismas frases fueren dirigidas a la autoridad pública, Corporaciones o clases determinadas del Estado, la persecución puede (o debe, en su caso), ser ex officio, pues dichas conductas, caso de acreditar se han producido, podrán ser constitutivas de delitos propiamente dichos y, por ello, quedan fuera de la disponibilidad persecutoria (querrela, perdón de los particulares). Consecuencia de ello es que, denunciados o no los hechos, y ejercitada o no la procedente querrela, si el presupuesto fáctico ofrece en principio matices o presunciones de un determinado tipo de los descritos en el Título X del Libro II del Código penal bajo el epígrafe «De los delitos contra el honor», y especialmente en su art. 467-III, en relación con el Capítulo VIII del Libro II del mismo texto punitivo, ni es renunciable ni susceptible del ejercicio de acciones exclusivamente civiles por parte de quien se sienta ofendido, según doctrina de esta Sala (SSTS. 7 y 23 de febrero, 17 de marzo y 14 de julio de 1989). (STS 4 de octubre de 1991, ha lugar).

HECHOS.— Al actor, alcalde de su localidad, se le imputaron a través de la prensa regional actuaciones tales como la utilización para uso personal de bienes municipales (vehículos del Ayuntamiento) y el recurso a funcionarios para la construcción o rehabilitación de una cabaña de su propiedad, y considerando que las manifestaciones publicadas en los diarios eran atentatorias a su honor e imagen, ejercitó contra los autores de la noticia la acción de resarcimiento de daños morales en defensa del honor, fundada en el art. 1.902 C.c., declarando optar por el cauce del procedimiento ordinario (art. 9.1 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección de los derechos fundamentales del honor y la intimidad de las personas).

El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda; la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. Prospera el recurso de casación.

NOTA.— Es el propio alcalde quien en los motivos del recurso alega que no es dable a la jurisdicción civil el conocimiento de intromisiones que por ser constitutivas de delito están atribuidas a la jurisdicción penal, cuando fue el propio actor-recurrente quien optó por el marco jurisdiccional de la vía civil ordinaria. Por este motivo, declara la sentencia que la Sala «no puede por menos que reprochar la conducta de quien habiendo optado desde un principio por los cauces de un proceso civil, cuando ve que sus pretensiones han fracasado en primera y segunda

instancia, acude a la vía que debió seguir desde un principio, ya que aun cuando amparado en la legalidad, es lo cierto que lo hecho bordea los límites del fraude procesal y produce un retraso considerable en la administración de justicia, en cuanto ha de declararse la nulidad de lo actuado y remitir las actuaciones a la jurisdicción penal a los pertinentes efectos». Ello no obstante, en base a la doctrina expuesta, se reconoce en la sentencia que la vía procesal penal es la legalmente adecuada, y por eso prospera el recurso de casación, decretándose la nulidad de lo actuado y remitiéndose a la jurisdicción penal para el conocimiento de las presuntas responsabilidades de esta índole (E.A.P.).

9. Conflicto entre libertad de expresión y Derecho al honor. Límites a la libertad de expresión. Responsabilidad solidaria de autores, directores y editores.— Para resolver la cuestión planteada ha de partirse del criterio ya consolidado por un gran cuerpo de sentencias de que el derecho a la información contribuye a la formación de la opinión pública libre, garantía del pluralismo, base del sistema democrático, pero que en todo caso para gozar de la protección constitucional, la información ha de ser veraz. Es cierto que la libertad de expresión tiene por objeto la emisión de juicios y opiniones, como ha dicho reiteradamente esta Sala (SSTS. 29 de abril de 1989, 25 de junio de 1990, etc.), pero no puede apoyarse en dicha libertad el acoso personal directo, con indicación de nombres y apellidos (...), atribuyendo gratuitamente hechos que hacen desmerecer en el público aprecio y que no se justifican por la libertad de expresión.

Esta Sala ha utilizado el argumento de que la creación del riesgo en sociedades dedicadas a la prensa, el beneficio que de los periódicos obtiene y la culpa *in eligendo e in vigilando* de los textos publicados, permite afirmar que cuando un sujeto individual de aquélla realiza un hecho o una información que causa daño se produce la aplicación del art. 1.903 C.c. (Pero porque el autor del artículo periodístico sea colaborador —no dependiente—) no se puede exonerar a la empresa editora del periódico, porque el fundamento de la condena está directamente conectado con el simple art. 65 de la Ley de Prensa y no por el juego del art. 1.903 C.c. (STS 25 de octubre de 1991, no ha lugar).

HECHOS.— Debido a la publicación de unos artículos en la prensa, en los que se divulgaban informaciones difamatorias, carentes de justificación y contrarias a la verdad, la actora ejerció la acción de protección civil de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, demandando a la periodista autora de las publicaciones, al periódico en la persona de su director y a la editorial.

El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, pero condenando únicamente al autor de los artículos; la Audiencia Provincial, estimando el recurso de apelación deducido por el Ministerio Fiscal, revocó parcialmente la sentencia, en el sentido de ampliar la responsabilidad al director del diario y a la editorial, a quienes condena solidariamente con el periodista a publicar a su costa la sentencia y a indemnizar a la demandante. No prospera el recurso de casación.

NOTA.— La sentencia, sumándose a la reiterada afirmación del Supremo sobre este punto, declara la constitucionalidad del art. 65.2 de la Ley de Prensa de 1966, conforme al cual existe responsabilidad solidaria entre autores, directores y editores, haciendo constar que el precepto no ha sido derogado por la Disposición Transitoria 3.^a de nuestra Carta Magna (E.A.P.).

10. Concesión de títulos nobiliarios.— La concesión obedece, en la mayoría de los casos, al reconocimiento de los méritos de una persona concreta. En el derecho de los sucesores al mismo se tiene en cuenta el linaje y progénesis cuando, como es el caso de autos, fue sucesores en «vuestra casa» viniendo así a ser un derecho derivado, al margen de si concurren méritos personales reconocidos o no, en los sucesores que los ostentan.

El orden de suceder lo determina el título mismo, o en su defecto lo que se ha seguido tradicionalmente en la materia, al haberse derogado el Decreto de 4 de junio de 1948, el art. 4 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, que se remitía al orden de suceder en la Corona, siendo aplicable en todo caso la legislación histórica, por lo que la concesión administrativa de referencia no puede variar el orden sucesorio, conforme a lo expuesto y no ha de ser reputada definitiva. Lo que sí vincula son las mercedes nobiliarias y así se recoge en la ley de 27 de septiembre de 1820, en relación a la referida Real Cédula de 29 de abril de 1804, al mantener la subsistencia de dichas prerrogativas honoríficas, con sujeción al proceso sucesorio dispuesto en el documento de su fundación.

En otro orden de consideraciones en el caso de autos el plazo de los cuarenta años no se ha cumplido, toda vez que el disfrute del título a cargo del recurrente deriva de la concesión administrativa otorgada el 7 de julio de 1950 y la demanda rectora del proceso fue presentada el 3 de octubre de 1986, plazo de los cuarenta años ha de referirse necesariamente a quien usa y ostenta el título y con el transcurso de dicho tiempo consolida el hecho en derecho.

Ya que no puede haber usucapión sin prescripción extintiva del Derecho y ejercitado éste, antes del transcurso de los cuarenta años, la extinción no se ha verificado conformándose así la propia naturaleza del Derecho nobiliario que rectamente entendido posibilita el reintegro de las mercedes honoríficas al orden preferencial correspondiente (STS 21 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— El recurso de casación promovido no contiene otra finalidad de que se mantenga al interesado en su derecho a poseer, usar y ostentar el título en discordia a lo que la sentencia de la instancia no accedió. Para combatir dicha Resolución decisoria se argumenta que el título que ostenta el recurrente cuenta con la legitimación y legalidad precisa, en cuanto le fue concedida por el anterior jefe del Estado, a fin de evitar que la dignidad quedara vacante y conforme lo establecido en el artículo primero de la ley de 4 de mayo de 1948 que vino a restablecer la legalidad vigente hasta el 14 de abril de 1931 en materia de Derecho nobiliario y en consecuencia la Real Cédula de 29 de abril de 1804, dictada por el Rey Carlos IV (ley del título I, libro IV de la Novísima Recopilación). El motivo sin embargo no puede acogerse en cuanto que el título discutido devino a favor del recurrente únicamente por Carta de

Sucesión que responde a un acto de naturaleza administrativa y fue otorgada en todo caso sin perjuicio de tercero de mejor derecho; es decir que carece de eficacia plena y por lo que resulta factible su impugnación por quien legítimamente se crea y acredite ostentar mejor derecho al mismo (F.L.L.Y.).

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

11. **Inecesariedad de la prueba de la simulación por quien la alega cuando ésta se extrae de los hechos acreditados en autos.**— En virtud de las circunstancias del caso, se establece la convicción del órgano «*a quo*» sobre la simulación del referido contrato y la inexistencia del precio, en atención precisamente a que, aunque la simulación tiene que probarla quien la sostiene, la dificultad que entraña la materia ha hecho que junto a los elementos de prueba directa, se admite la indirecta, basándola en presunciones; y de todas las circunstancias concurrentes extrae como conclusión lógica de significación inequívoca, que no hubo tal precio y, en consecuencia, tal contrato de compraventa.

El artículo 1.214 del Código civil por su carácter general no puede en principio servir de soporte a un recurso de casación, porque el Tribunal de instancia puede obtener su convicción por cualquiera de las pruebas obrantes en autos, con independencia de quien las haya proporcionado al juzgador. El mencionado artículo no contiene norma alguna sobre la valoración de la prueba, sino que simplemente regula la distribución de su carga en el recto sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien tenga la carga de la misma, si bien ese «*onus probandi*» se torna innecesario respecto de los hechos que aparecen acreditados y para ello no importa ya precisar si las ha aportado el actor o el demandado, pudiendo valorar los órganos jurisdiccionales la prueba existente, tomando en cuenta para ello cuantos datos obren en autos.

La infracción de este artículo sólo puede ser invocada en los casos de ausencia de prueba sobre un hecho concreto, pero no cuando la Sala de instancia considera probado en su sentencia el hecho en cuestión, pues entonces resulta indiferente e inoperante la mencionada regla distributiva.

El negocio disimulado no puede ser apreciado de oficio. Excepciones: orden público y perjuicio de tercero.— De manera solapada, parece que los recurrentes, que sostienen desde el primer momento, la existencia una auténtica compraventa, deslizan a título de hipótesis la posibilidad de que el conde-mandado-sobrino figurado comprador del inmueble, sea beneficiario del bien, si no por título de compraventa, al menos por título de donación y que, por consiguiente, se aplique la doctrina jurisprudencial que establece que cuando el negocio jurídico simulado descansa sobre otra causa lícita y verdadera, el negocio jurídico disimulado despliega sus consecuencias. Más debe decirse que no es hacedero formular peticiones supuestas o hipotéticas, salvo que conste que éstas son compatibles, bien porque principalmente lo sean (lo que no ocurre en el caso presente, pues un negocio jurídico no puede ser al mismo tiempo compraventa o donación), bien porque subsidiariamente así se haya solicitado y, subordinada una petición a la desestimación de la otra, sean

compatibles. Si no es así, el órgano jurisdiccional carece de poder para determinar una atribución negocial de oficio en razón de las exigencias del principio dispositivo; sólo cuando el negocio jurídico disimulado deba surtir sus efectos por razones de orden público o para impedir perjuicios a terceros, cabría ponderando las circunstancias, dejar sentir «*ex officio*» estos efectos. Sin embargo, si el negocio jurídico en cuestión no es reconocido ni siquiera de forma subsidiaria y solicitada la atribución de sus efectos, mal puede el juzgador suplir la voluntad no expresamente manifestada de la parte a quien tal negocio disimulado habría de beneficiar. (STS 11 de febrero de 1992).

HECHOS.— Un sobrino del causante celebra con éste un contrato de compraventa en virtud del cual aquél le entrega un inmueble de su propiedad, sin recibir precio alguno. Una vez fallecido el *de cuius* y abierta la sucesión, uno de sus legitimarios interpone demanda solicitando que se declare nula dicha compraventa por carecer de los requisitos esenciales para su validez. El demandado sostiene la validez del negocio.

El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda y, apelada la sentencia, la Audiencia declara la nulidad de la compraventa. El demandado interpone recurso de casación en el que a pesar de seguir sosteniendo la validez de dicho contrato deja entrever al Tribunal la posibilidad, simple hipótesis, de que se trate de una donación. El Tribunal Supremo declara HABER LUGAR PARCIALMENTE al recurso en cuanto al motivo discutido de error en la apreciación de la fecha de la muerte del causante. Todos los restantes motivos son desestimados. (G.D-P.G).

12. Doctrina del enriquecimiento injusto. Requisitos.— En lo que atañe a la doctrina jurisprudencial que define y regula la forma extraordinaria de resarcimiento cuando se ha producido un enriquecimiento sin causa, conviene puntualizar que, entre los requisitos exigidos, figura la existencia de un desplazamiento patrimonial directo e indebido, que conexas inequívocamente los dos patrimonios, el supuestamente enriquecido de una de las partes y el empobrecido de la otra, pero nunca a través de terceras personas extrañas a este desequilibrio económico; supuesto que no concurre en el caso de autos, en donde las relaciones comerciales se efectúan a través de «Botchilleria, S. A.» (sentencias 30-3-1988; 22-5-1989, y 5-3-1991). Del mismo modo tampoco concurren las otras circunstancias: de ausencia de causa que justifique el enriquecimiento, y de inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del principio que comentamos, ya que se trata del cumplimiento de unas relaciones contractuales perfectamente definidas y reguladas por la ley (Sentencia de 22 de octubre de 1991; ha lugar).

NOTA.— Sobre los requisitos que han de concurrir para que se aplique la doctrina del enriquecimiento injusto, con adecuado análisis de la jurisprudencia, DIEZ-PICAZO y DE LA CAMARA, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, 1988; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 1993, págs. 89 y sigs. (A.C.S.).

13. *Incongruencia de sentencia.*— La incongruencia, con proyección constitucional, sólo tiene consistencia cuando las sentencias que se reputan adolecen de dicho vicio procesal por alterar de modo decisivo los términos en los que se desarrolló la controversia judicial, sustrayendo a las partes el verdadero debate y ocasionando un fallo no ajustado a las recíprocas pretensiones, oportuna y debidamente alegadas, ya que los órganos judiciales civiles, en sus decisiones han de atenerse a lo sustancialmente peticionado, aunque sin sometimiento estricto y rígido a sus literalidades (Sentencias de 19 de enero de 1984, 28 de enero y 30 de abril de 1991).

Principio del enriquecimiento injusto.— (...) el enriquecimiento injusto, carente de la adecuada y necesaria regulación legal puntualizada, ha sido reiteradamente reconocido por la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 12 de enero de 1943 y 1 de diciembre de 1980), tanto como principio general de derecho aplicable como fuente de carácter subsidiario, por ser institución jurídica primordial y al que hacen referencia diversos preceptos positivos, aunque de forma inconexa. Fundamentalmente viene a operar en aquellas relaciones en las que se da carencia de causa o justificación, produciendo el enriquecimiento de una parte que necesariamente no ha de proceder de medios reprobados o de mala fe, bastando que se ocasione unas ganancias, ventajas patrimoniales o beneficios sin un derecho que los apoye o advere, con derivado empobrecimiento o minoración patrimonial o de utilidades en la otra parte afectada.

