

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVI  
FASCICULO III



JULIO-SEPTIEMBRE  
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  
Catedrático de D. civil  
y Ex-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	
VATTIER FUENZALIDA, Carlos: <i>La propiedad intelectual (estudio sistemático de la Ley 22/1987)</i> . . . . .	1041
ALVAREZ GONZALEZ, Santiago: <i>Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa</i> . . . . .	1109
ROVIRA JAEN, Francisco Javier: <i>El pacto de la «Lex Commisaria» en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno</i> . . . . .	1153
Estudio Legislativo	
FERNANDEZ DEL MORAL DOMINGUEZ, Lourdes: <i>Notas sobre el derecho de tanteo en la Ley de Arrendamientos Urbanos (con referencias al ordenamiento italiano)</i> . . . . .	1311

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**I. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL:**

*Reflexión en torno a algunos problemas planteados por la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial (a propósito de las Sentencias de la Sala I.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1992)*, por LUIS MIGUEL LOPEZ FERNANDEZ .....

1373

## Estudio Legislativo

HERNANDEZ DE MARZO, Saturnio y FERNANDEZ VERDUGO, María: *El artículo 37.2 del R.D. Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: La declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad* .....

1401

## Información Legislativa

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

1437

## Información Comunitaria

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

1457

## Bibliografía

**LIBROS:** ALBIEZ DOHRMANN-JAIMEZ TRASSIERRA-OLARTE ENCABO: *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*, por Rosa García Pérez.—CADARSO PALAU, Juan: *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, por José Antonio Serrano García.—JORDANO FRAGA, Francisco: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código Civil*, por M.<sup>a</sup> del Rosario Díaz Romero.—*Interpretación y efectos derivados de la adaptación de las Sociedades Mercantiles a la reforma de 1989: Normas transitorias y el plazo del 30-VI-1992*, por Gabriel García Cantero.—MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Presente y futuro de la multipropiedad*, por Ignacio Díaz de Lezcano Sevillano.—MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho Comparado*, por Ignacio Díaz de Lezcano Sevillano.—PALA LAGUNA, Reyes: *La institución del matrimonio en la República de Irlanda*, por José María Laíña.—YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, por Elena Vicente Domingo .....

1491

**REVISTAS EXTRANJERAS**

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

1517

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

**II. SENTENCIAS**

A cargo de Encarna ROCA TRIAS. Colaboran: Ramón CASAS VALLES e Isabel MIRALLES GONZALEZ .....

1599

**II. SENTENCIAS**

A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ. Colaboran: Esther ALGARRA PRATS, Javier BARCELO DOMENECH, Antonio CABANILLAS SANCHEZ, Pilar CAMARA AGUILA, Rosario DIAZ ROMERO, Pedro José FEMENIA LOPEZ y Gabriel GARCIA CANTERO .....

1635

# **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 III



JULIO-SEPTIEMBRE  
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 PROPIEDAD INTELECTUAL (ESTUDIO SISTEMÁTICO DE LA LEY 22/1987) (\*)

CARLOS VATTIER FUENZALIDA

Catedrático de Derecho civil

**SUMARIO:** I. La nueva Ley de Propiedad Intelectual. 1. Fuentes normativas. 2. Estructura y contenido. 3. Breve indicación histórica. 4. El marco constitucional. 5. Algunas consecuencias dogmáticas.—II. Los derechos de autor. 1. Autoría y coautoría. 2. Obras protegidas. 3. Las facultades personalísimas. A. Características. B. Contenido y límites. C. Ejercicio «post mortem auctoris». D. Conclusión sobre la naturaleza de estas facultades. 4. Las facultades de explotación y remuneración. A. Concepto legal. B. Límites, duración y dominio público. C. Transmisión y cesión. D. Contratos típicos.—III. Los otros derechos de propiedad intelectual. 1. Características generales. 2. Artistas intérpretes o ejecutantes. 3. Fonogramas, grabaciones audiovisuales y radiodifusión. 4. Meras fotografías y obras inéditas.—IV. Tutela civil y gestión colectiva. 1. Acciones de cesación y resarcimiento y medidas cautelares. 2. Publicidad formal y publicidad material. 3. Las Entidades de gestión colectiva.

### I. LA NUEVA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

#### 1. FUENTES NORMATIVAS

La nueva Ley de Propiedad Intelectual (LPI), Ley 22/1987, de 11 de noviembre, ha derogado y sustituido, entre otras, a la más que centenaria Ley Danvila, de 10 de enero de 1879 (Disp. der.), cuyo Reglamento de 3 de septiembre de 1880 continúa en vigor en lo que no se oponga a la LPI (Disp. tr. 6.<sup>a</sup>). En menos de cinco años, la LPI ha sufrido su primera reforma por Ley 20/1992, de 7 de julio, que autoriza

---

(\*) Trabajo dedicado a la memoria del Profesor José Luis Lacruz Berdejo y destinado a la «NEJ», XX, donde aparecerá una sesión anterior del mismo.



al Gobierno para dictar nuevas normas reglamentarias, al tiempo que le delega la potestad de promulgar un Texto Refundido, que no sólo debe armonizar las dos Leyes vigentes sino adaptarlas al Derecho comunitario incorporado al ordenamiento español (Disp. fn. 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>). La reforma se ha desarrollado reglamentariamente por el Real Decreto 1434/1992, de 27 de noviembre, en lo que concierne a los nuevos artículos 24, 25 y 140 CPI, y en el Real Decreto 733/1993, de 14 de mayo, sobre el Registro General de la Propiedad Intelectual, que entra en vigor el 1 de marzo de 1994 y que mantiene la vigencia del derogado Real Decreto 1584/1991, de 18 de octubre, hasta la fecha indicada; siguen en vigor, en cambio, estas disposiciones: Real Decreto 396/1988, de 25 de abril, sobre control de tirada de libros, Real Decreto 479/1989, de 5 de mayo, sobre la Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual y Real Decreto 834/1989, de 7 de julio, de creación de la Subdirección de la Propiedad Intelectual en el Ministerio de Cultura. Asimismo, la Directiva CEE 250/1991, de 14 de mayo, que regula los programas de ordenador.

Además, la Ley Orgánica 6/1987, de 11 de noviembre, ha modificado el Código penal en materia de delitos contra el derecho de autor y ha introducido los nuevos arts. 534 *bis* a 534 *ter* CP.

Por último, a esta normativa interna hay que unir los Convenios internacionales de los que España forma parte, a saber: el Convenio de Berna de 1886, para la protección de las obras literarias y artísticas, y la Convención Universal sobre los derechos de autor acordada en Ginebra en 1952, ambos textos revisados en 1971 por última vez y ratificados por España en 1974, así como el Convenio de Ginebra de 1971, sobre la reproducción de fonogramas, ratificado también en 1974; pero España no ha suscrito, en cambio, otros textos internacionales, tales como el Convenio de Roma de 1961, sobre los artistas, intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, la Convención de Bruselas de 1974, sobre la transmisión por satélites, o la Convención de Madrid, sobre la doble imposición de los derechos de autor.