Cuestión nueva.— Las cuestiones nuevas no contempladas en la litis en la forma concreta y precisa, como se lleva a cabo en este trámite, no tienen acogida en casación, pues su apreciación comportaría una clara indefensión para la otra parte, al privársele de la oportunidad procesal de formular alegaciones y pruebas pertinentes en adveración de sus derechos (Sentencias de 27 de junio de 1987, 15 de febrero, 16 de marzo y 17 de octubre de 1988 y 23 y 30 de mayo de 1990).

Caducidad de la acción retractual.— Las sentencias de esta Sala que se reseñan en el motivo han sido superadas por otras más recientes que exigen que el retrayente no sólo tenga conocimiento de que la venta se ha efectuado e incluso de la identificación de los adquirentes, sino que su saber al respecto ha de abarcar los detalles completos, precisos y exactos de la transmisión, tanto esenciales como no esenciales (Sentencia de 20 de mayo de 1981). (STS de 6 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— El esposo de la actora formalizó en su día un contrato verbal de arrendamiento rústico. Posteriormente por fallecimiento del mismo y de la arrendadora, se subrogaron en las posiciones de ambos sus respectivos cónyuges. De esta forma la demandante se convirtió en arrendataria del contrato suscrito por su esposo, en virtud del cual continuó pagando el precio del arriendo al arrendador por subrogación. En esta situación, es sorprendida por el requerimiento notarial que le formula M.N.G. en el que se le manifiesta que las fincas objeto de arrendamiento son de propiedad del requirente y no del arrendador subrogado, lo que la actora confirma a través de la correspondiente cer-

tificación registral. La venta se realizó estando vigente el contrato de arrendamiento formalizado por el esposo de la demandante, sin notificarles fehacientemente este propósito de enajenar, privando al arrendatario de la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo. La actora por medio de la demanda ejercita el derecho de retracto contra M.N.G. y su esposa. El Juez de Primera Instancia declara haber lugar al retracto, condenando a los demandados a otorgar, a costa de la retrayente, escritura de retroventa. En grado de apelación, la Audiencia Territorial de Cáceres desestima el recurso y confirma la sentencia anterior. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (A.R.M.).

14. Negocio sometido a condición: su calificación corresponde a los Tribunales de Instancia.— «La determinación de si un negocio jurídico está o no sujeto a condición —suspensiva o resolutoria— es facultad que corresponde a los tribunales y por ser cuestión que exige el estudio del contrato u obligación en cuestión, su calificación ha de prevalecer, a menos de implicar un error no de hecho sino valorativo de los preceptos reguladores de la materia».

Condición suspensiva: efectos según la situación en que lo conditio se encuentre.— «Las condiciones suspensivas durante la fase o período del pendet, aunque la obligación en realidad ya ha nacido no produce la plenitud de sus efectos, no obstante lo cual, es lo cierto, que el acreedor tiene ya las necesarias facultades para asegurar la tutela o garantía de sus derechos evitando, en la medida de lo posible, que en tanto lo conditio se cumple pueda verse perjudicado en sus intereses, consecuencia de lo cual es que cumplida la conditio, el contrato, negocio jurídico u obligación a ella sometido, no solamente adquieran estos su plenitud, sino que además y por virtud de lo prevenido en el art. 1.114 en relación con los 1.113-I y 1.120-I, inciso primero, CC, esos plenos efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato, negocio jurídico u obligación. (Ss. de 23 de mayo de 1927; 21 de junio de 1932; 18 de diciembre de 1985 y 30 de junio de 1986, siendo también interesante para la retroactividad la de 3 de junio de 1902)».

Documento privado: Puede tener efecto frente a terceros fruto de la valoración conjunta de la prueba.— Puede acudir a otros medios probatorios para acreditar su autenticidad: «... esto se traduce, en que cuando ello acontezca el documento privado pueda tener efecto contra terceros (sentencias de 10 de enero de 1929, 21 de junio de 1945, 10 de junio de 1951, 20 de diciembre de 1956, 24 de abril de 1962, 17 de mayo de 1974, 12 de junio de 1986, 27 de enero de 1987 y argumentalmente, la de 11 de mayo de 1987)». (STS 6 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Como garantía del impago de un efecto que el actor avala, éste compra un inmueble (que luego resultó embargado), mediante un contrato con una cláusula del siguiente tenor: «La venta entrará en función en el momento en que la letra aparezca impagada y se le reclame al comprador». Posteriormente el actor entabla una tercera de

dominio contra el ejecutante del inmueble, el cual había anotado la traba con anterioridad a que el contrato antes citado fuese elevado a escritura pública. (G.L.V.).

15. Contrato de Opción. Naturaleza.— El contrato de opción de compra tiene la naturaleza jurídica de un derecho real de adquisición, con el efecto de que el beneficiario del mismo pueda exigir de cualquier persona que sea titular de la finca que le transmita ésta o el derecho objeto de la opción. Por tanto, el derecho de opción influye sobre el «ius disponendi» de la finca, al imponer a su titular la obligación de hacer un acto futuro y personal que no pierde eficacia por haber pasado la finca a un tercero, pues una vez estipulada la opción, afecta como derecho real tanto al concedente como al titular actual de la finca objeto de la opción.

Donación del objeto de la opción. Litisconsorcio pasivo necesario.— Al producirse la donación de una finca objeto de opción por el inicialmente demandado a un donatario no demandado, se pone de manifiesto, la falta de legitimación pasiva necesaria, situación que puede ser apreciada por el Tribunal tanto de oficio como a instancia de parte, como reflejan las siguientes sentencias de 17 de mayo y 10 de octubre de 1983; 14 de enero, 22 y 25 de junio y 3 de diciembre de 1984; 30 de marzo de 1985; 22 de junio de 1987 y 23 de enero, 6 de junio y 26 de octubre de 1988. (STS de 26 de septiembre de 1991. No ha lugar).

HECHOS.— Celebrado un contrato privado de opción de compra, el concedente realiza con posterioridad a dicho contrato la donación de la finca objeto de la opción a favor de su hija.

Se sigue juicio en Primera Instancia, sin que el donatario sea demandado (I.D.L.).

16. Arras confirmatorias o arras penitenciales: interpretación contractual.— Claramente se desprende del contenido del contrato la intención de obligarse a formalizar el futuro contrato de compraventa una vez que se haya otorgado por quien ha de ser vendedor la oportuna escritura de inventario, aceptación de herencia y expediente de solicitud de mayor cabida de la finca matriz, al pertenecer por herencia de su difunta madre. Así, tanto del tenor literal del documento, como de la clara intención de las partes (medios preferentes de interpretación contractual según el art. 1.281 del Código civil), se deduce que si no otorgaron en ese momento el contrato de compraventa definitivo, no fue más que por defectos de titulación en el vendedor, por lo que configuraron una promesa irrevocable de compraventa, lo que corrobora el posterior otorgamiento de un poder a favor del adquirente para proceder al vallado del terreno.

Además, dado el carácter excepcional de las arras penitenciales, que son las integradas en el art. 1.454 del Código civil, éstas han de constar de modo claro y expreso. En consecuencia, han de ser interpretadas en sentido estricto, debiendo entenderse, en caso contrario, que se trata de arras confirmatorias y, en consecuencia, que constituyen un anticipo del precio que sirve para confirmar el contrato celebrado. (STS 6 de febrero de 1992).

HECHOS.— Mediante escritura privada los contratantes acordaron realizar un futuro contrato de compraventa de un inmueble propiedad del vendedor, ya que en aquel momento no podían formalizarlo dado que el vendedor debía primero aceptar la herencia a la que el inmueble pertenecía. En este acuerdo el comprador entrega al vendedor parte del precio pactado. Ante la negativa posterior del vendedor a formalizar el contrato de compraventa, el comprador interpone demanda reclamando el cumplimiento del contrato de compraventa así como el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, al entender que se trata de una promesa de venta con arras confirmatorias. El vendedor, por su parte, alega que el negocio celebrado es tan sólo un precontrato con arras penitenciales y que, por consiguiente, está legitimado para rescindir el contrato. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y declara haber lugar al cumplimiento del contrato. Apelada la sentencia, se desestima y recurrida en casación el Tribunal Supremo declara **NO HABER LUGAR** al recurso. (G.D-P.G.).

17. Cláusula Penal. Concurrencia con la indemnización de daños y perjuicios: Compatibilidad, incompatibilidad y preferencia.— Aunque se estipule la dualidad indemnizatoria, es decir, por vía de daños y perjuicios y por vía de cláusula penal, su exigencia conjunta es incompatible salvo en el caso que así se pacte expresamente. La cláusula penal sustituye a la indemnización por daños y perjuicios. Por otra parte, al ser la cláusula penal una excepción al régimen normal de las obligaciones, su interpretación será restrictiva. Si concurren ambas estipulaciones, por un lado, indemnización de daños y perjuicios, y por otro, la cláusula penal, la preferencia entre una u otra no puede establecerse sino por vía de la interpretación contractual; y según los artículos 1.281 pf. 2.º, 1.285 y 1.282 del Código civil habrá que estar a los actos propios y posteriores. En el presente caso, la preferencia se observa a favor de la indemnización de daños y perjuicios, pues en el requerimiento notarial que exige el artículo 1.504 C.c., el recurrente prescinde de dicha cláusula penal, al igual que en la demanda de reconvencción se limita a la indemnización de daños y perjuicios, cuya compatibilidad con la cláusula penal, como señalamos antes, no es admitida; así, sentencias de 13 y 27 de diciembre de 1980; 16 de junio y 3 de noviembre de 1981; y 17 de marzo de 1986. Petición, que además sería nueva, lo que es inadmisibile en casación. (STS de 27 de diciembre de 1991. No ha lugar).

HECHOS.— Con fecha 10 de julio de 1984 se celebra un contrato privado de compraventa que contiene entre otras las siguientes estipulaciones: por un lado, la cláusula 3.ª establece una condición resolutoria y cláusula penal para el caso de falta de pago de cualquier plazo; y por otro, la cláusula 7.ª fija una condición resolutoria para el incumplimiento de cualquier obligación, pero remitiéndose sólo a «la indemnización de daños y perjuicios ocasionados, incluso honorarios de Letrado y Procurador» (I.D.L.).

18. Novación extintiva. Requisitos.— Según criterio reiterado de esta Sala, se exige para que haya novación extintiva: una obligación preexistente,

la creación de otra nueva, la disparidad entre una y otra, y la voluntad de llevar a cabo la sustitución o «animus novandi». Poniendo de manifiesto la necesidad imprescindible de la existencia y subsistencia de la primitiva obligación, pues de lo contrario no podría haber una novación extintiva. (Sentencia de 14 de abril de 1980).

Novación tácita: La regla de la incompatibilidad.— De acuerdo con la sentencia de 10 de julio de 1986, y en base al artículo 1.204 del Código civil, la novación en sentido propio con finalidad de extinguir una obligación anterior por otra posterior, no sólo se produce cuando hay una manifestación expresa en tal sentido, sino también, cuando existe una incompatibilidad total entre ambas relaciones obligatorias; como ocurre al establecerse una «stipulatio novatoria» a través de un reconocimiento de deuda con clara alteración de los elementos estructurales de la primitiva obligación, creando un nuevo resultado al fijar un nuevo precio. (STS de 23 de enero de 1992. No ha lugar).

HECHOS.— La recurrente, Cooperativa de Viviendas «Raimundo de Borgoña», reclama a dos cooperativistas la cantidad que proporcionalmente les corresponde en un crédito que la Caja de Ahorros tenía contra dicha cooperativa, según se acordó con fecha 8 de septiembre de 1982, sin que este acuerdo fuera impugnado. En escritura pública de 29 de diciembre de 1984, los comparecientes, litigantes en el pleito, y bajo la rúbrica general de «Reconocimiento de Deuda», establecen que el precio aplazado queda fijado en una cantidad inferior y distinta de la que deriva del acuerdo de 1982.

La sentencia en segunda instancia establece que tales manifestaciones suponen una auténtica novación (I.D.L.).

19. **Usura.**— Tanto el espíritu como la letra de la Ley de 23 de julio de 1908 conceden libertad al Juzgador para obtener su propia convicción que no permita, por sujeción a una prueba tasada, la subsistencia de un préstamo usurario, pero que también impida que pueda tildarse de haber incurrido en ese vicio a quien actuó dentro de los límites impuestos por la Moral y el Derecho, debiendo proceder los Tribunales de instancia con carácter más práctico que estrictamente jurídico (Ss. de 7 de marzo de 1986, 24 de mayo de 1988 y 4 de julio de 1989), y si bien es verdad que en los recursos que versan sobre aplicación de la Ley de Usura puede entrar el T. Supremo en el estudio y análisis de la prueba practicada en el pleito toda vez que el juicio que haya formado el Tribunal de instancia es siempre respetable pero no intangible, también es cierto que, para no convertir la casación en una tercera instancia debe aceptar esta Sala los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la sentencia recurrida y sustentadores de la convicción del juzgador, en tanto ésta y aquellos no resulten en absoluta y manifiesta disconformidad con las resultancias procesales.

Contrato complejo.— Para calificar de usurario al préstamo ha de atenderse al momento de la perfección del contrato, por ser en el que otorgándose el consentimiento, puede estimarse si éste estaba o no viciado. Lo que ocurre es que cuando nos encontramos ante un contrato complejo cuya naturaleza

excede el de préstamo, en el que han de tomarse en consideración tanto los actos anteriores, como los coetáneos y posteriores al contrato privado se rebasa el ámbito de la ley de 23 de julio de 1908. (STS de 30 de septiembre de 1991; no ha lugar) (I.H.M.).

20. Responsabilidad profesional del abogado. Arrendamiento de servicios. Invocación de los artículos 53, 54 y 102 del Estatuto General de la Abogacía.— Cabe estimar correctamente invocados los preceptos del Estatuto de la Abogacía, pues aunque es reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala según la cual no pueden servir de apoyo a la casación por el n.º 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil los preceptos reglamentarios, también es constante el criterio de admitirlos cuando, como en este caso, tienen el soporte legal del contrato de arrendamiento de servicios al cual se puede asimilar la actividad profesional, y el soporte del artículo 1.902 del Código civil cuando la actuación profesional fuera de los límites contractuales produzca daños. Ambos preceptos legales (artículos 53 y 54 del Estatuto General de la Abogacía) imponen al abogado actuar con diligencia, cuya exigencia debe ser mayor que la propia de un padre de familia dados los cánones profesionales recogidos en su Estatuto y que sirven de buena y estricta medida de su actuación.

Carga de la prueba.— El artículo 1.214 del Código civil no contiene forma valorativa alguna de las pruebas. Solamente puede invocarse en los casos en que la sentencia altere el «onus probandi», esto es, cuando haga recaer las consecuencias de la falta de prueba de un proceso sobre persona distinta de que la tiene la carga de probar los hechos. Pero lo que no cabe es infringir dicho artículo cuando existen pruebas en autos sin importar quien sea el litigante que las aporta.