## 2. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

Con todo, el eje de la nueva disciplina está constituido por la LPI, puesto que el grado de protección que confiere supera ampliamente el de los citados convenios internacionales; por eso, conviene que nos fijemos en su estructura y contenido, así como en sus innovaciones más sobresalientes, al menos de los tres primeros libros, dado que el Libro IV, que establece el ámbito de aplicación, concuerda y se limita a desarrollar la regla del art. 10.4 del Código civil (arts. 145-148). El Libro III contiene las disposiciones generales sobre la protección y la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual, y en él destacan, respectivamente, la inscripción en el Registro de carácter voluntario y eficacia probatoria (art. 130.4) y la supresión del monopolio legal otorgado a la Sociedad General de Autores de España por Ley de 24 de junio de 1941 (art. 132). La materia sustantiva se desdobra en otros dos

libros, el Libro I dedicado a los autores en sentido estricto y denominado «derechos de autor» y el Libro II, titulado «otros derechos de propiedad intelectual», relativo a los derechos reconocidos a los llamados usualmente auxiliares de la creación intelectual, que son los artistas, intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los de grabaciones audiovisuales y las entidades de radiodifusión, además de los fotógrafos y los editores de obras pertenecientes al dominio público.

Es claro que el Libro I está centrado en el autor y sus novedades más importantes son acaso estas tres: la adquisición originaria de la propiedad intelectual por la sola creación de la obra literaria, artística o científica, sin que se requiera formalidad alguna; la expansión del contenido de la propiedad intelectual que ahora está formado por el mal llamado derecho moral y los derechos patrimoniales de explotación y de remuneración, y el régimen notablemente pormenorizado de la cesión *inter vivos* de los derechos de explotación en general y de estos cuatro contratos en particular: el contrato de edición, el de representación teatral, el de ejecución musical y el de producción de obras audiovisuales. Es cierto que lo que da unidad a este Libro I es la figura del autor, pero es dudoso que se haya elevado a «un primer plano valorativo —como se ha escrito— al autor y a los intereses personales siempre presentes en su obra» (1), pues, sin negar esta última novedad formal, no hay que olvidar que la materia regulada con mayor amplitud es la transmisión y el tráfico de los derechos patrimoniales, los cuales no se suelen ejercer por el autor en persona sino mediante cesión a los editores en general, productores de obras audiovisuales y empresas de *software*. Ante este contenido, es fácil advertir que lo que se ha regulado aquí, principalmente, es el mercado de los derechos de autor.

El contenido del Libro II confirma esta interpretación ya que comprende los habitualmente denominados derechos afines, conexos o vecinos, pero, en lugar de adoptar la terminología corriente, los llama, según vimos, «otros derechos de propiedad intelectual», con lo que se acentúa la proximidad de estos derechos a los que incumben a los autores; y sucede que, aun cuanto tales derechos son de características similares, prevalece en ellos una más nítida naturaleza pecuniaria; en fin, hay que reconocer que en la realidad social y económica de hoy sus titulares, los auxiliares de la creación intelectual, son los auténticos protagonistas del mercado cultural, quienes predominan de hecho sobre los autores, cuya creación en muchas ocasiones no representa más que la primera materia de la industria o de la empresa cultural. A nuestro juicio, es esta realidad la que justifica la reforma profunda llevada a cabo por la LPI, a la vez que explica la actual fisonomía de la propiedad intelectual.

---

(1) Lugar común que expresa, entre otros, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual*, Madrid, 1988, p. 26.

### 3. BREVE INDICACIÓN HISTÓRICA

Esto significa que se ha plasmado así de nuevo, y a pesar de la ideología personalista que late tras el derecho moral, la concepción patrimonialista de la propiedad intelectual, que ha sido constante en la corta y agitada historia de la figura, desde su origen hasta el presente, salvo quizá el breve paréntesis individualista del siglo pasado.

En efecto, recordemos que, como consecuencia de la imprenta, surge con los privilegios de impresión —que en España se remontan a 1480—, no sólo por coherencia con el *Ancien regime*, sino porque tal privilegio permitía a los impresores, en tanto que editores, recuperar los costes de la edición y un *plus* de ganancia, creando así un nuevo producto cultural y el mercado del libro impreso; el privilegio se basaba, pues, en que eran los impresores quienes introducían dicho producto en el nuevo mercado (2). El giro iniciado a favor del autor por el Estatuto de la Reina Ana Estuardo de Inglaterra, publicado en 1710, se tradujo tan sólo en un derecho de naturaleza patrimonial consistente en la explotación económica de la obra por un tiempo determinado; y tal es la concepción que predomina en el Derecho anglosajón, donde perdura el sistema llamado de *copyright*, con la notable salvedad de Inglaterra, cuya *Copyright, Designs and Patents Act* introdujo los *moral rights* en 1988 (3). En el tránsito de la ilustración al liberalismo, las leyes francesas de 1791 y 1793 configuraron este derecho como una auténtica propiedad, aunque especial, y lo fundaron en la promoción general de la cultura; y así se estableció en España, lo mismo por el Decreto Legislativo de 1813, que por la primera Ley sobre la materia, de 10 de junio de 1847, por la Ley derogada de 1879 y por los arts. 428 y 429 del Código civil. Sólo el exasperado individualismo del siglo XIX pudo vincular la propiedad intelectual a la esfera de la personalidad del autor, acentuado tal vez por una buena dosis de sentimentalismo romántico, precisamente el ambiente cultural en que los libreros y editores euro-

---

(2) Destaca esta realidad económica E. PÉREZ CUESTA, «Una perspectiva histórico-jurídica sobre el derecho de autor», en *RDP*, 1981, pp. 333 y ss.; también J. PHILLIPS-A. FIRTH, *Introduction to Intellectual Property Law*, 2.<sup>a</sup> ed. Londres, 1990, p. 105. Ofrece los datos históricos fundamentales C. ROGEL VIDE, *Autores, coautores y propiedad intelectual*, Madrid, 1984, pp. 13 y ss.; una visión humanista propone M. YZQUIERDO TOLSADA, «Evolución histórica del derecho de propiedad intelectual», en *RGLJ*, 1988, pp. 515 y ss.

(3) Los estudian J. PHILLIPS-A. FIRTH, *op. cit.*, pp. 205 y ss., y M. F. FLINT, *A user's guide to copyright*, 3.<sup>a</sup> ed. Londres 1990, pp. 87 y ss., entre otros; para el sistema anglosajón en general, S. M. STEWART, *International copyright and neighbouring rights*, 2.<sup>a</sup> ed. Londres, 1989, pp. 59 y ss.; una síntesis del Derecho comparado ofrece C. COLOMBET, *Grands principes du droit d'auteur et des droits voisins dans le monde. Approche de droit comparé*, Paris, 1990, pp. 38 y ss. El punto no se ha retocado en los Estados Unidos, pese a la *Bern Convention Implementation Act.* de 1988, en vigor desde el 1 de marzo de 1989.

peos —como se ha señalado con acierto (4)— establecen las bases que cristalizan a finales del siglo en el Convenio de Berna, en el que sólo después de arduas negociaciones se consagró en 1928 el art. 6.<sup>o</sup> bis, según el cual corresponden al autor las facultades de exigir el respeto a la autoría e integridad de la obra, pero sin mencionar expresamente su derecho moral. Y en el siglo XX, a esta misma lógica patrimonialista responde la protección de los auxiliares de la creación —no sólo de los artistas sino también de las empresas productores de fonogramas o grabaciones audiovisuales, a las que ahora se quieren asimilar las empresas editoras de libros u otros materiales impresos— ya que son ellos los agentes activos del mercado cultural y sus posibilidades de actuación se multiplican incesantemente por las nuevas tecnologías (5).