Prueba de presunciones.— No existe en nuestras leyes norma alguna definidora de las reglas del criterio humano para deducir de un hecho base una consecuencia enlazada precisa y directamente con aquél. Sólo cuando la conclusión es ilógica o contraria a la ley se ha admitido la infracción del artículo 1.253 del Código civil (STS de 4 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— En la demanda se pide que se declare que, como consecuencia de la conducta profesional del letrado demandado, el demandante ha sido perjudicado en su patrimonio en la cantidad de 15.044.000 pesetas. Por ello se solicita la condena solidaria del letrado y de la compañía de seguros al pago de la correspondiente indemnización. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, lo cual fue confirmado por la Audiencia Territorial. No prospera el recurso de casación.

NOTA.— En esta sentencia se parte de que la relación que vincula al abogado con su cliente es la típica del arrendamiento de servicios, lo cual implica, entre otras cosas, que la prestación del abogado es, evidentemente, de actividad y no de resultado, cumpliendo su deber de prestación si actuó con la debida diligencia en el desempeño de su pro-

fesión (sobre las consecuencias de considerar una prestación como de actividad y no de resultado, CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, en prensa). No obstante, la sentencia matiza que la diligencia exigible al abogado no es la propia del buen padre de familia (artículo 1.104 del Código civil), sino la profesional, a la que se refiere el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por RD de 24 de julio de 1982 (artículos 53 y 54) (A.C.S.).

21. Ruina: Concepto de ruina.— Es doctrina jurisprudencial que el término *Ruina* que utiliza el artículo 1.591 del Código civil no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra, sino que hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato. (Ss. de 5 de septiembre de 1983 y 5 de marzo de 1984) y en tal concepto de ruina han de incluirse los graves defectos constructivos que hagan temer la pérdida del edificio o lo hagan inútil para la finalidad que le es propia (Ss. de 16 de julio de 1984, 16 de febrero de 1985, 17 de febrero de 1986 y 12 de abril de 1989).

Defectos en la cubierta de un edificio.— Una mala impermeabilización de la cubierta de un edificio con la consecuencia de grandes filtraciones de agua, constituye un vicio de construcción incluíble entre aquellos que dan lugar a la responsabilidad decenal impuesta en el 1591. (ST^S 23 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— Una Comunidad de propietarios interpone demanda sobre reclamación de indemnización de daños y perjuicios solicitando se declare que los vicios constructivos cuya reparación se reclama constituyen en supuesto de ruina, y en consecuencia se concede a los demandados a efectuar las obras necesarias para la total reparación de los vicios constructivos.

En Primera Instancia se dictó Sentencia estimada la demanda, que fue confirmada por la Audiencia (I.H.M.).

22. Contrato de arrendamiento. Simulación.— La celebración de un contrato de arrendamiento, al que se le atribuye una fecha anterior al estampillado de la firma, no es por sí solo motivo para declarar la ausencia de un consentimiento pleno y perfecto necesario para celebrar todo contrato. La simulación ha de resultar de una adecuada interpretación del contenido contractual, en base al juego de todo el material probatorio, y cuando así resulte, como en el presente caso, ha de producir la nulidad absoluta del contrato conforme a los artículos 1.261, 1.275, y 1.276 del Código civil.

Ineficacia de un arrendamiento simulado frente a un embargo no anotado.— La cuestión planteada se centra en determinar la eficacia de un contrato simulado de arrendamiento realizado con la sola finalidad de interponer un poseedor y así evitar las acciones de los acreedores. En este sentido, no es admisible su eficacia, pues sería una vulneración clara del artículo 7.1 del C.c. sobre la exigencia de buena fe. Por otra parte, el hecho de que no haya

accedido al R. de la P. la anotación preventiva de embargo no implica que el embargo quede sin efecto dado que la anotación preventiva no pudo practicarse por falta de la previa inscripción de dominio a favor del deudor, según el artículo 20 de la L.H. y el 140 párrafos 1.º y 2.º del R.H.; no obstante, el embargo como garantía cautelar subsiste desde la fecha que figure en las actuaciones judiciales sin que por ello, se desvirtuen las disposiciones hipotecarias pues la eficacia de la citada medida cautelar no puede quedar a la exclusiva voluntad del deudor embargado. (STS de 13 de diciembre de 1991. No ha lugar).

HECHOS.— Adquirida una finca en subasta pública judicial celebrada el 4 de noviembre de 1985 en virtud de ejecución de sentencia de remate, el adquirente no puede obtener la posesión efectiva y real del inmueble al impedírsele un contrato privado de arrendamiento celebrado por el deudor con fecha 30 de septiembre de 1984. El adquirente-demandante alega simulación en el contrato de arrendamiento.

El juez de Primera Instancia estimó totalmente la demanda. La Audiencia Provincial reconoció probada la simulación. No prospera el recurso de casación (I.D.L.).

23. Arrendamientos urbanos. Derecho de tanteo: notificación y plazo.— El derecho que establece el art. 47 de la L.A.U., no surge de la voluntad contractual de las partes, sino de la propia ley, imponiendo al propietario-vendedor la carga y obligación de notificar fehacientemente al inquilino su propósito de enajenar, precio, compradores, y condiciones esenciales de la venta. El inquilino ha de ejercitar este derecho en el plazo de sesenta días naturales, de forma eficaz y auténtica; y en caso de ausencia, retraso, demora o reticencia de la parte arrendadora habrá de realizar la correspondiente consignación o depósito del precio.

Perfección.— El derecho de tanteo se perfecciona por el concurso oferta-aceptación, como consentimientos concurrentes, al estar conforme los interesados en la cosa objeto del contrato y en el precio, lo que supone la conclusión lógico-jurídica de que efectivamente las partes realizaron una compraventa conforme al art. 1.450 del C.c. aunque no se haya otorgado escritura de venta, pues ésto último, es un mero requisito «ad probationem» y no un elemento esencial del contrato.

Situación del tercero comprador.— La enajenación realizada a terceras personas conocedoras éstas del propósito del inquilino de hacer uso del derecho de tanteo en plazo legal, no puede quedar protegida por el art. 1.473 del C.c. 1.º) por faltar la inscripción en el Registro de la Propiedad a favor de dichos terceros y 2.º) por quedar enervada la buena fe del tercero en virtud de la notificación que le realizó el inquilino manifestándole su propósito de hacer uso del derecho de tanteo. (STS de 19 de diciembre de 1991. Ha lugar).

HECHOS.— El propietario de un local de negocios pretende la enajenación del mismo. Al hallarse arrendado, el inquilino le manifiesta su propósito de hacer uso del derecho de tanteo. Por causas imputables al vendedor no se celebra la enajenación a favor del inquilino. Transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho de tanteo y sin que el inquilino consigne el precio, el propietario enajena el local a los hermanos Z. M., concedores por notificación notarial de la situación de arrendamiento y del propósito del inquilino. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda de los inquilinos. La Sala del Tribunal Supremo entendió perfeccionada la venta entre propietario e inquilino y estimó el recurso de casación (I.D.L.).

24. **Caducidad del tanteo y caducidad del retracto.**— En ninguna parte dice la Ley de arrendamientos urbanos, salvo lo previsto en el párrafo 1.º del artículo 48, que la caducidad del tanteo acarree la del retracto; pero aparte de ello, habría que presuponer que el retrayente conozca de forma completa las condiciones esenciales de la transmisión, lo cual no se ha probado, bastando aludir al requisito del precio que en el documento privado es uno y en el documento público es otro.

Carácter especial de la regulación del retracto arrendaticio.— La regulación del retracto legal de viviendas (artículos 47 a 55 de la Ley de arrendamientos urbanos) tiene carácter especial respecto de la regulación general que hace el Código civil (artículo 1.524) para otros retractos legales, donde se habla de «conocimiento de la venta» simplemente, mientras que en el arrendaticio de la Ley dice de forma inequívoca (artículo 48.2) que la notificación de la venta se hará de forma fehaciente y «en todo caso, mediante la entrega de la copia de la escritura o documento en que fuese formalizada la venta», requisitos no cumplidos por el recurrente.

Ineficacia del documento privado para el retrayente.— Se pretende, por el recurrente, que el retrayente considere el precio figurado en el documento privado, en el que no intervino, como precio real. Evidentemente se trata de una sola venta, pero con efectos para el retrayente sólo en cuanto consta en escritura pública, como documento, éste último, probatorio de un contrato de fijación con efecto para terceros, cuya finalidad fue dar nueva constancia al negocio primordial y conferirle certeza y claridad, máxime cuando el documento privado de venta carece de efectos para el retrayente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.227, en relación con el 1.225, ambos del Código civil.

Presupuestos del abuso del derecho de retracto.— El ejercicio abusivo de un derecho sólo existe cuando se hace con intención de dañar o utilizando el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia, y como remedio extraordinario sólo puede acudirse a la doctrina del abuso del derecho en casos patentes y manifiestos, como exige el artículo 9 de la ley de Arrendamientos Urbanos, sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita, sólo imbuido del propósito de causar daño a otro interés jurídico. No puede, por tanto, decirse que ejercita abusivamente su derecho el arrendatario que ejercita el derecho de retracto sobre la vivienda que ocupa, cumplidos los requi-

sitos legales. Por consiguiente, siendo la finalidad del retracto arrendaticio proporcionar al inquilino o arrendatario un modo de acceso a la propiedad de la vivienda o local de negocios arrendados, quien manifiestamente lo ejercita de manera normal y con el serio y único propósito de hacer efectivo su derecho de preferente adquisición, no actúa con abuso de su derecho. (STS 20 de febrero de 1992).

HECHOS.— En documento privado el demandado compra un inmueble arrendado. La empresa vendedora no comunica en ningún momento al inquilino-retrayente el contenido de dicho documento, ni posteriormente le dio copia de la escritura pública del contrato. Tras requerimiento del retrayente al comprador para que otorgase escritura pública a su favor, el comprador promovió juicio de desahucio por falta de pago de la renta. El retrayente impugna la venta por incumplimiento de su derecho de retracto. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo estima y la declara el derecho del demandante a retraer el inmueble. El comprador interpone recurso de casación al que el Tribunal Supremo declara NO HABER LUGAR (G.D.-P.G.).

25. Finalidad del retracto legal.— «El derecho de retracto legal que se integra en la categoría de los derechos reales de adquisición preferencial (artículo 37-3 de la Ley Hipotecaria) pretende generalmente consolidar en situaciones de propiedad las que son solamente posesorias».

Retracto arrendaticio urbano: supuestos.— «En el ámbito de los arrendamientos urbanos opera, entre otros supuestos, cuando en la finca sólo exista una vivienda o local de negocio y en los casos venta por pisos, aunque los mismos se transmitan por plantas o agrupados a otros, lo que no sucede cuando el objeto del convenio de compraventa es la totalidad del edificio, como es el supuesto de autos, al tratarse de una finca que constituye una unidad física... Así mismo la finca presenta unidad jurídica y registral...».

El inmueble poseído por el retrayente debe coincidir con el que es objeto de la transmisión onerosa.— «La exclusión del retracto que declaró el Tribunal de Apelación es la respuesta judicial correcta a la controversia; no concurriendo, conforme a lo expuesto, las situaciones previstas en el artículo 47, en relación al 48 de la legislación arrendaticia urbana, pues, en todo caso, el local poseído por el recurrente no coincide con el objeto de la transmisión onerosa, que es más amplia, al abarcar todo el edificio e impediría conocer el precio correspondiente al local en cuestión. La facultad que la ley otorga al arrendatario-retrayente de subrogación titular en el lugar del adquirente no puede rebasar lo previsto en la norma y, en consecuencia, proyectarse sobre la totalidad del inmueble, ya que se limita puntualmente a lo que se lleva en arriendo».

La finalidad social del retracto no justifica su juego más allá de lo previsto por las normas que lo regulan.— «Esta Sala ha mantenido una doctrina constante y reiterada en supuestos análogos al que se enjuicia a efec-

tos de que la institución del retracto, no obstante reconocer el fin social que representa, no se convierta en abusiva, si se acogiera lo que suponga rebasar los límites, requisitos y supuestos establecidos por las normas legales que la disciplinan (sentencias de 12 de noviembre de 1960, 23 de noviembre de 1962, 29 de enero y 19 de octubre de 1966, 5 de enero de 1981, 24 de mayo de 1982, 30 de abril de 1985 y 26 de mayo de 1988)» (STS 23 de enero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— El arrendatario de un local de negocio que, como se demuestra en los autos, forma parte de un finca mayor incoha juicio de retracto arrendaticio urbano contra los compradores de esta última. El Juzgado desestima su pretensión, desestimando igualmente la Audiencia la apelación posterior. No ha lugar al recurso de casación (R.G.S.).

26. Arrendamiento de industria: Interpretación de los contratos.— La interpretación de los contratos es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo criterio debe prevalecer a menos que se demuestre ser ilógica o absurda. (Ss. de 14 de mayo y 16 de julio de 1990 y 18 de enero de 1991).

Naturaleza temporal del arrendamiento de las cosas.— El arrendamiento de cosas es temporal por naturaleza, y las cláusulas en contrario —así la duración indefinida— son ineficaces (Ss. de 17 de noviembre de 1984), en cuyo caso ha de aplicarse al contrato lo dispuesto en el artículo 1.581 del Código civil (Ss. de 16 de noviembre de 1957, 2 de julio de 1964 y 24 de junio de 1969), lo cual supone que en ausencia de pacto sobre la duración del arriendo ha de estarse al mínimo legal (Ss. de 20 de julio de 1984).

Así siendo ineficaz la cláusula de duración indefinida ha de estarse al artículo 1.581, solución sin posible alternativa y que no es contraria a la «reciprocidad de intereses» por cuanto puede favorecer tanto a una como a otra parte.

Abuso de derecho.— Aunque la apreciación del abuso de derecho constituya una cuestión jurídica, siempre resultará necesario que las premisas de hecho pongan de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) o subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que lo determinan. (Ss. de 26 de abril de 1976 y 17 de marzo de 1984). (STS de 26 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— La parte actora solicitaba la resolución del contrato de arrendamiento de industria concertado con el arrendatario por expiración del plazo convenido en virtud de la siguiente cláusula: «el plazo de duración de este contrato, y por tanto del arrendamiento que constituye su objeto, es de duración indefinida».

La Sentencia de la Audiencia entendió, confirmando la de primera instancia que era de aplicación al caso, lo dispuesto en el 1.581 del Código civil, mientras que el arrendatario, recurrente en casación, entendía que la interpretación de lo pactado realizada por el Tribunal de Primera Instancia no se ajustaba a Derecho y, que en cualquier caso el

arrendador incurría en abuso de derecho al pretender que, transcurridos sólo once meses desde que se celebró el contrato, éste se considerase extinguido por expiración de su plazo (I.H.M.).

27. Responsabilidad extracontractual. Concurrencia de culpa en el agente.— (...) la culpa extracontractual no se presume en el agente, sino que ha de ser probada, ni, en cualquier caso, puede ésta presumirse como existente cuando en las actuaciones se acredita la falta de negligencia del agente y la contraria culpa de la víctima. (...) el artículo 1.902 no puede dar lugar a la aplicación del mecanismo reparador del daño que en el mismo se arbitra cuando falta la negligencia del agente.

Para que haya obligación de responder es preciso que el daño sea atribuible al agente.— (...) si la fatal colisión resultó imprevisible e inevitable para el demandado, no cabe imputar al mismo su causación, que daría lugar a la obligación por su parte de reparar un daño que debe atribuirse al caso fortuito (...). (STS de 7 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— La parte actora interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Mataró demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía por accidente de tráfico sobre responsabilidad extracontractual, solicitando se condenase a los demandados a satisfacer solidariamente la cantidad de ocho millones de pesetas. Recae sentencia desestimatoria en la primera instancia, que la Audiencia confirma sentando, entre otros, los siguientes hechos: A) que en el comportamiento del conductor demandado no puede estimarse el más mínimo defecto, vicio o falta de atención; B) la víctima penetró de forma súbita totalmente e inevitable en la zona de circulación del conductor demandado, que nada pudo hacer para evitar la fatal colisión; C) el suceso, para el presunto responsable, fue, imprevisto y, además, inevitable. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (A.R.M.).

28. Exoneración de la responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor.— La exoneración de toda culpabilidad, en el accidente que padeció la recurrente, para el conductor asegurado en la compañía recurrida, se manifiesta en el hecho de que dicho accidente sobrevino a causa de la colisión del vehículo asegurado con un animal desbocado, que puede calificarse para el conductor como suceso de «fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo», en cuanto nada pudo hacer aquél para evitar la colisión, que surgió de manera inopinada e imprevisible.

La culpabilidad: presupuesto necesario de la responsabilidad civil derivada del uso de vehículos a motor.— La reparación del mal causado tiene como presupuesto necesario que el conductor haya causado el daño sin mediar fuerza mayor extraña a la conducción del vehículo, ni culpa exclusiva del perjudicado. Consiguientemente, no puede hablarse de responsabilidad civil del conductor en este caso, ni en consecuencia ha de cubrir la entidad aseguradora recurrida los daños causados, puesto que el contrato de seguro

vigente con el asegurado conductor únicamente comprende los daños causados de que sea civilmente responsable el conductor asegurado o la persona por él asegurada. Otra conclusión supondría partir de una responsabilidad puramente objetiva no sancionada legalmente para daños causados en accidente de circulación, aunque sí sea aplicable en otros ámbitos extraños a ese, como en la derivada de la energía nuclear o de accidentes de navegación aérea, así declarada en las leyes que los regulan.

Cobertura del contrato de seguro por los daños producidos al tercero derivados de la circulación de vehículos a motor.— Sostiene el recurso que la acción ejercitada por la perjudicada deriva del riesgo cubierto por el contrato de seguro entre el conductor del vehículo y la aseguradora, acción que al no estar prevista en el Código de comercio se ha de regir por el Código civil y que según éste (artículo 1.964) tiene una duración de quince años. Más tales alegaciones no son admisibles en el caso debatido. En primer lugar, porque el conductor del vehículo está exento de responsabilidad civil derivada del accidente y, por tanto, no es aplicable a éste el contrato de seguro que tiene con la compañía recurrida. Aparte de ello, la recurrente es ajena a ese contrato de seguro y, por tanto, al no haber sido parte en él, no produce efectos para la misma, conforme se deduce del artículo 1.257.1.º del Código civil. En segundo lugar, la recurrente no ha intervenido en contrato alguno del cual pudiera derivar su acción para exigir una responsabilidad contractual a la que se aplicaría el plazo de prescripción que señala el citado artículo 1.964, ya que se trata de una acción extracontractual cuyo plazo de prescripción es de un año a contar desde que la recurrida por alta de sanidad supo las consecuencias del accidente y pudo, según el artículo 1.969, ejercitar la acción.

Prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual.— Piensa la recurrente que para que nazca la acción, el perjudicado ha de conocer perfectamente la total entidad de sus perjuicios, lo que no ocurre hasta que se dicta la sentencia de la Magistratura a que se ha hecho referencia. Más ya se ha indicado que el alta de sanidad dado en 1974, con la secuelas derivadas del accidente, no fue seguido dentro del plazo señalado en el artículo 1.968, n.º 2 del Código civil, del ejercicio de la acción, sino que transcurrieron varios años hasta que solicitó en 1983 la revisión de su situación, a la que se accedió como «invalidez derivada de enfermedad común», según el fallo laboral, lo que rompe el nexo directo con el accidente, del que no deriva responsabilidad civil que haya de ser hecha efectiva contra la entidad recurrida. (STS 8 de febrero de 1992).

HECHOS.— En febrero de 1973 el asegurado al realizar una correcta maniobra de adelantamiento en carretera chocó con una «caballería debocada» que venía en dirección opuesta. Como consecuencia de este accidente, la demandante que circulaba en el mismo sentido colisionó con el primero y sufrió graves lesiones. El conductor del primer vehículo no fue sometido a procedimiento penal, ya que las diligencias instruidas fueron sobreesidas en mayo de 1975 sin celebración de juicio. A la demandante se le reconoció en la jurisdicción laboral, con fecha 10 de febrero de 1976, una invalidez permanente, situación que, en 1983, fue recalificada por la Magistratura de Trabajo como de invalidez

permanente y absoluta, señalándosele una pensión vitalicia. La actora formuló demanda contra la aseguradora del conductor del primer vehículo, solicitando que se le condenara a abonar los daños y perjuicios causados por su asegurado como consecuencia del accidente que provocó. El Juzgado estimó la demanda y condenó a la aseguradora al pago de los daños causados a la demandante. Admitido el recurso de apelación, la Audiencia, estimando la excepción de prescripción de la acción alegada, absolvió a la entidad aseguradora. Interpuesto recurso de casación el Tribunal Supremo declaró NO HABER LUGAR al mismo. (G.D-P.G.).

4. DERECHOS REALES

29. Diferencias entre la acción reivindicatoria y la acción declarativa de dominio.— Si bien entre ambas existe cierta similitud y enlace, no nominando expresamente el artículo 348 del Código civil la declarativa, ambas son instrumentos para tutelar el derecho de propiedad. La declarativa o de constatación, no exige que el demandado esté en la posesión de la finca aunque no la imposibilita si se da esta situación. Tiene por finalidad obtener declaración judicial de reconocimiento del título dominical sobre el bien frente al que se lo discute o abroga.

Prueba de la propiedad reclamada.— Conforme al artículo 1.214 del Código civil, corresponde al que se reputa titular, que ha de acreditar cumplidamente los hechos constitutivos que integran la norma misma, es decir, identidad objeto de la acción, que medie un hecho jurídico apto y suficiente, con proyección de titularidad dominical, para dar existencia a la relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste y que el sujeto titular de la relación sea la persona que acciona (sentencias de 28 de mayo de 1965, 22 de abril de 1967, 16 de octubre de 1969, 11 de junio de 1976).

Imposición de costas: Teoría del vencimiento objetivo.— El artículo 523 de la Ley Procesal Civil contiene el principio objetivo del vencimiento para las costas correspondientes a la primera instancia, de tal manera que dada la consideración de norma de orden público (sentencia de 7 de mayo de 1990), su alegación por las partes no es del todo necesaria ni imprescindible. La teoría del vencimiento objetivo sólo quiebra y recobra el juez su facultad decisoria plena, cuando aprecia la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la no expresa imposición, lo que exige el razonamiento lógico-jurídico consecuente que llevó a cabo el Juez de la instancia, y la Sala no compartió, pues hizo aplicación estricta del citado artículo 523, en su parte dispositiva de vencimiento objetivo, pero ello no la liberaba de la necesidad de motivar y razonar su decisión revocatoria sin más de la del Juez del primer grado, ya que en este punto se produjo una revocación que careció del precedente de su necesaria fundamentación jurídica y apelación previa por la parte que pudiera sentirse perjudicada. (Sentencia de 23 de enero de 1992; ha lugar).

HECHOS.— La demandante, actuando para la comunidad hereditaria de la que formaba parte junto con sus seis hijos, planteó demanda de menor cuantía en ejercicio de acción reivindicatoria contra el Ayuntamiento de Mohedas de Granadilla ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Plasencia. En esta instancia la demanda fue desestimada, sin entrar en el fondo del asunto. Contra esta decisión la actora interpuso recurso de apelación ante la entonces Audiencia Territorial de Cáceres, que revocando la sentencia, y entrando a conocer del fondo, desestimó también la demanda, imponiendo a la demandante las costas de primera instancia. Procede la casación parcial de la sentencia recaída en la apelación (A.R.M.).

30. Tercero civil. Buena fe.— La recurrente puede considerarse como tercero civil vinculado a contratos válidos que concertaron sus predecesores en el dominio del inmueble litigioso, y cuya obligatoriedad para la recurrente no puede dejar de tenerse en cuenta. La jurisprudencia de esta Sala (sentencias entre otras de 2 de julio de 1965 y 5 de enero de 1977) ha negado la existencia de buena fe a cuantos tuvieron noticia perfecta de la situación jurídica extratabular del objeto de la enajenación o de las posibles causas de enervar el derecho de su transferente: y sin buena fe, como puntualiza, entre otras varias, la sentencia de 25 de mayo de 1974, el tercer adquirente no puede tener la protección de la fe pública registral, porque es uno de los cuatro requisitos establecidos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (**Sentencia de 28 de octubre de 1991**; no ha lugar).

31. Requisitos de ejercicio de la acción reivindicatoria.— «... la jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente declarado que para la viabilidad de tal acción deben concurrir los siguientes requisitos: A) Título de dominio que acredite la propiedad del actor; B) Identificación suficiente de la casa reivindicada; y C) Posesión actual de la misma por el tercero demandado».

Posesión hábil para la prescripción adquisitiva.— «La ley exige que la posesión hábil para la prescripción, tanto ordinaria como extraordinaria, sólo puede ser aquella que se adquiere y disfruta en concepto de dueño, y que además goce de las circunstancias de pública, pacífica y no interrumpida (artículos 447 y 1.941 del Código civil y sentencias 31-5-74; 24-3-83; 19-6-84; 30-3-74, etc.)».

Actos que demuestran la posesión en concepto de dueño.— «También está reconocido por la recurrente que el primer acto formal de “dominio” lo realiza en el año 1972, cuando decide dar de alta la contribución a su nombre, ya que pagar ciertos recibos a nombre del titular, o efectuar obras de adaptación del inmueble, no constituyen, de por sí, los actos que demuestran la posesión en concepto de dueño que exige la Ley, desde el momento que también pueden ser actos propios de otra clase de posesión».

El «animus domini» no precisa de conocimientos técnicos.— «No puede finalmente desconocerse la falta de “animus domini” que demuestra D.^a...

frente al requerimiento notarial de fecha 28 de marzo de 1985, pues por mucha falta de conocimientos jurídicos que alegue, las manifestaciones que hace son las propias de una persona lega, poseedora no propietaria, que intenta obtener ciertas ventajas por abandonar voluntariamente la finca que ocupa, y que sabe no le pertenece; ánimo que no queda oscurecido, ni es confundible con el concepto de titularidad, ni con el de inscripción registral, pues el sentido o la idea de la propiedad es connatural con la persona, y no precisa de conocimientos técnicos».

Plazo de prescripción: fijación del día inicial.— «En lo referente al plazo prescriptivo, surgen también un conjunto de oscuridades cuando se intenta fijar el día inicial, indeterminación que está en abierta contradicción con la exigencia jurisprudencial sobre la inexistencia de dudas respecto a la fecha exacta de la ocupación posesoria».

Tratamiento restrictivo de la prescripción.— «En este estudio se han tenido en cuenta precisamente los preceptos sustantivos que se citan, así como la jurisprudencia que, definiendo a la prescripción como una institución que no se halla fundada en la justicia intrínseca, entiende que debe merecer un tratamiento restrictivo» (ST^S de 24 de enero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— D.^a Carmen, copropietaria de una finca urbana, ejerce en nombre de la comunidad acción reivindicatoria frente a D.^a Valentina. Opone ésta la usucapión extraordinaria del inmueble. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia del Juzgado en cuanto D.^a Valentina no ha poseído en concepto de dueña y tampoco ha sido posible determinar el término inicial del plazo de prescripción. No prospera el recurso de casación. (R.G.S.).

32. Posibilidad de subsanar los defectos del poder durante la tramitación del proceso.— «Nuevo poder que se tuvo por unida a los autos en providencia de fecha 20 de julio de 1985, y a partir de cuyo momento quedó subsanada cualquier deficiencia o defecto, determinante de la falta de personalidad que pudiera existir; declaración que tan reiteradamente tiene establecida esta sala y a la que corroboran legislativamente los artículos 11.3 y 243 de la ley orgánica del Poder Judicial; motivo por el cual, la apreciada “insuficiencia del poder a procuradores”, que se declara en la sentencia recurrida, debe ser rechazada en cualquier caso».

Representación de la Comunidad de propietarios por su Presidente.— «... bueno será recordar la doctrina jurisprudencial, cuando entiende que el hecho de que en el encabezamiento de la demanda se diga solamente que el procurador formula la misma en nombre de la Comunidad de propietarios, sin expresar que ésta se halla representada en juicio por su Presidente, no puede, por sí solo, entrañar una falta de personalidad en dicha actora, pues el imprescindible poder para pleitos, en virtud del cual actúa dicho Procurador... aparece otorgado única y exclusivamente por el Presidente de dicha Comunidad, lo que sin género de duda está indicando que el referido “ente comunitario” interviene en el proceso representado por su Presidente, según preceptúa el ar-

título 12 de la Ley de Propiedad Horizontal (sentencias de 15-1-1988; 17-6 y 27-9-1989)».

«**Quorum** necesario para legitimar la actuación del Presidente de la Comunidad de Propietarios. Alcance del «interés general» del artículo 13.5 de la LPH.— «... en el acta de fecha 5 de junio de 1984 se toma el acuerdo “por unanimidad de los asistentes”, en proseguir las gestiones legales para reclamar a los responsables aquellas reparaciones que sean necesarias; decisión que legitima plenamente la actuación del Presidente, respaldado por los asistentes a la Junta, no solo a demandar la reparación de los desperfectos causados en los elementos comunes del edificio, sino también aquellos otros existentes en las partes privativas del inmueble, que se derivan de las malas instalaciones, y que repercutan necesariamente en las partes privativas, estando comprendido todo ello dentro del interés general que se invoca en el artículo 13.5 de la Ley Especial (sentencias 29-5-84; 30-10-86; 15-7-88; 1 y 14-7-89; 26-11-90, etc.)» (STS 8 de enero de 1992; ha lugar).

HECHOS.— La Comunidad de propietarios demandante reclamó a las entidades promotora y constructora así como a los técnicos intervinientes en la edificación la reparación de los defectos aparecidos en determinados apartamentos de un edificio y en ciertas plazas de garaje. El Juzgado absolvió al arquitecto condenando a los restantes demandados según su participación en los vicios ruinógenos. La Audiencia revocó la sentencia apreciando las excepciones de no haber comparecido el Presidente a formular la demanda haciéndolo genéricamente la Comunidad e insuficiencia del poder a Procuradores en tanto el otorgado por el anterior Presidente lo había sido a otros efectos. Recurre la Comunidad de propietarios y el Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (R.G.S.).