#### 4. EL MARCO CONSTITUCIONAL

A conclusión semejante nos lleva un repaso somero del marco constitucional. Por un lado, el art. 44 establece que todos tienen derecho de acceso a la cultura y que los poderes públicos deben promover la investigación científica y técnica en beneficio del interés general; precepto que se menciona por el art. 40 LPI y que justifica el art. 16 LPI, pero que naturalmente no se ha agotado con la especial legitimación para divulgar obras inéditas que estos últimos establecen, si bien constituye el fundamento histórico de la propiedad intelectual. Por otro lado, se ha invocado por los partidarios del personalismo el art. 20.1.b), que reconoce y protege el derecho «a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica», presuponiendo que el derecho de autor, o al menos las facultades morales del mismo, integran la personalidad y es un derecho fundamental de todo ser humano. Pero esta construcción se ha descartado por la sentencia de 9 de diciembre de 1985 recaída en el sonado caso del escultor Pablo Serrano, en línea con la anterior sentencia sobre el mismo caso de 21 de junio de 1965, que dio a entender que el derecho moral era de entidad puramente doctrinal a pe-

---

(4) Destaca que fueron los promotores del Convenio J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario de la Unión de Berna: 1886-1986. Precedentes históricos», en *ADC*, 1986, pp. 885 y ss., así como el entorno en que se gestó.

(5) Se ocupa ampliamente de la sociedad, tecnología y propiedad intelectual F. BONDIA ROMAN, *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*, Madrid, 1988, pp. 109 y ss.; la dimensión económica y las nuevas tecnologías preocupan a los especialistas, como puede advertirse en las ponencias recogidas en *Le droit d'auteur enjeu économique et culturel. Copyright economic and cultural challenge*, París, 1990, pp. 25 y ss., y 87 y ss., y en *I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000*, I, Madrid, 1991, pp. 321 y ss., y 361 y ss. Una síntesis ofrece J. L. GARCÍA MARTÍN, *La noción de explotación en las cuestiones intelectuales*, en *RDP*, 1992, pp. 907 y ss., en especial 908-909 y 916-919.

sar de estar vigente en España el antes mencionado precepto del Convenio de Berna. El voto de mayoría de la primera sentencia citada entiende que la expresada norma constitucional «consagra como fundamental un derecho genérico e impersonal, a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona produce o crea arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor, que no es un derecho de la personalidad, porque asimismo carece de la nota de esencialidad, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor»; mientras que para el voto particular dicha norma eleva al rango constitucional «el núcleo esencial del derecho de autor a la protección de sus intereses morales y patrimoniales». Por último, aunque el tema sigue abierto (6), es claro que expulsado de momento el derecho de autor del campo de los derechos fundamentales y libertades públicas se debe encuadrar en el derecho de propiedad y conforme al art. 33 de la Constitución es la función social la que ha debido delimitar su especial contenido en los términos que, por ahora, ha establecido la LPI; tal es, pues, la sede institucional por la que ha optado el texto fundamental.

En otro orden de cosas, no está demás recordar que el art. 149.1.9.<sup>a</sup> de la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva para legislar en materia de propiedad intelectual, junto a la industrial.

## 5. ALGUNAS CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS

Varias son las consecuencias que se derivan de esta opción del constituyente y que se refieren al rango y materia de la LPI, al fundamento de la figura y a la discutida naturaleza jurídica de la propiedad intelectual; veámoslas esquemáticamente.

Ante todo, se ha hecho notar con razón que la LPI tiene el rango de una ley ordinaria porque no desarrolla un derecho fundamental, en consonancia con el art. 81 de la Constitución, y en ésto difiere de la reforma del Código penal sobre la misma materia; y que su materia es el derecho de propiedad, sólo que es de un tipo especial y que se rige pri-

---

(6) Sobre la citada sentencia, *vid.* R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Derecho de autor y destrucción de la obra plástica (Comentario a la STS de 9 de diciembre de 1985)», en *ADC*, 1986, pp. 217 y ss.; mantiene la tesis personalista del voto particular, en cambio, E. DE LA PUENTE, «El derecho de autor, los derechos conexos y el derecho a la cultura en el marco de los derechos humanos y las garantías constitucionales. Su perfil en el orden constitucional español», en *I Congreso Iberoamericano*, I, cit., pp. 47 y ss., y allí referencias a la literatura anterior. Estudia la relevancia constitucional ampliamente J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Siete derechos en busca de autor. La nueva Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 (BOE, 17 de noviembre)», en *ADC*, 1988, pp. 233 y ss., en especial 246 y ss. En fin, recuérdese que la sentencia del Tribunal Constitucional 35, de 18 de marzo de 1987, desestimó el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia mencionada sin entrar al fondo del asunto.

mordialmente por la LPI y supletoriamente, tal y como establece el art. 429 del Código civil, por las reglas generales del dominio (7).

En cuanto al fundamento, hay que hacer dos consideraciones diferentes. Por una parte, destaca el carácter instrumental de la propiedad intelectual puesto que se la protege en función y en la medida en que favorece el derecho de todos de acceso a la cultura; y así lo reconoce paladinamente el Preámbulo de la LPI, a cuyo tenor: «la presente Ley se propone dar adecuada satisfacción a la demanda de nuestra sociedad de otorgar el debido reconocimiento y protección de los derechos de quienes a través de las obras de creación —nótese: no sólo a través de los autores sino de todos los que— contribuyen tan destacadamente a la formación y desarrollo de la cultura y de la ciencia para beneficio y disfrute de todos los ciudadanos (pár. final). Y por otra parte, la figura descansa en el derecho de propiedad privada que reconoce el art. 33 de la Constitución y es susceptible de expropiación, con arreglo a este precepto, igual que todo derecho subjetivo o interés legítimo por causa justificada de utilidad pública o interés social, con la particularidad de que las facultades previstas por el art. 14 LPI no son hábiles de ablación singular por ser inalienables y, por tanto, inseparables de la persona del autor (8).

Por último, es bien sabido que sobre la naturaleza jurídica de nuestra figura hay dos tesis es pugna, la tesis dualista y la tesis monista; para la primera, el derecho de autor comprende a su vez otros dos derechos de índole diferente, que son el derecho moral, que se liga a la personalidad del autor, y el derecho patrimonial, que comprende el monopolio de la explotación económica de la obra; en cambio, la segunda tesis sostiene la existencia de un derecho único, aunque reconoce que está integrado por facultades de naturaleza diversa —personales y patrimoniales— y hasta admite que están sujetas a un régimen jurídico también diverso (9). Lo importante para nosotros aquí es que la LPI se ha interpretado conforme a estas tesis contrapuestas. Así, se ha en-

---

(7) Advierte los dos aspectos R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (en adelante *Com. LPI*), coordinados por él mismo, Madrid, 1989, pp. 19 y ss., obra colectiva a la que nos permitimos hacer una remisión global para un estudio extenso y completo de toda la materia.