33. Representación bastante para requerir la convocatoria de Junta de propietarios. El apoderamiento no viene sujeto a forma «ad solemnitatem». El Reglamento Notarial no ampara el recurso de casación.— «Es doctrina jurisprudencial que “el apoderamiento no viene sujeto a forma ad solemnitatem tal como establece el art. 1.710, párr. 2, de dicho Código, e incluso puede nacer de una declaración de voluntad tácita, sin que a ello se oponga la exigencia formal señalada en el núm. 5 del art. 1.280” (S. de 6 de marzo de 1978); por tanto, han de reputarse suficientes y formalmente válidas las autorizaciones conferidas al Sr... para que solicitara del Notario que requiriese al Presidente de la Comunidad con el fin de que convocara Junta General Extraordinaria, según previene el art. 15-1 de la ley de Propiedad Horizontal, tanto más cuanto que esta Ley, en su art. 14-1, admite que para acreditar la representación voluntaria, al efecto de asistencia a la Junta, basta un escrito firmado por el propietario y no existe razón alguna para una más rigurosa exigencia formal si la representación tiene sólo por finalidad pedir la celebración de aquélla; de todo lo cual se sigue la desestimación del motivo estudiado, con sólo añadir que el reglamento Notarial, por su naturaleza, no puede amparar el recurso de casación, conforme a una constante doctrina jurisprudencial (Ss. de 6 de octubre y 26 de noviembre de 1990 y 25 de enero de 1991)».

Plazo legal para la validez de la segunda convocatoria de la Junta de propietarios.— «La cuestión planteada ha sido resuelta por esta Sala en el sentido de que “se cumple adecuadamente con la convocatoria cuando se celebra en la segunda hora señalada para el caso de falta de quorum en la primera hora fijada, pues en realidad ambas son significativas de primera convocatoria” (S. de 23 de mayo de 1990 y, anteriormente, las dictadas en 13 de octubre de 1982 y 16 de junio de 1988), doctrina jurisprudencial ésta declarada con referencia a Juntas celebradas, como sucede en el caso que nos ocupa, con anterioridad a la reforma de la Ley operada en 23 de febrero de 1988, en que ya se dispone que “si la mayoría no pudiera obtenerse por falta de asistencia de los propietarios, se reunirá la Junta en segunda convocatoria, reunión que podrá tener lugar incluso en el mismo día, siempre que haya transcurrido un intervalo mínimo de media hora y que hubiese sido convocada previamente”». (STS 5 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— La Comunidad de propietarios del Edificio Las Palmeras n.º 2 de Marbella solicita ante el Juzgado de Primera Instancia la nulidad de una Junta de propietarios y de los acuerdos en ella adoptados por infracción de los preceptos legales aplicables. El Juzgado desestima la demanda. Apela la Comunidad declarando la Audiencia no haber lugar. Lo mismo ocurre con el recurso de casación. (R.G.S.).

34. Propiedad horizontal: Responsabilidad del propietario y responsabilidad de la comunidad.— La responsabilidad de los propietarios de un local de un edificio, sujeto a dicho régimen, como consecuencia de defectos en un elemento privativo es plena. Pero no así, si el daño procede de un defecto en un elemento común, en éste caso responde la Comunidad de Propietarios. Limitándose cada propietario a lo que según su cuota de participación le corresponda.

Modificación de pretensiones.— Si la demandante consintió la cantidad fijada en primera instancia para daños y perjuicios, el total establecido en segunda instancia no puede ser superior al fijado en primera instancia pues daría lugar a una incongruencia. (STS de 2 de diciembre de 1991. No ha lugar).

HECHOS.— La demandante-arrendataria reclama a la comunidad de propietarios y a los propietarios de dicho local y de forma conjunta, la indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la inundación del local debido a la falta de tapa en el sumidero del patio común.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda condenando a la reparación de daños y perjuicios, tanto a los propietarios del local, como a la Comunidad de Propietarios, de igual forma procedió la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo excluye de responsabilidad a los propietarios y condena exclusivamente a la Comunidad. (I.D.L.).

35. El derecho de vuelo sobre la parte ya construida de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal se rige por la LPH y es ele-

mento común.— «... el artículo 350 del Código civil, en cuanto concede al propietario de un terreno el derecho sobre el vuelo del mismo (“usque ad coelum”, según la anacrónica y desfasada expresión clásica), concretado esencialmente en un derecho a edificar sobre dicho terreno (con las limitaciones urbanísticas o de otra índole que legalmente se hallen establecidas), no puede ser tomado aisladamente en consideración (como, al parecer, pretenden los recurrentes) cuando se trata de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, como aquí ocurre, sino que ha de serlo en íntima conexión con la normativa específica de esa forma especial de propiedad y precisamente, con arreglo a ella, el “vuelo”, es un elemento común de todo edificio...».

Las terrazas que cubren todo o parte del inmueble son elemento común. Artículo 396 Cc: «ius dispositivum». Consecuencias. Carácter abierto de la enumeración de elementos comunes en él contenida.— «... las terrazas que sean la cubierta de todo o parte del inmueble (estas últimas llamadas “terrazas a nivel”) tienen, en principio, la conceptualización legal de elementos comunes del edificio, pues así lo establece el artículo 396 del Código civil (al mencionar entre ellos a las “cubiertas”) y si bien la descripción, no de “*numerus clausus*” sino enunciativa, que dicho precepto hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enunciación, de “*ius cogens*”, sino de *ius dispositivum*” (Sentencias de esta Sala de 23 de mayo de 1984, 17 de junio de 1988, entre otras), lo que permite que bien en el originario título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la Comunidad de propietarios (siempre que dicho acuerdo se adopte por unanimidad: regla 1.^a del artículo 16 de la Ley de 21 de julio de 1960) pueda atribuirse carácter de privativos (desafectación) a ciertos elementos comunes que, no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, etc., lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de parte del edificio, etc. (Sentencias de 31 de enero y 15 de marzo de 1985, 27 de febrero de 1987, 5 de junio y 18 de julio de 1989, entre otras), mientras ello no se produzca (desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime posterior de la Comunidad) ha de mantenerse la calificación legal que, como comunes, les corresponde también a los elementos de la segunda clase expresada, siendo este el supuesto aquí contemplado...».

Improcedencia de asentar el recurso de casación en una sola sentencia del Tribunal Supremo.— «... el recurso de casación no puede válidamente asentarse en una sola sentencia de esta Sala, que por su unicidad, hace quebrara la denunciada infracción de doctrina jurisprudencial, que exige, al menos, dos resoluciones conformes para que pueda darse (Sentencias de 1 de marzo de 1985, 10 de marzo de 1986, 12 de diciembre de 1988, 5 de julio de 1989, 23 de junio de 1990, entre otras muchas)...». (STS 10 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Los propietarios pro indiviso de un departamento destinado a local de negocio reivindican el terrado que lo cubre por estimar que se trata de un elemento privativo del mismo y no común ni

propiedad de los demandados. El Juzgado y la Audiencia desestimaron respectivamente la demanda y la apelación. No hubo lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

36. Alteraciones del edificio permitidas por los artículos 7 y 11 de la LPH. Requisitos exigibles. Admisibilidad, a estos efectos, de una unanimidad sucesiva.— «Las alteraciones que permite efectuar el artículo 7 de la Ley Especial, cuando las realiza el propietario dentro de los límites perimetrales de su propiedad, requieren, a más del cumplimiento de los requisitos que se establecen en el propio precepto, (dar cuenta de las obras a quien represente a la Comunidad) que las obras a realizar no signifiquen alteración de la estructura, configuración o fábrica del edificio, o bien que se ejecuten en los elementos comunes del mismo, ya que en estos supuestos quedarían en el ámbito del artículo 11 de la mencionada Ley, donde se contienen unos especiales requisitos, que no son otros que el acuerdo unánime de todos los copropietarios, sancionado en el núm. 1 del artículo 16. Esta es la doctrina correcta, sancionada por la jurisprudencia de esta Sala en abundantes sentencias; pero en el caso que nos ocupa, la autorización concedida por la unanimidad de los copropietarios del inmueble, se ha ido otorgando a medida que cada uno de ellos adquiría su parte privativa, y firmaba la escritura de compra, aceptando la de Obra Nueva y División Horizontal, como antecedente necesario, y los Estatutos, incorporados a ella, por los que habría de regirse la Comunidad. El régimen establecido en la inscripción registral matriz, comprende una serie de “aclaraciones” (como allí se dice), que afectan a todos los futuros propietarios, ya que modifican una serie de disposiciones comunes, estableciendo en su lugar otras, ..., y constituyendo en definitiva “las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos”, que el citado núm. 1 del artículo 16 de la Ley, trata de impedir que se modifiquen por el acuerdo de las mayorías». (STS de 27 de septiembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— La propietaria de una vivienda demanda al titular de un negocio de hostelería ubicado en los bajos del mismo inmueble por instalar una chimenea que invade su terraza y altera la estructura y configuración del edificio. El Juzgado de Primera Instancia condenó al demandado a demoler la chimenea. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado sobre la base de lo dispuesto al respecto en los Estatutos de la Comunidad. No hubo lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

37. La distinción entre titularidad dominical privada o común queda reservada a la relación interna entre los comuneros y no puede ser esgrimida por extraños a la comunidad.— «El segundo motivo... señala la infracción por no aplicación del artículo 3-a) de la Ley de Propiedad Horizontal, por supuesta falta de legitimación activa de la Comunidad para formular reclamaciones que afecten a las viviendas privadas por ser independientes de los elementos comunes del edificio o edificios en que tales viviendas se ubican, lo que no puede prosperar en atención a la consolidada doctrina de esta Sala sobre el particular, según la cual en este orden de cosas no puede hacerse por los extraños discriminación en punto a si los distintos elementos objetivos componentes físicos de la entidad jurídica que es la Comunidad de propieta-

rios, con semejanzas en su propia naturaleza con los llamados “actos de conjunto” (Sentencias 12 de febrero y 26 de diciembre de 1986) son de titularidad dominical privada o común, pues aquello queda reservado a la relación interna entre los integrantes subjetivos de esa Comunidad tanto más cuanto que la Junta acordó que el Presidente entablara cuantas acciones fueran precisas para obtener la enmienda de las deficiencias constructivas detectadas en los edificios de la Comunidad (Sentencias de 29 de mayo de 1984; 25 de mayo de 1987 y 9 de marzo de 1988)». (STS de 24 de septiembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— Como consecuencia de los graves defectos detectados en la construcción de una serie de viviendas, la Comunidad de propietarios demandó a la promotora, la constructora, los arquitectos y el aparejador pidiendo fueran solidariamente condenados al abono de la cantidad invertida por la demandante en la reparación de los mencionados defectos lo que fue estimado íntegramente por el Juzgado y la Audiencia. No hubo lugar a la casación. (R.G.S.).

38. La falta de unanimidad no comporta la nulidad del acuerdo adoptado en Junta general extraordinaria.— «... más ello no es así porque, conforme a la más reciente doctrina jurisprudencial (Ss. de 6 de febrero de 1989 y 2 de abril de 1990), ni siquiera en el caso de un acuerdo adoptado por una Junta celebrada sin citar a alguno de los propietarios, aunque se requiera unanimidad, se produce la nulidad radical o absoluta, sino que el acuerdo queda sometido a la normativa del art. 16-4, lo que, con mayor razón aún es aplicable al caso en que no asistan a la Junta, por otro motivo cualquiera todos los propietarios; esto significa que ha de estarse a la validez y eficacia de la autorización concedida con la anuencia de los presentes en la Junta entre los que se encontraba el Sr...».

La falta de unanimidad en la toma de acuerdos da lugar a su anulabilidad. Noción de unanimidad.— «... la regla de la unanimidad, si no es observada dará lugar a la unanimidad del acuerdo, pero no produce su nulidad de pleno derecho, a más de que, en el caso que nos ocupa, en realidad el acuerdo debe considerarse unánime por cuanto, como afirma la Sala de instancia, se evidencia que fue aprobado en la Junta “por los comuneros asistentes, quedando pendiente de posibles impugnaciones por los ausentes, luego no verificadas, y, en consecuencia, encontrándose entre los primeros el actor apelante sin formular objeción alguna, mal puede ahora discutir la unanimidad precisa o postular la nulidad del acuerdo, amparándola en la pretendida falta de su notificación a los referidos ausentes que sólo podría por éstos ser invocada caso de ser ellos los accionantes». (STS de 24 de septiembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— El actor acude al Juzgado para que condene a los demandados a cerrar los huecos y ventanas abiertos en la fachada de un inmueble regido por la LPH entendiendo ser nulo, por falta de unanimidad, el acuerdo de la Junta general extraordinaria legitimador de esta

modificación. Desestima el Juzgado la demanda y la Audiencia la apelación. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

39. **No cabe servidumbre sobre cosa propia.**— «... claro es que tal tendido eléctrico en cuanto a la referida vendedora de la finca tan citada, no es significativo de servidumbre, ya que ésta, por su propia esencia y naturaleza, requiere la existencia de gravámen sobre finca ajena, como revela el artículo 530 del Código civil, de manera que no es posible constituirla sobre cosa propia, pues éstas sirven a su dueño por derecho de propiedad y no por derecho de servidumbre, como reconoce el antiguo aforismo “nemine res sua servit iure servitutes”...».

Interpretación de los contratos.— «... la Sala sentenciadora de instancia ha efectuado una adecuada interpretación del contrato que figura en la escritura pública de compraventa objeto de la controversia jurídica entablada, con base en lo que previene el artículo 1.281 del Código civil, dado que, ..., los términos de dicho contrato en su sentido literal, que según dicho precepto priman en materia interpretativa contractual, claramente y sin duda alguna expresan que en la referida compraventa se comprenden todos “cuantos derechos son inherentes” a la finca vendida, entre los que se encontraban, según queda razonado, los afectantes al tendido eléctrico que en titularidad compartida con sus hermanos correspondían en dicha finca a la vendedora..., aparte que según tiene reiteradamente declarado esta sala, y de ello son exponente, entre otras, las sentencias de 17 de marzo y 23 de mayo de 1983, 4 de mayo de 1984, 26 de septiembre de 1985 y 28 de febrero de 1986, la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre sea ilógica o absurda, y esa demostración por las razones tan reiteradamente expuestas en los precedentes fundamentos de derecho no se evidencia en el presente caso».

Principio de congruencia: no supone incongruencia la determinación cuantitativa de un cambio de titularidad pedido en el súplico de la demanda.— «... en modo alguno significa incongruencia la determinación cuantitativa que la recurrida sentencia hace a tal cambio de titularidad... como realmente correspondiente al módulo cuantitativo proporcional entre la total superficie real de... metros cuadrados asignados en la escritura de compraventa en cuestión a la finca matriz propiedad de la mencionada D.^a ..., de la que fue segregada la vendida por ésta a los demandantes... con asignación de una superficie real de... metros cuadrados [...] siendo en definitiva un mero extremo declarativo accesorio o complementario que, resolviendo sobre las pretensiones de las partes y sin alteración de los pronunciamientos principales, conduce a la efectividad del fallo en trámite de su ejecución, lo que, como ponen de manifiesto las sentencias de esta Sala de 23 de abril de 1956, 4 de junio de 1959 y 16 de julio de 1987, entre otras, no genera falta de la debida congruencia, dado que, como también tiene reiteradamente declarado esta Sala, y de ello son exponente, entre otras, las sentencias de 29 de junio de 1983, 21 de julio de 1985, 23 de octubre de 1986, 20 de julio, 21 de abril y 7 de junio de 1988, 27 de julio de 1989 y 8 de mayo de 1990, el ajuste del fallo a las pretensiones de las partes no ha de ser literal, sino racional y flexible, de modo que basta que surja acatamiento de la sustancia de lo pedido para que el prin-

cipio de congruencia quede cumplido, sin que, como queda dicho, sea necesaria una conformidad rígida y literal con las pretensiones ejercitadas, pues lo importante es que lo que es integrante del fallo, y en consecuencia de la declaración judicial que lo pronuncia, tenga la virtud y eficacia suficientes para dejar resueltos todos los puntos que fueron materia del debate planteado a medio del juicio entablado». (STS 3 de enero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Los demandantes, adquirentes de parte de una finca, se dirigen al Juzgado de Primera Instancia para que declare su derecho de copropiedad sobre la instalación de una línea eléctrica de alta tensión que la atraviesa en cuanto les fue vendida por una de las copropietarias con todos los derechos que le eran inherentes. Solicitan asimismo se declare su derecho a recabar de los organismos competentes el cambio de titularidad en la línea eléctrica en lo que respecta a la parte instalada en la finca comprada. Estima el Juzgado la demanda y confirma la Audiencia la sentencia de instancia. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

40. Los pleitos deben fallarse según la situación de hecho y de derecho vigente al tiempo de presentación de la demanda.— «... porque si, como tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras de 24 de abril de 1951, 1 de julio de 1952 y 13 de abril de 1986, los pleitos deben fallarse según la situación de hecho y de derecho en que estaban las partes y las cosas objeto de ellos al presentarse la demanda, claro es que no puede darse relevancia ni valor jurídico a los hechos posteriores a la demanda...».

Consecuencias derivadas de la falta de pronunciamiento en segunda instancia sobre el fondo de la cuestión litigiosa.— «... es de tener en cuenta que la sentencia recurrida aprecia de oficio defecto en la constitución de la relación jurídico-procesal al estimar la falta de litisconsorcio pasivo necesario, sin entrar, en consecuencia, en el fondo de la cuestión litigiosa, con lo que indudablemente ha quedado en segunda instancia sin hacerse pronunciamiento sobre lo que ha sido objeto en el litigio entablado, y por tanto viniendo desplazado a este Tribunal de casación, los pronunciamientos a dictar [...] con la consecuencia de tener que integrar en casación el “factum” que en lo referente a las cuestiones de fondo debatidas en el juicio a que se viene haciendo mención se precisa para decidir sobre ellas, al haber quedado sin respuesta por la resolución impugnada pues, de una parte, según tiene ya declarado esta Sala en sentencias de 3 de junio y 16 de septiembre de 1988, habiendo sido dejado sin respuesta, en el aspecto fáctico, extremos del debate judicial, ha de serlo en fase de casación, a fin de integrar adecuadamente el “factum” no explicitado con claridad en la sentencia objeto del recurso, y, de otra parte, en razón a que, como también ha sido reconocido por esta sala en sentencia de 30 de junio de 1983, el recurso de casación se dirige contra la sentencia de segunda instancia, no contra la de la primera».

Criterio para determinar la titularidad prevalente en caso de doble immatriculación.— «... porque según tiene reiteradamente declarado esta sala, y de ello son exponente, entre otras, las sentencias de 5 y 10 de enero de

1962, 17 de enero y 17 de junio de 1963, 31 de octubre de 1978, la existencia de dos matriculaciones (sic) en favor de distintos titulares registrales se neutralizan, debiendo en consecuencia acudirse a las reglas de Derecho Civil puro, conducente a la apreciación como prevalente del título de dominio más antiguo con inscripción registral anterior, que en el presente caso es el acreditado por el demandante...».

Buena fe.— «... situación que en modo alguno... cabe apreciar, no solamente por genérica aplicación de la presunción de buena fe que a todo poseedor establece el artículo 434 del Código civil, en tanto no se pruebe lo contrario que en el supuesto contemplado no se produjo, y la reputación de poseedor de buena fe que el artículo 433 el referido Cuerpo legal sustantivo establece al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalida...».

Fe pública registral.— «... el principio de la fe pública “registral”, o sea de presunción de exactitud del contenido registral, es a modo de ficción de veracidad de que la ley inviste a los asientos practicados en la correspondiente hoja registral, que constata su existencia [...] así como el rango, titularidad de los derechos reales registrados, con el efecto de que el contenido registral se presume exacto, de modo que el tercero que adquiere un derecho confiado en lo que el Registro expresa deviene propietario o titular de tal derecho y con la extensión y contenido con que aparece el mismo registrado, aunque el titular inscrito no sea propietario o titular del derecho de que se trate, en tanto esa realidad registral no venga desvirtuada por su disconformidad con la realidad extrarregistral, y cuya desvirtuación no es de apreciar más que a raíz de lo decidido judicialmente a medio de esta sentencia, generándose entre tanto una presunción positiva de veracidad en orden a la transmisión realizada a favor de SYSCO S.A. de la repetida finca registral número 21.326 dado que la permanencia o perdurabilidad de los derechos inscritos, emanante de la referida fe pública registral, determina, de una parte, que la inscripción subsiste en tanto no se cancela, pues ante el tercero el derecho inscrito existe, aunque esté extinguido en la realidad jurídica, y, de otra parte, que la inscripción y sus efectos sólo se extinguen cuando se cancela, lo que tanto quiere decir que lo expresado en la hoja registral de una finca vale como exacto y verdadero, por regla general, en beneficio de quien adquiere a título oneroso y confiado en su contenido...».

Accesión invertida.— «... como tiene declarado esta Sala en sentencia de 15 de junio de 1981, el artículo 361 del Código civil solamente concede al propietario del terreno donde se construye un derecho de opción, considerado doctrinalmente como un derecho potestativo o en formación, entre adquirir lo construido abonando la indemnización legalmente prevenida, o a obligar al edificante que le abone el valor del terreno, supuesto éste último que, como queda dicho, es el apreciable en el presente caso, y, que es significativo de que, mediante accesión producida al revés, de hecho el propietario del terreno sobre el que se edificó de buena fe lo vende, en cierto modo forzado, al edificante».

Prueba del daño.— «En lo que afecta a la solicitud formulada por el demandante... de condena a los demandados a indemnizarle daños y perjuicios,

su improcedencia surge de no venir acreditados... porque, como tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 26 de octubre de 1981, 5 de junio y 29 de noviembre de 1985 y 17 de septiembre de 1987, los daños y perjuicios que se reclamen han de ser probados...».

Indemnización de los daños y perjuicios emanados de la ocupación de terreno ajeno.— «... el daño y el perjuicio que pudiera emanar de la ocupación por los demandados del terreno cuya propiedad se reconoce en favor del demandante ya viene compensado con el abono a éste del valor en metálico de su valor, en cuanto que éste, como viene indicando en la precitada sentencia de 28 de octubre de 1931, ha de venir determinado en el momento que la reclamación formulada a tal fin, pero con actualización económica al tiempo en que se lleve a cabo el correspondiente abono de cantidad, lo que en consecuencia lleva ínsito la reparación del perjuicio derivado de la ocupación de tal terreno...» (STS de 17 de febrero de 1992; ha lugar en parte).

HECHOS.— A consecuencia de una doble inmatriculación SYSCO S.A. —propietaria según el Registro— edifica sobre una finca también inscrita a nombre de D. Saturio M. S. Interpone éste demanda ante el Juzgado con la que pretende se declare la nulidad del título de propiedad de SYSCO S.A., la de la declaración de obra nueva y división horizontal amén de la del préstamo que con garantía hipotecaria sobre varias de las fincas construidas SYSCO S.A. tiene concertado con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. Reclama igualmente se condene a la demandada a devolver las parcelas sobre las que edificó libres de cargas con inclusión de lo edificado o, alternativamente, a abonar el valor de las parcelas con sus frutos más el de lo indebidamente construido sobre ellas. Desestimó el Juzgado la demanda. La Audiencia apreció de oficio la defectuosa constitución de la relación jurídica procesal y, sin entrar en el fondo del asunto, absolvió en la instancia revocando la sentencia del Tribunal inferior. El Tribunal Supremo declara haber lugar en parte al recurso de casación que D. Saturio M. S. interpone. (R.G.S.).

41. *Inmatriculación por el procedimiento excepcional del artículo 205 LH. Suspensión de la fe pública registral: a. 207 LH.*— «... lo que quiere decir el artículo 207 señalado, es que el adquirente del inmatriculante al amparo del artículo 205 no queda protegido hasta transcurridos dos años de la inscripción primaria, pues así cabe establecerlo de acuerdo con la doctrina científica y por la interpretación sistemática del Ordenamiento Jurídico; y ello por la potísima (sic) razón de que la fe pública registral (artículo 34 de la Ley Hipotecaria) para poder operar es preciso adquirir en forma onerosa de titular inscrito con facultades para transmitir el dominio o derecho real de que se trate y es de lógica inquestionable que no puede pretenderse mejor condición para los títulos intabulados por el procedimiento excepcional del artículo 205 de la Ley Hipotecaria que los que fueron por los procedimientos ordinarios, pues como dice esa doctrina científica el artículo 207 es un resorte cautelar que emplea la Ley por la desconfianza que entraña aquel procedimiento excepcional y prueba de ello es que el lapsó carencial establecido en el precepto:

atañe a los regulados en los artículos 205 y 206 del mismo texto sustantivo hipotecario...». (STS de 21 de enero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Promotora Florida S.A. interpone acción declarativa de dominio de una finca inmatriculada a nombre de los demandados en virtud del procedimiento que establece el art. 205 de la Ley Hipotecaria. La actora entiende que la finca está incluida en otra de mayor extensión aportada a la entidad mercantil por D. Aurelio Lerroux y Romo de Oca en pago de acciones que, con motivo de una ampliación de capital, había suscrito. D. Aurelio había adquirido el inmueble al aceptar la herencia de su tío y padre adoptivo D. Alejandro Lerroux. El incendio y destrucción del Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo durante la guerra civil impidieron acreditar la inscripción registral a favor del ilustre político. El Juzgado accede a la pretensión de la actora. La Audiencia rechaza la apelación de los demandados. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación que éstos interponen. (R.G.S.).

5. DERECHO DE FAMILIA

42. Derecho transitorio.— El procedimiento aplicable a la solicitud de efectos civiles de una sentencia de nulidad canónica, cuyo proceso estaba pendiente a la entrada en vigor del Acuerdo Jurídico de 1979 con la Santa Sede, es el que indica su Disposición Transitoria 2.^a, que se remite al art. XXIV, 3.^o, del Concordato de 1953.

«El procedimiento correspondiente» a que se refiere la D.A. 2.^a, 3.^o de la Ley 30/1981 es el de menor cuantía.— «... el “procedimiento correspondiente” al que la misma se remite es el juicio de menor cuantía», «... donde con toda amplitud se pueden ventilar cuantas cuestiones suscite la ejecución a efectos civiles de la sentencia canónica». «... no hay que entender que “el procedimiento correspondiente” al que de manera indeterminada se remite la D.A. 2.^a es el que resulte por la acción ejercitada (separación, divorcio o nulidad)».

Prevalencia de la sentencia firme de divorcio frente a la nulidad canónica de fecha posterior.— No se puede ejecutar la sentencia de nulidad canónica, al haber una sentencia firme de divorcio de fecha anterior, que habrá de respetarse por mandato del apartado 1 del art. 18 LOPJ. (STS 24 de septiembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— El ahora recurrente interpone demanda de nulidad matrimonial canónica. El proceso se encuentra pendiente de resolución firme a la entrada en vigor del Acuerdo Jurídico entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979. La esposa presenta demanda de divorcio, cuya sentencia firme es anterior a la canónica de nulidad. Posteriormente el marido solicita la eficacia civil de la resolución canónica por el cauce de la D.A. 2.^a de la Ley 30/81, de 7 de julio. Ante la oposi-

ción de la esposa el Juzgado remitió a las partes al «procedimiento correspondiente», a tenor del párrafo 3.º de la citada D.A. 2.ª. El recurrente reiteró su pretensión mediante el procedimiento de menor cuantía. El Juzgado estima la excepción de inadecuación de procedimiento, por considerar que cuando dicha D.A. 2.ª habla del «procedimiento correspondiente», indica que se puede instar que se decrete la separación, el divorcio o la nulidad del matrimonio, pero no volver a plantear la misma cuestión de la eficacia de una resolución eclesiástica. La Audiencia Provincial confirma la sentencia. (G.L.V.).

43. Rescisión de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores.— Debe acogerse la acción de rescisión ejercitada por la entidad inicialmente demandante y ahora recurrente, en relación con las capitulaciones otorgadas por los precitados cónyuges, con base en haber sido otorgadas en fraude de acreedores, de modo que por su causa la referida entidad demandante no puede de otro modo cobrar lo que le es debido. (**Sentencia de 18 de julio de 1991**; ha lugar).

HECHOS.— Una empresa formuló demanda de menor cuantía en solicitud de nulidad y subsidiariamente de rescisión de unas capitulaciones matrimoniales otorgadas en fraude de acreedores. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda, fallo que fue confirmado por la Audiencia Territorial. Prospera el recurso de casación, aunque dos magistrados de la Sala formulan un voto particular.

NOTA.— Se suscita de nuevo en esta sentencia el conocido problema del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales que motivan la adopción del régimen de separación de bienes con disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicándose los bienes más valiosos al cónyuge que no intervino en el negocio que dio lugar al surgimiento de la deuda.

La sentencia anotada considera pertinente el ejercicio de la acción rescisoria por fraude de acreedores, siguiendo el camino marcado por las sentencias de 30 de enero de 1986, 9 de febrero y 9 de julio de 1990. Esta doctrina, sin embargo, presenta el grave inconveniente que deriva del carácter subsidiario de la acción rescisoria (art. 1.294 Cc.), existiendo en nuestro Derecho un recurso legal, diverso de la acción rescisoria, que permite a los acreedores evitar el perjuicio: la aplicación de los arts. 1.317, 1.401 y 1.402 Cc., como recientemente ha puesto de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1992, que se aparta, con buen criterio, de la sentencia que se anota, siguiendo el rumbo marcado por numerosas sentencias: las de 15 y 17 de febrero de 1986, 14 de octubre de 1987, 17 de noviembre de 1987, 25 de enero, 20 de marzo y 27 de octubre de 1989 y 5 de junio de 1990.

Los derechos adquiridos por terceros (acreedores) quedan protegidos por la inoponibilidad de la modificación del régimen económico matrimonial, de acuerdo con los mencionados arts. 1.317, 1.401 y 1.402 Cc. (A.C.S.).

44. Reclamación de la filiación extramatrimonial.— La acción de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial, planteada por la madre, en representación de su hija menor (vid art. 137 Código civil), se fundamenta en el art. 127 del mismo cuerpo legal, en cuanto que en dicho precepto se contempla como uno de los medios de prueba en los juicios sobre filiación, los biológicos, no llevados a cabo en el presente caso pese a que fueron oportunamente solicitados. Aunque omite la recurrente que, aparte de que por el demandado renuente a someterse a ella, no cabe sea impuesta al interesado sin afectar su derecho a resistir la práctica en su persona de un proceso de investigación biológico. La infracción procesal que con indefensión supone la recurrente acaece al no haber sido llevada a cabo e incluso denegada su práctica en apelación, no puede servir a los fines de la casación en cursos con la consiguiente claudicación del motivo, ya que, como en su informe pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, el auto denegatorio de prueba dictado por la sala de apelación quedó, firme, al no haberse impugnado en súplica como prevé el art. 867 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que por tanto se agotasen las posibilidades defensivas en la instancia. Todo ello al margen de que, como las sentencias del juzgado y la sala de apelación evidencian, se practicaron por los órganos de instancia la oportuna valoración del resto de las probanzas practicadas (**Sentencia 23 de diciembre de 1991**; no ha lugar).