(8) Por el contrario, sólo son expropiables las facultades de explotación de las concretas obras previamente divulgadas por el autor u otras personas legitimadas por los arts. 15.2 y 40 LPI; para el Derecho anterior, en el mismo sentido M. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo García, V. 2, Madrid, 1985, p. 778, nota 111.

(9) Sobre estas tesis conserva actualidad el estudio de L. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, «Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales», en *RDP*, 1949, pp. 747 y ss., y 830 y ss., resumido en *NEJ*, III, Barcelona, p. 138; un panorama completo ofrece H. BAYLOS CORROZA, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, 1978, pp. 385 y ss., y P. GRECO, «Saggio sulle concezioni del diritto d'autore (monismo e dualismo)», en *Riv. dir. civ.*, 1964, pp. 539 y ss. Apuntemos que, a juicio de C. ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985, p. 69, es mayoritaria en nuestra doctrina la corriente contraria a la consideración del derecho moral de autor como un derecho de la personalidad.

tendido que el legislador se ha inclinado a favor de la tesis dualista, entre otras razones, por la indudable separación que ha establecido en el Capítulo III entre el «derecho moral» —que se concibe vinculado a la personalidad del autor y se le predicen sus caracteres— y los «derechos de explotación» (10); pero, al propio tiempo, se ha afirmado también el triunfo de la tesis monista, en especial, por la noción unitaria que parece consagrar el art. 2.º LPI, a cuyo tenor: «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial...» (11).

A nuestro juicio, el problema debe entenderse resuelto por la propia LPI. En efecto, el mencionado art. 2.º, al contraponer el carácter personal y el carácter patrimonial, da a entender que el primero se refiere a la esfera de los derechos extrapatrimoniales, que forman parte del círculo de los bienes o derechos de la personalidad; pero, si bien se mira, esto no es exactamente así, ya que los derechos de carácter personal son los que se desarrollan por el art. 14, el cual los califica de «irrenunciables e inalienables». Y esto sólo significa que se trata de derechos personalísimos, pero no extrapatrimoniales, en el preciso sentido de los arts. 525 y 1161 del Código civil; lo que quiere decir que tales derechos son inseparables del autor y que sólo él puede ejercerlos, bien por sí mismo o bien por las personas designadas *ex lege* o, en su caso, *ex voluntate*. Buena prueba de ello es que en la LPI hay otros derechos de neta e indiscutible naturaleza patrimonial, que también se consideran irrenunciables e intransmisibles, al menos, *inter vivos* y deben entenderse asimismo como personalísimos en el sentido indicado; se trata del derecho de participación en el precio de reventa de las obras plásticas (art. 24.3) y la remuneración de los autores de las obras audiovisuales (art. 90.2 párr. 2.º) (12).

En conclusión, si esta interpretación es correcta, quiere decir que la LPI ha continuado la tradición patrimonialista del derecho de autor y ha mantenido un criterio monista y homogéneo para las dos clases de

(10) Así, entre otros, F. BONDÍA ROMÁN, *op. cit.*, p. 155; A. DELGADO PORRAS, *op. cit.*, p. 25, y D. ESPIN CÁNOVAS, *Las facultades del derecho moral de los autores y artistas*, Madrid, 1991, pp. 51 y ss.

(11) En opinión de J. L. LACRUZ BERDEJO, *Com. LPI*, cit., pp. 31 y ss., y de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Com. LPI*, cit., p. 27 y *Comentarios del Código civil*, I, Madrid, 1991, p. 1155, y para el Derecho anterior, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, p. 209; asimismo, M. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, *op. cit.*, pp. 715 y ss. En la doctrina penalista, parece prevalecer esta postura unitaria; *vid.* C. CARMONA SALGADO, *La nueva Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1988, pp. 103 y ss., y J. A. VEGA VEGA, *Derecho de autor*, Madrid, 1990, p. 38, quien adscribe la LPI al monismo integral.

(12) Para M. VALLES RODRÍGUEZ, *Com. LPI*, cit., p. 450, el derecho de participación es análogo al derecho moral del autor, a lo que se opone con razón R. CASAS VALLES, «La protección de los artistas plásticos en el Derecho español», en *I Congreso Iberoamericano*, I, cit., pp. 259 y ss., en especial 277; contrario a la indisponibilidad de esta remuneración de los autores de obras audiovisuales se muestra R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «El derecho de remuneración del artículo 90.2 de la Ley de Propiedad Intelectual y su irrenunciabilidad», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 81 y ss.

facultades que lo integran, pues ambas clases son de naturaleza patrimonial y difieren únicamente en la forma de ejercicio; mientras las de carácter personal, que forman parte del derecho moral, son personalísimas y sólo el autor puede ejercerlas, las de carácter patrimonial, en cambio, son transmisibles a terceros, lo mismo *mortis causa* que *inter vivos*, dentro de los límites impuestos por la propia LPI. Lo que no sólo es coherente con el modelo constitucional sino que, al no generar una figura híbrida, encaja perfectamente en los parámetros normales del derecho de propiedad (13).

Así concebida, se entiende bien que la propiedad intelectual sea independiente y compatible con otras titularidades sobre la cosa material o el soporte en que se ha incorporado la creación realizada por el autor, al menos, en las tres hipótesis que menciona el art. 3.º LPI. En primer lugar, se trata de la propiedad u otros derechos, tanto reales como personales, sobre el mismo objeto, el cual puede transmitirse a cualquier título, lo mismo oneroso que gratuito, bien por el propio autor o por el cesionario de sus derechos de explotación; pero el adquirente no ostenta por virtud de su título de adquisición las facultades para la utilización económica mediante la reproducción, distribución comunicación o transformación de la cosa (arts. 56.1 y 17). Única excepción es el derecho de exposición pública que corresponde al adquirente del original de una obra plástica o fotográfica, aunque no se haya divulgado —caso difícil en la práctica, dado que la adquisición presupone la divulgación y que la obra se ha hecho ya accesible al público (art. 4.º)—; a lo que puede oponerse el autor al momento inicial en el acto de enajenación o sobrevenidamente «cuando la exposición se realice en condiciones que perjudiquen su honor o reputación profesional» (art. 56.2). En segundo lugar, la propiedad intelectual es compatible con la propiedad industrial sobre el mismo objeto, y concretamente los programas de ordenador, aunque no sean patentables por la exclusión del art. 4.º.2,c) de la Ley de patentes, Ley 11/1986, de 20 de marzo, gozán de la protección que confiere la patente cuando formen parte de un invento patentado (art. 96.3); lo que significa que el programa queda amparado por el monopolio de la patente en cuanto parte integrante del invento, pero no fuera de su contexto (14). Por último, los derechos de autor pueden concurrir con «los otros derechos de propiedad intelectual

---

(13) Posturas semejantes mantienen L. Díez-PICAZO-A. GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, III, 5.ª ed. Madrid, 1990, p. 237: «el derecho de autor contiene facultades que son personalísimas, pero no es un derecho de la personalidad», y C. ROGEL VIDE, «Bienes gananciales, bienes privativos y propiedad intelectual», en *Centenario del Código civil*, II, Madrid, 1990, pp. 1820 y ss., en concreto 1849, al entender que la propiedad intelectual, comprendidas las facultades personalísimas, se encuadra en el art. 1346. 5.º Cc., como veremos *infra*; asimismo, en la literatura extranjera, DE BOOR según refiere J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 35, y P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété: histoire et théorie*, Paris, 1969, pp. 7 y ss.