HECHOS.— Dictada sentencia por la Sección decimosexta de la Audiencia de Barcelona que, al confirmar la apelada procedente del juzgado de 1.^a Instancia, desestimó la demanda de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial interpuesta por la recurrente en representación de su hija —menor de edad—, contra dicha resolución se interpuso por aquélla el recurso que, bajo el n.^o 3 del art. 1.692, se denuncia la inaplicación en la instancia del art. 127 del Código civil (F.L.L.Y.).

45. Investigación de la paternidad.— El art. 135 del Código civil complementado con el art. 127, ponen a disposición del juzgador una absoluta libertad de medios probatorios, en orden a la investigación de la paternidad, autorizando toda clase de pruebas tendentes a dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 39 del texto constitucional; pero de eso a limitar, indicar o tratar de reconducir el proceso apreciativo, que corresponde decidir al Tribunal, indicando la forma que a juicio de la parte litigante resulta más conveniente para el éxito del proceso, va un largo camino. El procedimiento civil se rige por dos principios, el dispositivo y el de rogación, a las partes litigantes corresponde proponer la práctica de aquellas pruebas que entiendan son las más idóneas para el descubrimiento de la verdad formal y material, y al juzgador le compete la apreciación y valoración del acervo probatorio; pudiéndose afirmar que, en el ejercicio de estas reglas no existe inconstitucionalidad de clase alguna. (**Sentencia 18 de febrero de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.— En la sentencia recurrida la Sala de apelación efectúa una correcta valoración de la prueba pericial, la complementa con la estimación de ciertas pruebas antropomórficas y testificales, y llega a una conclusión, que está revestida de todos aquellos elementos formales y materiales que la hacen suficiente para ser mantenida en este recurso. A

mayor abundamiento, si bien es cierto que está reconocida la posibilidad de la sanción casacional respecto a la prueba pericial, en aquellos casos extremos de ser manifiestamente arbitrario, ilógica o inverosímil, o lo que es lo mismo, contraria a las reglas de la sana crítica, esta calificación no es imputable en el caso que nos ocupa a un Tribunal que reconoce la paternidad respecto a una persona cuando en ella existe la probabilidad de serlo en un 98,95% (F.L.L.Y.).

46. *Reclamación de la filiación.*— El no sometimiento a las pruebas heredobiológicas no es significativo de «ficta confessio», por el contrario unido a los demás elementos probatorios aportados al proceso es significativo de un serio indicio conducente al reconocimiento de la filiación reclamada, según tiene reiteradamente declarado esta sala, entre otras 24 de marzo, de 18 y 28 de mayo, de 20 de julio y 26 de noviembre de 1990, ya que el derecho a la intimidad constitucionalmente recogido, no es determinante de no posibilitar la prestación de elementos probatorios que de serlo, perjudicarían el derecho de otra persona, pues que ello, aparte de ir contra la lealtad procesal, alteraría el evidente derecho que tiene todo ser engendrado a que se determine adecuadamente su adscripción paternal (*Sentencia 25 de enero de 1992; no ha lugar*).

HECHOS.— Se plantea en el presente recurso, al amparo del n.º 5 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los motivos segundo y tercero, en los que el recurrente (pretende sin éxito) encauzar su pretensión a través de una interpretación errónea del art. 1.214 del Código civil, en base al cual, —según criterio del precitado recurrente, se debe invertir la carga de la prueba al no haberse probado suficientemente ninguno de los supuestos del art. 135 del Código civil.

Ahora bien, sin embargo el ponente en el recurso de casación para llegar a su conclusión, tuvo en cuenta, fundamentalmente en los fundamentos de derecho de la sentencia dictada en fase procesal de primera instancia y concretamente en apreciaciones testificales entendidas como reveladoras de la realidad de íntimas relaciones entre «la demandante y el demandado», y singularmente en la circunstancia a la resistencia con que se ha producido dicho «demandado» a someterse a pruebas heredo-biológicas, a fines de filiación, generante todo ello, en su apreciación valorativa probatoria conjunta, de firmes presunciones de la paternidad del demandado (F.L.L.Y.).

III. DERECHO MERCANTIL

47. *Propiedad Industrial. Modelo Industrial: Nullidad por carencia de novedad. Criterio legal de novedad aplicable a los modelos industriales.*— De novedad habla el Estatuto de la Propiedad Industrial a propósito de las patentes en su artículo 49, y en este precepto se establece que «se considerará nuevo, a los efectos de este Estatuto, lo que no sea conocido ni haya sido practicado en España ni en el extranjero». Y en el artículo 174, a propósito de modelos de utilidad, dice que «no podrán ser objeto de modelo de utilidad... los que sean divulgados o hayan sido practicados en España».

Para los modelos industriales se exige también la novedad, y a ello se refieren los artículos 183.1.º y 188.3.º disponiendo éste que procede denegar la concesión de los modelos industriales que carezcan de novedad. Pero el Estatuto, que fija para las patentes el principio de novedad absoluta y para los modelos de utilidad el de novedad relativa (referida solamente a España), nada específico señala para los modelos industriales.

Esta Sala ha tenido ocasión de manifestarse en la sentencia de 10 de abril de 1966 y, para suplir la carencia de definición de novedad de los modelos industriales, se pronuncia por acudir a la establecida en el artículo 49 del Estatuto.

Este criterio es el reiterado por la Sala en la sentencia de 30 de octubre de 1986 y el sostenido por la mejor doctrina.

Diferencia entre los signos distintivos y los modelos industriales.— (...) los argumentos del recurrente que propugnan la equiparación de los modelos industriales a los signos distintivos carece de fundamento, bastando señalar que estos últimos son renovables. (STS de 7 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— La parte actora, mediante demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre propiedad industrial, dirigida contra «Rejillas y Cierres, S.A.», solicitó que se declarara la titularidad que a la misma correspondía sobre el Modelo de Utilidad y el Modelo Industrial objeto de la litis. En primera instancia, el Juez estimó la demanda en todas sus partes. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial de Oviedo revocó parcialmente la sentencia recurrida, pues estimó la demanda formulada por el actor en lo referente a la protección derivada del Modelo de Utilidad, pero la desestimó en lo relativo a la protección del Modelo Industrial por entender la Audiencia que su nulidad venía dada por su ausencia de novedad. El demandante formula recurso de casación limitado a este último pronunciamiento, que el Tribunal Supremo no estima. (A.R.M.).

48. Consorcio de Compensación de Seguros. Naturaleza.— El Consorcio de Compensación de Seguros es una auténtica persona jurídica, con plena capacidad de obrar, según le atribuye el artículo 1 de la Ley de 16 de diciembre de 1954; completada por las siguientes disposiciones: Ley 33/1984, Real Decreto Legislativo 1.255/1986, y la Ley 21/1990 de 19 de diciembre que adapta al derecho español la Directiva 88/357 (CEE); sin que sea admisible alegar que estas normas son posteriores al evento del que deriva la responsabilidad del Consorcio, cuestión ésta, que no ha sido alegada.

Legitimación pasiva.— Dicho Consorcio tiene legitimación pasiva como le atribuye el artículo 4.2 de la Ley 33/1984, al decir «quedará sometida en su actividad a la Ley de Contratos de Seguros y a la jurisdicción civil».

La obligación hace de la Ley.— Al nacer la obligación del citado organismo, no de un contrato, sino de la ley, no puede alegarse vulneración del artículo 1.257.1 del Código civil como reconoce dicho cuerpo legal en

el artículo 1.090. Por ello, la obligación se ajustará en cada caso a lo que la legislación aplicable establezca. (STS de 20 de enero de 1992. No ha lugar).

HECHOS.— El recurrido M.E.T. demanda al Consorcio de Compensación de Seguros la correspondiente indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la inundación del río Segre.

El Juez de Primera Instancia condenó al demandado al pago de la indemnización solicitada. La Audiencia Provincial confirmó totalmente la Sentencia. No prosperó el recurso de casación. (I.D.L.).

49. Impugnación de la convocatoria.— Es desestimable, por razón de la buena fe, la impugnación de la convocatoria de una Junta por el socio que asistió a ella y votó algún acuerdo sin denunciar al inicio de las sesiones la ilegalidad de su constitución.

Acuerdo de incremento de capital con emisión de acciones.— Es nulo el acuerdo de emisión de acciones cuando no estén totalmente desembolsadas las series ya emitidas con anterioridad, salvo que se supedite a este evento la validez del acuerdo. (Nota 1).

Convocatoria de la Junta General de la S.A.— La Junta General ordinaria debe convocarse conforme a lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas o, de lo contrario, serán nulos sus acuerdos por contravenir la norma imperativa. No obstante, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, se considera válidamente constituida la Junta en que estuviere representada la totalidad del capital y que cuente con el acuerdo unánime de los socios de constituirse en Junta. Por tanto, no podrá fundarse en defectos de convocatoria la nulidad de los acuerdos tomados estando presentes o debidamente representados todos los socios.

Representación en la Junta.— Según jurisprudencia del Tribunal Supremo, es válida la representación en Junta no convocada cuando se presente conformidad escrita del representado constando que conocía el propósito de constituirse en Junta y el orden del día.

Entrega de letra y pago: momento del desembolso.— La entrega de la letra no equivale al pago (art. 1.170 C.c.), sino que es expresión del modo en que éste se realizará. Entregadas las letras correspondientes a las acciones emitidas en series anteriores y antes de su vencimiento, se considera que dichas acciones no están aún totalmente desembolsadas. (STS de 17 de febrero de 1992; ha lugar).

HECHOS.— Don Manuel G.R. interpuso demanda frente a la entidad Casino Group S.A., solicitando la declaración de nulidad de los acuerdos tomados en Junta General de 19 de julio de 1988 por ser ilegal su constitución. Subsidiariamente demandó la declaración de nulidad de pleno derecho del acuerdo sexto, por el que se había aprobado una

ampliación de capital cuyo plazo máximo de suscripción expiraba antes del vencimiento de algunas de las letras correspondientes al pago de acciones emitidas anteriormente. En Primera Instancia se desestimó la demanda. La Audiencia desestimó el recurso. El Tribunal Supremo desestimó la demanda principal y estimó la procedencia de la declaración de nulidad del acuerdo sexto por ser contrario a la prohibición del artículo 89 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.

NOTA.— Es de aplicación al caso la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951. Respecto a las modificaciones introducidas por el nuevo T.R.L.S.A. que, de haber sido aplicable, pudieran afectar a su resolución, cabe señalar el párrafo que se añade al artículo 89 —correspondiente al actual artículo 154— según el cual se admite el acuerdo de aumento de capital «si existe una cantidad pendiente de desembolso (de emisiones anteriores) que no exceda del tres por ciento del capital social». (C.J.D.).

50. Representación en Junta General de la S.A.— Se entiende tácitamente revocada la relación jurídica de representación en Junta General cuando asiste a la misma el titular de las acciones. La no admisión del representante en la Junta en tal caso no implica una privación al accionista de su derecho al voto y por tanto no hace ilegal la constitución de la Junta ni son nulos los acuerdos tomados. (STS de 25 de febrero de 1992; ha lugar).

HECHOS.— Carvasa de Valores S.A. convocó Junta General extraordinaria, a la que acudió la Sra. de Orive (como titular de 10.000 acciones) con su representante, Sr. Zarauz (por otras 10.000 acciones de la misma Sra. de Orive). Al inicio de la sesión, se privó al Sr. Zarauz de su asistencia a la Junta en calidad de representante. La Sra. de Olive demandó la declaración de nulidad de los acuerdos tomados por entender que la Junta fue constituida ilegalmente al privarle de su derecho de asistencia. En Primera Instancia se estimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia recurrida. En casación hubo lugar.

NOTA.— Sin perder de vista que en este caso es aplicable la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y dada la ausencia en ella de una norma que se adapte al supuesto, en casación se optó por el mismo criterio que sienta el nuevo TRLSA (art. 160.3), según el cual «la asistencia personal a la Junta del representado tendrá valor de revocación» (de la representación). (C.J.D.).

51. Responsabilidad del administrador de una sociedad de Responsabilidad Limitada frente a un acreedor de la sociedad, al omitir actuación alguna ante la crisis del ente social.— «... dicho administrador único (...) al omitir cumplir con las facultades, que ante el evento producido en el ente social, generante de grave crisis económica que le impedían atender a sus obligaciones económicas con relación a terceros acreedores, crea en su contra, (...) una evidente negligencia grave, conducente a la personal responsabi-

lidad, que previenen los párrafos segundo y tercero del art. 13 de la Ley de 17 de julio de 1953, sobre sociedades de Responsabilidad limitada, de aplicación en el ámbito temporal en el presente caso, porque negligencia grave es mostrarse dicho administrador inactivo ante las dificultades económicas producidas en el ente social administrado, posibilitando con ello que se atendiesen unos créditos en su totalidad dejando de hacerlo ni en todo ni en parte con otros en el supuesto ahora contemplado...».

«... en todo caso, la responsabilidad de promover la actuación social para adoptar tal acuerdo de disolución o reconstruir el patrimonio social, para, a través de una liquidación ordenada, garantizar los derechos paritarios de los acreedores (...) incumbía al referido administrador (...) generando con ello el perjuicio sufrido por el demandante...» (STS 26 de diciembre de 1991; ha lugar).

HECHOS.— El demandante, ahora recurrente, entrega a una sociedad una porción indivisa de un solar, a cambio de un piso, que posteriormente es embargado y ejecutado por un acreedor de la sociedad. El recurrente no puede cobrar cantidad alguna puesto que, la sociedad ha dejado de funcionar y carece de patrimonio al haber sido embargados sus bienes por la Seguridad Social. El administrador demandado reconoce mediante confesión judicial que la sociedad nunca ha solicitado la suspensión de pagos o la quiebra, ni haberse preocupado él mismo por su disolución jurídica. (G.L.V.).

III. DERECHO PROCESAL

52. Las diligencias para mejor proveer no pueden ser objeto de casación.— Al amparo del artículo 1.692 párrafo 1.º de LEC, no es admisible alegar la inadecuación de una diligencia para mejor proveer, pues dicho párrafo se refiere exclusivamente a aspectos jurisdiccionales y no a las facultades de un juez con plena jurisdicción.

El que se haya acordado una diligencia para mejor proveer por el juez de instancia, no puede ser alegada en casación (STS de 3 de octubre de 1988), sin que quepa tampoco ser alegada como motivo de recurso, pues se practica a iniciativa del órgano jurisdiccional y queda fuera del principio dispositivo de las partes.

Medios de Prueba: Valoración.— La valoración de prueba por el juez no puede ser considerada violación de la igualdad jurídica, ni abuso de jurisdicción (STS de 20 de octubre de 1988). La valoración de los medios de prueba o elementos demostrativos no es lícito realizarla de forma aislada, sino todos ellos en su conjunto; siendo además, el Tribunal soberano en su valoración salvo que sea ilógica o contraria a las máximas de la experiencia. Para desvirtuar una presunción, en que se basa una sentencia, es necesario impugnar tanto el hecho base por vía del artículo 1.692 prf. 4.º como la incorrecta deducción por vía del prf. 5.º de dicho artículo, ya que la conjunción vulneraría el artículo 1.707 de la LEC (STS de 21 de septiembre de 1991. No ha lugar).

HECHOS.— La demandante se comprometía a suministrar a la demandada-compradora, una determinada cantidad de harina de soja en seis entregas mensuales. Incumpliendo la compradora su obligación de retirarlos, procede la vendedora-demandante a su enajenación por un precio inferior, demandando a la compradora por los daños y perjuicios como consecuencia de la diferencia de precios. (I.D.L.).

53. Pruebas directas e indirectas de la simulación del contrato.—

Cierta es la evidente dificultad que encierra el conseguir una prueba plena de la simulación contractual, que desvirtúe la presunción establecida en el artículo 1.277 del Código civil, pero no es menos cierto que pueden utilizarse cualquiera de los medios que recoge el artículo 1.215, y en especial la prueba indirecta de presunciones, para llevar a la convicción del juzgador la falta de veracidad del contrato, y la ausencia en el mismo de causa, con lo que entraría en juego el artículo 1.275 del Código civil. Pero, en ausencia de unas pruebas directas de simulación, son necesarias unas bases objetivas de las que hacer partir la operación deductiva, y mediante el enlace preciso y directo que exige el artículo 1.253, llegar a la conclusión probatoria, y todo ello sin faltar a las reglas lógicas del criterio humano.

Prueba documental de la condición de tercero en la tercería de dominio sobre bienes embargados.— Aunque la Jurisprudencia viene admitiendo cualquier clase de prueba idónea para demostrar el dominio, también tiene declarado que el documento privado presentado en apoyo de una tercería sobre bienes embargados, sólo puede tener eficacia frente a terceros desde la fecha que precisa el artículo 1.227 del Código civil. El documento privado de compraventa no puede ser tenido en cuenta, pues no aparece refrendado o completado por ningún otro documento probatorio válido, circunstancias de validez que no concurren en las certificaciones del ayuntamiento referidas al pago de impuestos y apertura del negocio, ya que al ostentar el comprador la condición de arrendatario del negocio, bien pueden referirse a su relación arrendaticia y no a la dominical. Tampoco por la escritura pública posterior, al no constar en ella la ratificación o elevación a rango superior del pretendido contrato privado.

Determinación del momento de adquisición de la condición de tercerista: fecha del embargo o fecha de la anotación preventiva de embargo.— Hay que establecer como momento de partida la fecha en que se realizó el embargo causante de la posible privación posesoria e, incluso, de la propiedad del bien embargado, por ser éste el momento en que se produjo la decisión perturbadora. Por naturaleza, la acción de tercería de dominio tiene por objeto facultar al tercero para que pueda demostrar que el bien embargado era de su propiedad, y no del deudor, cuando se realiza la traba, y, en consecuencia, debe levantarse esta restricción. Así pues, sólo en el caso de que la anotación preventiva del embargo tuviesen naturaleza constitutiva, habría de tenerse en cuenta la fecha de la inscripción registral, en cualquier otro caso, la práctica de la diligencia judicial tiene virtualidad por sí misma, y este acto constituye el objetivo de la reclamación del tercerista.

Naturaleza jurídica de la anotación preventiva de embargo.— La anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria, pese a los términos literales de los artículos 1.453 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 43.2 de la Ley Hipotecaria, lo que permitiría pasar a la realización forzosa de la finca o derecho aún sin aquel asiento, debiendo tener en cuenta el juzgador, en cada caso concreto, más que al aspecto doctrinal de si la anotación ha de entenderse como acto constitutivo o meramente complementario, las circunstancias de las personas interesadas, no permitiendo que se amparen en la falta de publicidad formal del embargo, ni el deudor, ni quienes con él contrataran, cooperando a la realización de cualquier acto fraudulento de los derechos del embargante, y todo ello, sin perjuicio de proteger, en otro caso, al adquirente de buena fe que apoyó su adquisición en la ausencia de cargas registrales, actuándose en este supuesto a través del instituto del tercero hipotecario. La garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados, y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y no en cuanto a los actos de disposición, ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado, anotación que no altera la situación jurídica preexistencia. (STS 7 de enero de 1992).

HECHOS.— Con fecha 15 de enero de 1984, mediante documento privado, alegan los demandantes, que adquirieron el local dedicado a cafetería del que eran arrendatarios. En este documento no se hizo constar el carácter de compraventa del pretendido contrato. El 24 de octubre de 1986 tuvo lugar el embargo del local por parte del Banco Exterior de España, ahora demandado. El 3 de noviembre del mismo año, el vendedor-arrendador otorga escritura pública de venta del local a favor de los demandantes. El mandamiento de embargo fue anotado en el Registro con fecha de 17 de noviembre de 1986 y la escritura de venta fue inscrita el 20 de mayo de 1987. Los demandantes interponen demanda sobre tercería de dominio que es estimada en la Primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por el Banco Exterior de España, la Audiencia la estima y declara no haber lugar a la tercería de dominio y la nulidad por simulación del contrato de compraventa. En casación el Tribunal Supremo declara HABER LUGAR AL RECURSO interpuesto por los demandantes, casando y anulando la sentencia recurrida en cuanto a la simulación del contrato de compraventa y manteniendo íntegros los restantes pronunciamientos. (G.D.-P.G.).

54. No intervención en el juicio de tercería de dominio de personas distintas del ejecutante, ejecutado y tercerista. Esencia y naturaleza de la tercería.— «... según previene el artículo 1.539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las tercerías se sustanciarán con el ejecutante... y el ejecutado... y tercerista persona jurídicamente distinta de aquellos..., cual previene la sentencia de 2 de julio de 1968, todos ellos intervinientes en el juicio de tercería de que se trata, de tal manera que no es posible la intervención en él de otras personas, incluso ni tan siquiera, como establece la sentencia de 6 de abril de 1949, el rematante en el procedimiento de apremio; si bien quedan a salvo, en todo caso, los derechos que terceros, distintos de dichos terceristas, ejecutante y ejecutado, pudieran tener sobre los bienes cuestionados, puesto que la esencia

y naturaleza de la tercería de dominio es simplemente, como se deduce del contexto del artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el de determinar si el dominio alegado por el tercerista es preferente al del deudor a quien le hayan sido embargados bienes, tendiendo, en consecuencia, según tiene reconocido la sentencia de 13 de diciembre de 1982, a obtener mediante la prueba de la titularidad del bien a favor del tercerista, el alzamiento del embargo obtenido por un acreedor, sin posibilidad, cual proclama la sentencia de 4 de enero de 1954, si deben ser preferentes otros créditos».

Indole reivindicatoria de la tercería.— «... siendo la tercería de dominio el ejercicio de una acción que implica índole reivindicatoria, y por ello el tercerista tiene que justificar cumplidamente la propiedad de los bienes embargados, generando por tanto que quien la promueva presente un título de dominio eficaz para demostrarlo, como establece la sentencia de 8 de abril de 1930...».

La titularidad dominical como presupuesto de la tercería. Carga de la prueba.— «... como indica la sentencia de 21 de junio de 1982, la titularidad dominical es presupuesto inexcusable para el éxito de la acción de tercería de dominio, que impone al tercerista, según la sentencia de 22 de junio de 1982, la carga de la prueba de su dominio sobre los bienes, lo que indudablemente comporta valorar adecuadamente, como se ha hecho en la sentencia recurrida, el alcance y eficacia del título aportado por el tercerista, pues de no ser así no sería posible comparar el mismo con el del ejecutado, que es precisamente la esencia motivadora del juicio de tercería de dominio...».

La oposición a la justificación dominical del tercerista no requiere reconvencción por parte de quien se opone.— «... si, como queda dicho, es el tercerista quien tiene que justificar el dominio que invoca con prevalencia al ejecutado, la oposición que se realice a esa justificación dominical en manera alguna requiere una actividad del opositor por vía de reconvencción...».

Inidoneidad del contrato otorgado con fraude de ley para fundamentar una tercería de dominio.— «... la Sala sentenciadora... para llegar a la solución que acoge, de desestimación de la acción de tercería de dominio, lo hace por entender que todo el comportamiento de los terceristas, al otorgar el contrato privado de compraventa en que fundamenta aquella acción..., lo fue con fraude de ley, no autorizado con base en lo normado en el número 4 del artículo 6 del Código civil, puesto que dicho contrato de compraventa... pese a su apariencia de legalidad viola el contenido ético de precepto legal eficaz para generar título contrario al que ampara el crédito afectado por el embargo en cuestión, generador de fraude de ley según tiene declarado esta Sala en sentencias de 6 de febrero de 1957 y 1 de abril de 1965; y cuyo fraude es precisamente desplazar la prioridad del tan referido crédito laboral con relación a otros créditos, originando por ello la no acogida de lo pretendido por los demandantes ahora recurrentes, y más habida cuenta la normativa contenida en el artículo 11-2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial admonitiva del rechazo por los Jueces y Tribunales de las pretensiones formuladas con abuso de derecho». (STS 19 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Con motivo de un incendio, las instalaciones industriales de Carpintería Arambarri, S.A. quedaron arrasadas. Este evento dio lugar a un expediente de regulación de empleo con la consiguiente extinción de las relaciones jurídico-laborales de los trabajadores integrantes de la plantilla. Pocos días después y según consta en documento privado, D. F. Arambarri, en nombre y representación de la sociedad, vende a su hermano D. J. M. Arambarri la maquinaria de la empresa salvada del incendio. Por otra parte y a consecuencia de una serie de procedimientos instados por los trabajadores, la Magistratura de Trabajo embarga la referida maquinaria. En plena vía de apremio y subrogado el Fondo de Garantía en los derechos de los trabajadores se interpone la demanda de tercería de dominio basada en el contrato privado de compraventa. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia estima la apelación revocando la sentencia de instancia. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.).

55. Tercería de mejor derecho: Anotación preventiva, no modifica la situación jurídica del crédito.— «... de forma que los créditos contraídos o los actos dispositivos otorgados con anterioridad no resultan afectados por la anotación». El art. 1.923.4 Cc no concede preferencia al crédito preventivamente anotado en el Registro de la Propiedad sobre el de fecha anterior por la mera circunstancia de haber anotado antes.

Crédito singularmente privilegiado: Cómputo de los plazos de prescripción señalados en art. 59, en relación con art. 32 n.º 6 del Estatuto de los trabajadores.— «Cuestión doctrinalmente resuelta, al menos desde la Sentencia de 22 de septiembre de 1987, en la que quedó establecido que el plazo de un año señalado en los preceptos legales citados, está referido al ejercicio de la acción de reclamación, que empezará a contar desde el momento en que debió percibirse el salario o el concepto sustitutivo del mismo y se agota con su ejercicio ante la Magistratura de Trabajo, con lo que, como dice la Sentencia de 25 de enero de 1991, una vez formulada la demanda dentro de plazo (...) ante los Tribunales competentes la preferencia queda definitivamente unida al crédito». (STS 12 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— En un pleito de tercería de mejor derecho, se suscita la colisión entre un crédito singularmente privilegiado y otro crédito de fecha posterior, pero anotado antes en el Registro de la Propiedad. El recurrente alega alternativamente la prescripción del plazo para ejercitar el derecho de preferencia del crédito salarial. (G.L.V.).

56. Arbitraje. Pacto arbitral (Ley de 22 de diciembre de 1953).— Sólo es válido y eficaz cuando se cumplen los requisitos legales y convencionales (STS de 10 de abril de 1991). La doctrina de esta Sala exige, para que dicho pacto impida la intervención de Jueces o Tribunales, no el mero contrato preliminar de arbitraje, sino la escritura de compromiso formalizada judicial o voluntariamente, con arreglo a la Ley 22 de diciembre de 1953; si falta dicho compromiso queda abierta la vía judicial ordinaria.

Medios de prueba: Documental. Confesión.— No pueden ser considerados como documentos propiamente dichos, ni las actuaciones procesales ni las diligencias de reconocimiento judicial. No se puede incorporar la totalidad de la prueba documental para mostrar un error de prueba, la casación no es una tercera instancia.

El valor de la confesión ha de ser puesto en relación con los demás, sin que por sí sólo desvirtue las apreciaciones y valoraciones de esta Sala.

Cláusula «Rebus sic stantibus». Requisitos.— Se exige para su admisión que concurren incidencias circunstanciales extraordinarias, alteraciones profundamente sustanciales, imprevisibilidades de notoria magnitud, o desbordante desproporción de pretensiones. (**Sentencia de 23 de diciembre de 1991**. No ha lugar).

HECHOS.— Dos empresas celebran un contrato de suministro de gas el 4 de noviembre de 1985 estableciendo en una de las cláusulas que para la interpretación del contrato, en caso de desacuerdo, se someterían a arbitraje de equidad. Con posterioridad la empresa suministrante decide cortar el suministro alegando «alto riesgo» dado el estado en que se encuentra la línea de conducción de gas entre ambas empresas, y considerando que existe discrepancia en la interpretación del contrato y que ésta debe ser resuelta mediante conversaciones entre las partes, y, en caso de desacuerdo, en arbitraje de equidad. Sin embargo, la demandante (empresa suministrada) reclama cumplimiento del contrato por la demandada (empresa suministrante), o subsidiariamente la resolución, con las consecuencias inherentes a tales pronunciamientos, relativos al resarcimiento de daños y abono de intereses. El juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estima el recurso formulado por la entidad demandante. (I.D.L.).

57. Recurso extraordinario de revisión. Motivos: Maquinación fraudulenta, concepto.— (...) en el juicio de cognición el recurrido, según confesó, no hizo gestión alguna para averiguar el domicilio del entonces demandado, junto con otras personas; consiguiendo a través de la citación por edictos que aquél no se enterase de la tramitación de tal proceso y que se llegase a una sentencia estimatoria de la demanda. (...) De todo lo expuesto se deduce una maquinación fraudulenta, consistente en haber ocultado el demandado (entonces demandante) el planteamiento del litigio, aduciendo desconocer el domicilio de la parte actora (entonces demandada) e interesando su emplazamiento por edictos, a los fines de que se sustancie el juicio en rebeldía, como así ocurrió, sin que ese demandado compareciese a defender sus derechos, lo que constituye, según la sentencia de 25 de junio de 1990 y otras muchas, una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta a que se refiere el n.º 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, invocado por el recurrente (...). (**STS de 16 de diciembre de 1991**; ha lugar).

HECHOS.— Don P. R. A. formuló demanda de recurso extraordinario de revisión contra la sentencia dictada en juicio de cognición por

el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Santa Cruz de Tenerife en la que se declaraba la nulidad de un contrato de compraventa de inmueble en el que el recurrente intervino como vendedor y el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife como comprador. El solicitante de la revisión no tuvo conocimiento de la demanda interpuesta contra él en primera instancia por el hoy recurrido al haber sido citado por edictos y sin hacer gestión alguna para averiguar su domicilio. Es procedente el recurso. (A.R.M.).