(14) En opinión de E. GALÁN CORONA, «Les logiciels», en *Boletín Aladda*, 1987-1989, pp. 33 y ss., en particular 37; duda de esta compatibilidad, en cambio, J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., p. 1384.



tual reconocidos en el Libro II» (art. 3.º.3); se trata, a primera vista, del concurso del autor y de uno o varios auxiliares de la creación intelectual, los cuales ostentan derechos originarios sobre su respectiva obra de creación (arts. 1.º y 121). Pero este concurso puede presentarse además en casos situados fuera del Libro II, tales como las obras compuestas (art. 9.º), las obras derivadas (art. 12) o transformadas (art. 21.2) y la cesión de los derechos transmisibles (arts. 43 y ss.); mientras en el primer caso y en el último se trata de derechos derivativos porque nacen de la voluntad del autor de la obra primitiva, en las obras derivadas y transformadas coexisten, en cambio, derechos originarios porque surgen directamente de la ley.

## II. LOS DERECHOS DE AUTOR

### 1. AUTORÍA Y COAUTORÍA

La condición de autor se adquiere con carácter originario por el sólo hecho de la creación (art. 1.º), habiéndose suprimido las antiguas cargas de inscripción, publicación o depósito; esta adquisición es originaria porque la obra no preexiste a la creación y su fuente es la ley puesto que se trata de la consecuencia jurídica que surge al momento en que el autor da por concluido el proceso de elaboración o, en el caso de procesos complejos como las obras audiovisuales, se fije la versión definitiva, cuyo soporte original no se puede destruir (art. 93). La creación se agota con la producción del *corpus mechanicum*, que debe pertenecer a cualquiera de los tres géneros clásicos, a saber: la literatura, el arte y la ciencia; sin estar definidos por la LPI, sus rasgos se determinan en cada momento por las concepciones imperantes en la sociedad, los cuales carecen de relevancia jurídica por estar dichos géneros sujetos al mismo régimen, salvo en materia de derechos de remuneración y de límites.

Desde otro ángulo, la creación es un hecho jurídico no negocial, no exige capacidad de obrar y está sujeta a las limitaciones impuestas por la LPI, el abuso del derecho, la moral, el orden público y las buenas costumbres (15); ello se debe a que genera de forma automática la propiedad intelectual, la cual se subordina a estas limitaciones genéricas igual que todos los derechos subjetivos. Este automatismo revela que la propiedad intelectual globalmente considerada es irrenunciable —y no sólo las facultades especialmente previstas por los arts. 14, 24 y 90 LPI— si bien el autor que no quiere dar a conocer su obra puede decidir no divulgarla (art. 14.1.º), con las excepciones establecidas por los arts. 15.2 y 40 LPI. En fin, la creación difiere de las fases ulteriores de

---

(15) Bien lo ha advertido J. L. LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pp. 42-44.

divulgación y publicación; mientras la primera es la forma de expresión consentida por el autor que la hace accesible por primera vez al público, la última, en cambio, es la divulgación realizada por la puesta a disposición del público de un número razonable de ejemplares según la naturaleza y finalidad de la obra (art. 4.º), que se identifica en la práctica con la reproducción de la misma y determina el año inicial desde el que comienzan a correr los distintos plazos de protección (16).

Dada esta configuración de la creación o producción de la obra, se comprende bien que sólo pueda ser autor, en el sentido más pleno de la palabra, una persona física, y así lo establece el art. 5.º.1, a cuyo tenor: «se considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica»; norma concordante con el precepto siguiente que determina una presunción *iuris tantum* de autoría a favor de la persona física que aparezca como autor en la propia obra mediante su nombre o firma o, en el caso de personas jurídicas, signo que la identifique (art. 6.º.1), que no debe confundirse con los símbolos de reserva de derecho (art. 131).

La primera norma citada establece el denominado principio de autoría en virtud del cual ésta se atribuye, pues, a la persona física que ha creado la obra, atribución que resulta reforzada y favorecida por la mencionada presunción; de este modo se excluye de la autoría, en sentido estricto, no sólo a las obras realizadas por procedimientos mecánicos o técnicos o por objetos inanimados —como puede ser un sistema experto— sino también a las atribuidas a personas jurídicas.

Una aparente excepción contempla el art. 5.º.2 LPI según el cual este tipo de personas se puede beneficiar de los derechos de propiedad intelectual en los casos previstos expresamente; estos casos son numerosos y se pueden agrupar en dos clases, a saber: La primera está constituida por supuestos en que es la propia LPI la que asigna tales derechos a la persona jurídica, como ocurre con los derechos conexos de los productores de fonogramas, grabaciones audiovisuales y programas de radiodifusión (arts. 109, 113 y 116), y la segunda, por hipótesis en que la persona jurídica ostenta tales derechos por cesión del autor, que puede ser expresa —cesión *inter vivos* y contratos típicos— o tácita o presunta a base de la autorización o consentimiento del autor, salvo pacto en contrario, como sucede con las obras anónimas o pseudónimas (art. 6.º.2), las obras colectivas (art. 8.º), las obras derivadas (arts. 11 y 12), las obras transformadas por otro (arts. 11.5.º y 21.2), las obras realizadas por trabajadores por cuenta ajena (art. 51.2), las obras audiovisuales (art. 88) y los programas de ordenador (art. 98). Puesto que la primera clase está referida a derechos distintos —los del Libro II— que los derechos de autor y la segunda descansa en su voluntad expresa o tácita, se puede afirmar con razón que «el principio de auto-

---

(16) Estudia pormenorizadamente estas dos fases F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 65 y ss.; asimismo, C. PÉREZ DE ONTIMOS BAQUERO, *Derecho de autor: la facultad de decidir la divulgación*, Madrid, 1993, pp. 57 y ss.

ría no sufre excepciones a lo largo de la Ley» (17); pero esta casuística nos muestra que es normal en la *praxis* la sustitución del autor por personas jurídicas en el ejercicio de sus derechos transmisibles y no sólo por cesión a las Entidades de gestión colectiva (art. 138.1).

Tampoco presenta excepciones este principio en materia de coautoría, dado que los distintos supuestos previstos por la LPI comportan una cesión de facultades a favor de los comuneros (art. 7.º) o del editor (art. 8.º) o, al menos, una autorización a quien realiza una obra compuesta (art. 9.º) o derivada (arts. 11 y 12), de modo que solamente pueden extenderse a las concretas facultades transmitidas por el autor (art. 43. 1 y 2); por el contrario, las facultades personalísimas seguirán perteneciendo al autor individual o, en su caso, al autor de la obra primitiva, a pesar de la coautoría del resultado final.

En efecto, así se advierte en las llamadas obras en colaboración que se caracterizan por ser el resultado unitario de la creación de varios autores, todos los cuales se consideran autores del mismo; por eso, para divulgar o modificar la obra todos los coautores deben consentir y, a falta de acuerdo, resuelve el juez. Una vez divulgada, sin embargo, no cabe negar el consentimiento injustificadamente para la explotación en la forma en que se divulgó; salvo pacto en contrario, cada coautor puede explotar su aportación separadamente a no ser que perjudique la explotación de la obra común. La participación en la comunidad es la que los coautores determinen, la cual se rige por los arts. 392 y siguientes del Código civil (art. 7.º).

Precisamente, la cotitularidad de carácter real que esta comunidad supone, indica que los coautores se han desprendido de sus facultades transmisibles y las han puesto en común y que por ello retienen las intransmisibles; de aquí la regla de unanimidad para ejercer las facultades de divulgación y de modificación por ser personalísimas (art. 14.1.º y 5.º), y que sea razonable entender que el juez, para apreciar si la negativa a explotar la obra común es justificada o no, deba atender a las exigencias de la buena fe y la prohibición del abuso del derecho (18). Aunque se ha pensado que no cabe aquí la acción de división por el aspecto personal de los derechos de autor (19), es lo cierto que, limitada

(17) En este sentido, A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., p. 103; sin embargo, en p. 107 da a entender que el art. 5.º.2 LPI podría constituir una excepción a la atribución originaria plena de la propiedad intelectual al autor, lo que debe descartarse, a nuestro juicio, por la expresa derogación del art. 5.º Ley 9/1975, de 12 de marzo, del Libro; criticado este precepto por M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *op. cit.*, p. 752, su derogación es un indicio claro de que se ha querido excluir la autoría de las personas jurídicas.

(18) Destaca este punto J. M. MIGUEL GONZÁLEZ, *Com. LPI*, cit., p. 129.

(19) Como observa J. M. MIGUEL GONZÁLEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 135-136. Con todo, para J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva de los derechos de autor*, Madrid, 1992, p. 108, es difícil entender —pero no imposible— la división de las obras no plásticas, quien afirma, además, que los vínculos personales de los coautores no impiden la entrada en la comunidad de personas no autores (p. 109).

la comunidad de coautores a las facultades patrimoniales o transmisibles, nada impide la aplicación del artículo 404 del Código civil, y si la obra es indivisible, o dividida desmerece (art. 1062 Cc.), tales facultades se pueden adjudicar a un comunero o a un tercero, conforme a las reglas generales. En esta clase de obras, pues, las facultades personalísimas pertenecen a cada autor, incluso en el caso extremo de la división.

Un supuesto especial de obra en colaboración es el de las obras cinematográficas, radiofónicas o audiovisuales en general, cuyo régimen viene a confirmar la interpretación expuesta. En línea con las legislaciones latinas, el art. 87 LPI determina que estas obras pertenecen a la categoría de las obras en colaboración y precisa que son coautores —y sólo ellos (20)— el director-realizador y los creadores del argumento, la adaptación, el guión o los diálogos y las composiciones musicales, con o sin letra, creadas para la obra; en concordancia con el art. 7.º.3 LPI, cada coautor puede disponer de su aportación separadamente, salvo pacto en contrario o perjuicio a la explotación de la obra común (art. 88.2). Aquí la comunidad surge del contrato de producción de esta clase de obras en cuya virtud se presumen cedidos en exclusiva al productor ciertas facultades de explotación, si bien todos los coautores de las obras cinematográficas deben autorizar expresamente la explotación pública, doméstica o a través de la radiodifusión de la obra (art. 88.1); la negativa injustificada de un coautor o la fuerza mayor que le afecte, según el art. 91 LPI, habilita al productor la utilización de la parte ya realizada (21), quien fija, conforme a lo pactado con el director-realizador, la versión definitiva (art. 92.1). Sobre esta versión todos los coautores conservan y ejercen las facultades personalísimas (art. 93.1), si bien la facultad de modificación requiere la autorización previa de los que han acordado la versión definitiva y se entiende cedida, salvo pacto en contra, «para realizar en la forma de emisión de la obra las modificaciones estrictamente exigidas por el modo de programación del medio» radiodifundido (art. 92.2). Es claro, pues, que la obra en colaboración de tipo audiovisual produce una comunidad limitada a las facultades transmisibles y deja a salvo, con las atenuaciones señaladas, las facultades personalísimas correspondientes a cada coautor.

Lo mismo se aprecia en las obras colectivas, aunque el tenor literal del art. 8.º LPI pueda dar a entender lo contrario. Se trata de las aportaciones inseparables de diferentes autores, fundidas en una obra única y autónoma, que se ha creado por la iniciativa y la coordinación de una persona natural o jurídica, que la edita y publica bajo su nombre y a la que corresponden, salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra (art. 8.º.1.º y 2.º). Se ha entendido con frecuencia que se ha roto aquí

---

(20) Como advierte N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., pp. 1221 y ss.

(21) Para la exégesis de este precepto, *vid.* D. ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, pp. 142 y ss., y N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., pp. 1281 y ss.

el principio de autoría porque aparentemente la propiedad intelectual de la obra colectiva puede atribuirse a una persona jurídica, comprendiendo tanto las facultades personalísimas como las transmisibles de los creadores de las aportaciones individuales (22); incluso se ha pensado que hay aquí una atribución originaria, aunque basada en un título autónomo y distinto de la creación (23). Pero la salvedad del pacto en contrario pone de relieve que no estamos ante una atribución *ex lege* de la propiedad intelectual a favor del editor sino *ex voluntate* de cada autor, que no puede disponer de las facultades personalísimas por ser irrenunciables e inalienables —como se ha observado con razón sobre la coautoría de los programas de ordenador (24)— de modo que la obra colectiva no sólo no puede extenderse a dichas facultades sino que tampoco constituye una verdadera excepción al principio de autoría; por el contrario, se reduce, en suma, a las facultades transmisibles de cada autor, que se ceden singularmente al editor conforme a lo pactado, dentro de los límites marcados por los arts. 43 y ss. LPI. Prueba de ello es que en las publicaciones periódicas, caso emblemático de obra colectiva, el autor conserva no sólo las facultades personalísimas sino también la de explotación «en cualquier forma que no perjudique la normal de la publicación en la que se han insertado» sus aportaciones o colaboraciones (art. 52.1.º). En definitiva, los derechos del editor de las obras colectivas se refieren solamente al contenido económico de la propiedad intelectual, mientras que a los distintos autores corresponde la autoría de su respectiva aportación, comprensiva de las facultades personalísimas y las transmisibles no cedidas al editor.

Esta dicotomía es aun más nítida en las obras compuestas y en las derivadas. De acuerdo con el art. 9.º LPI, son compuestas las obras nuevas —y pertenecen a su creador— que incorporen una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, sin perjuicio de sus derechos y de su necesaria autorización (art. 9.º.1); y en particular, la transformación de una obra preexistente que no esté en el dominio público en una obra audiovisual exige un contrato de cesión de las facultades de explotación al productor que, al cabo de quince años, habilita al autor de aquélla para una nueva transformación de la obra preexistente en otra obra audiovisual (art. 89). Nótese que los autores de esta transformación son los redactores del argumento, adaptación y guión o diálogos de la obra audiovisual (art. 87.1), los cuales pueden

---

(22) Así, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Com. LPI*, cit., p. 120 y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Com. LPI*, cit., p. 260.

(23) Es la opinión de A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., p. 107.

(24) *Vid.* M. HEREDERO, «La regulación jurídica de los programas de ordenador en el derecho español», en *I Congreso Iberoamericano*, I, cit., pp. 149 y ss., concretamente 155; a juicio de J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *Com. LPI*, cit., p. 141, aquí «ni se deroga el principio de autoría ni el derecho moral», autor que concluye en *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 117-118, que la obra colectiva implica y se explica por una transmisión operada *ex lege* al titular de la misma, y que examina con detalles en *Com. LPI*, cit., pp. 160 y ss.

actuar tanto con la colaboración del autor de la obra preexistente como sin ella; pero se trata de una obra compuesta porque requiere siempre la autorización o el consentimiento de este último y en esto difiere de la parodia, que es también una transformación de obra preexistente, la cual, en la medida en que no se confunda con la obra original ni la dañe o a su autor, no exige su consentimiento (art. 39), por lo que debe calificarse, en lugar de obra compuesta, como obra derivada. En efecto, pertenecen a esta clase las traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones, anotaciones, compendios, resúmenes, extractos, arreglos musicales (art. 11.1.º-4.º), así como las colecciones de obras ajenas, en especial las antologías o las dispuestas de forma creativa (art. 12); y en general, «cualesquiera transformaciones de una obra literaria, artística o científica» (art. 11.5.º), cuyo resultado pertenece al autor de la transformación, sin perjuicio de la autoría de la obra original (art. 21.2), lo que se reitera en sedes distintas sin que se exija el consentimiento de este último autor (arts. 11, párr. 1.º, 12 i.f. y 21.2 i.f.).

A primera vista, la diferencia entre las obras compuestas y las derivadas parece estar en el consentimiento del autor de la obra primitiva, que se exige en las primeras pero no en las últimas. No obstante, no es así el sistema de la LPI, que se debe integrar en este punto con el art. 5.º del Reglamento de 1880, según el cual las obras derivadas requieren también dicho consentimiento, que debe expresarse y constar por escrito. Por otra parte, el régimen especial de la parodia viene a confirmar esta interpretación ya que del art. 39 LPI se deduce, *a contrario*, que las obras derivadas necesitan por regla general el consentimiento del autor de la obra imitada (25). Por eso, es de compartir el criterio de no distinguir las obras compuestas y las obras derivadas, y reconducir el régimen de aquéllas a éstas (26). Unas y otras requieren, pues, el consentimiento del autor de la obra preexistente, con independencia de que éste intervenga o no en la creación, también original, de la obra compuesta o derivada; tal consentimiento debe entenderse otorgado por la mera autorización, puesto que supone ésta una cesión, al menos no exclusiva, de las facultades de explotación, en particular la de transformación (27). El consentimiento debe constar por escrito, no sólo en

---

(25) En el mismo sentido, S. DÍAZ ALABART, «La parodia en la nueva Ley de Propiedad Intelectual», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, cit., pp. 193 y ss., en particular 207, y en *Com. LPI*, cit., pp. 584 y ss., concretamente 598, observa que la parodia, al no requerir el consentimiento del autor primitivo, constituye un *tertium genus* situado entre las obras originales y las derivadas.

(26) Concuerdan en esto J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Com. LPI*, cit., p. 120, y R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Com. LPI*, cit., p. 247.

(27) Autorización y cesión son términos sinónimos y se rigen por las mismas reglas, como ha observado J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 74; no obstante, este autor opina en *Com. LPI*, cit., p. 191, que la autorización prevista por el art. 9.º1 LPI «no implica necesariamente un contrato de cesión de derechos, aunque tampoco lo descarta».

los supuestos de refundición, copia, extracto, compendio o reproducción que menciona el citado precepto reglamentario, sino además en todos los contemplados por los arts. 11 y 12 LPI, y también el contrato de transformación de una obra preexistente en una obra audiovisual (art. 45.).

Con todo, es de notar que tanto en las obras compuestas como en las obras derivadas coexisten al menos dos propiedades intelectuales plenas sin que se confundan ni las facultades personalísimas, ni las transmisibles, salvo lo acordado por los distintos autores en lo concierne a estas últimas.

Cabe, en fin, la mera unión formal de obras autónomas debida a su publicación conjunta, caso en que cada una se considera una obra independiente (art. 9.º.2); se trata, por ejemplo, de un libro conmemorativo, el catálogo de una exposición o el programa de mano de un concierto. Aunque esta clase de obras suele ser colectiva, contiene aportaciones independientes entre sí y confiere plenos derechos también independientes (28).

Por último, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el criterio de territorialidad previsto por el art. 10.4 del Código civil, la autoría se reconoce no sólo a los autores españoles sino también a los extranjeros, e incluso las facultades personalísimas se respetan siempre cualquiera que sea la nacionalidad del autor (art. 145.4). Conforme con este criterio, la protección de los autores extranjeros exige, por regla general, residencia habitual en España (art. 145.1.a); por excepción, y en concordancia con los arts. 3.º.1,b) del Convenio de Berna y II.1 de la Convención Universal, se tutela a los autores extranjeros no residentes en España por las obras publicadas por primera vez en territorio español o dentro de los treinta días siguientes a la primera publicación en el país de origen, salvo que en éste se proteja de forma insuficiente a los autores españoles, en cuyo caso el Gobierno español puede restringir esta protección (art. 145.1,b). La tutela comprende, como mínimo, los derechos establecidos por los citados Convenios internacionales y los Tratados bilaterales suscritos por España y, como máximo, los derechos conferidos a los autores españoles, siempre que éstos estén equiparados a los autores nacionales en el respectivo país (art. 145.3). Por último, el canon por exhibición de obras audiovisuales en España pueden percibirlo los autores extranjeros, residan o no en territorio español, si en el país de origen se otorga a los autores españoles el mismo trato; en caso contrario, el Gobierno puede disponer que las Entidades de gestión —perceptoras finales del canon (art. 90.2)— destinen las cantidades satisfechas a los fines culturales que reglamentariamente se señalen (art. 145.2), y los autores españoles, en caso de exportación de obras audiovisuales a países donde sea imposible o difícil percibir semejante canon, pueden, a pesar de ser un derecho irrenunciable e inalienable *inter vivos*, cederlo probablemente al exportador y sustituirlo por una cantidad alzada (art. 90.2.2.º).

---

(28) Bien lo advierte J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *Com. LPI*, cit., p. 201.

Late aquí un bien intencionado principio de reciprocidad, que no debe ocultar que son más probables, de hecho, las importaciones que las exportaciones de obras intelectuales —como lo ponen bien de relieve las obras cinematográficas— por lo que se favorece más a los autores extranjeros que a los españoles.

## 2. OBRAS PROTEGIDAS

La definición del art. 10.1 LPI puede considerarse clásica al establecer que «son objeto de la propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro», así como el título de la obra cuando sea también original (art. 10.2). Una obra intelectual es, pues, tan sólo una forma creada por el autor y susceptible de ser encuadrada dentro de los límites elásticos de los géneros literario, artístico o científico —que es asimismo literario— pero no se extiende al contenido ni a las ideas utilizadas en la creación, las cuales, según afirmación corriente, son patrimonio de la humanidad por ser apropiables por cualquiera; en consecuencia, para que la obra exista basta que esta forma sea un producto del trabajo creador realizado por el hombre, que pertenezca a los géneros mencionados, con independencia de su valor, mérito, estilo, destino o utilidad, y que se exprese o comunique al exterior, aunque no se divulgue (art. 4.º), por cualquier medio conocido o por conocer.

Para merecer protección, sin embargo, se requiere algo más, y es que la obra sea además original, requisito cuyo significado y alcance no se ha determinado por la LPI, y sobre el que existen dos teorías diferentes. Para una teoría la originalidad es de naturaleza subjetiva, consiste en el esfuerzo creador llevado a cabo por el autor y se traduce en la obra como un reflejo de su personalidad; concebida así la originalidad es relativa y se contrapone a la novedad por ser ésta propia y exclusiva de la propiedad industrial, pero no de la creación intelectual, donde rige, en cambio, un criterio menos exigente (29). La otra teoría eleva el grado de exigencia y entiende que la originalidad es una noción objetiva y absoluta que se identifica con la novedad y supone una relevancia al menos de grado mínimo, incluso en las llamadas obras menores, a la vez que un grado de complejidad también mínimo; debe ser apreciada, por eso, con arreglo a las convicciones imperantes en los grupos sociales a los que la obra está dirigida o, en último término, conforme a las opiniones predominantes entre los especialistas (30).

---

(29) Es el criterio tradicional en nuestra doctrina; lo mantienen J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, III, 1.º, 3.ª parte, 2.ª ed. Barcelona, 1989, p. 28, F. BONDÍA ROMÁN, *op. cit.*, p. 198, y C. ROGEL VIDE, «La copia privada de las obras audiovisuales», en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 609 y ss., en especial 616-617.

(30) Ha propuesto esta teoría R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Com. LPI*, cit., pp. 208-211, y *Comentarios del Código civil*, I, cit., p. 1155 (n.º 5).



No es fácil optar por una u otra de estas teorías, sobre todo, porque la LPI no es explícita al respecto. La teoría subjetiva presenta el inconveniente de terminar por confundir la originalidad con el proceso de creación, y tiene a su favor que concuerda con el criterio adoptado por el art. 1.º.3 de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo, sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, según el cual el programa es original cuando «sea una creación intelectual propia de su autor», aunque no sea nuevo o no suponga novedad alguna; por eso, otra ventaja de esta teoría es que reduce el grado o nivel de originalidad exigible, y en este sentido parece adaptarse bien al sistema de la LPI. Por el contrario, la teoría objetiva es acaso correcta y rigurosa en el plano conceptual, pero se compagina mal con un sistema que confiere plenos derechos de autor no sólo a los creadores de obras derivadas, las transformadas o la parodia sino de originalidad limitada, como son los programas de ordenador, y reconoce derechos de propiedad intelectual —aunque no derechos de autor— a los artistas que interpretan o ejecutan obras ajenas y a los productores de fonogramas y de grabaciones audiovisuales en que se han fijado las obras de otros; tampoco concuerda —como se ha observado (31)— con los Tratados internacionales suscritos por España, en especial el art. 2.º.1 del Convenio de Berna, que es muy significativo por contener un elenco semejante al de nuestro art. 10 LPI y no exige que las obras deban ser originales. En suma, se comparta una u otra teoría, lo cierto es que debe prevalecer una originalidad reducida, que el juez ha de apreciar caso por caso con arreglo a las reglas generales de la prueba (31 *bis*).

Por otra parte, la obra de creación intelectual puede expresarse por cualquier medio tangible o intangible —por ejemplo: un libro o la voz, respectivamente— sin limitación alguna, dado el claro carácter abierto de la enumeración contenida en el art. 10.1 LPI. Este sistema abierto presenta la ventaja de ir expandiendo los supuestos de obras protegidas al compás de los avances tecnológicos, evitando continuas reformas para actualizar la legislación; pero tiene el claro inconveniente de extender paralelamente el derecho de autor a hipótesis cuya protección satisfactoria requiere, en ocasiones, otros instrumentos jurídicos. Es el caso, por ejemplo, de los derechos del editor, el cual, aunque está protegido como cesionario del autor, ostenta una legitimación independiente para perseguir las violaciones a las facultades que se le hayan concedido (art. 48, párr. 1.º); pero se considera mejor conferirle una titularidad enteramente autónoma sobre la obra editorial y distinta

---

(31) Vid. E. SERRANO ALONSO, «Sugerencias para la reforma del derecho de autor», en *AC*, 1986, pp. 57 y ss., en concreto 62.

(31 *bis*) Sin embargo, las sentencias de 20 de febrero y de 26 de octubre de 1992 parecen inclinarse a favor de la teoría objetiva, como lo pone de relieve R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO al comentar la última, en *CCJC* 30 (1992) n.º 797, pp. 959 y ss., en concreto 967.

de la que le corresponde al autor, acaso un derecho conexo semejante al de los productores de fonogramas o de videogramas u otras grabaciones audiovisuales (32).

El precepto mencionado contiene un amplio, y a veces reiterativo, elenco de medios de expresión, que es el siguiente. Los libros, folletos, impresos, epistolarios —no las cartas— discursos, alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y obras similares; las composiciones musicales, con o sin letra; las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomimas y teatrales en general; las obras cinematográficas y audiovisuales en general; las esculturas, pinturas, dibujos, grabados, litografías, historietas gráficas, tebeos o comics, los ensayos o bocetos y las obras plásticas, sean o no aplicadas; los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería —pero no las obras de construcción en cuanto tales—; los gráficos, mapas y diseños geográficos, topográficos y científicos en general; las fotografías creativas y las expresadas por procedimientos análogos, y los programas de ordenador.

En su mayor parte estos medios expresivos carecen de una definición legal y el legislador los menciona en su significado vulgar y hasta coloquial; excepciones a esta regla, debidas quizá a la relativa complejidad o novedad técnica de la obra, son las obras audiovisuales y los programas de ordenador, respecto de las que se articula una precisa noción jurídica por los arts. 86 y 96 LPI.

De acuerdo con el primero de estos preceptos, se entiende por obras audiovisuales «las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de los soportes materiales de dichas obras». Se trata de un concepto concordante con las normas internacionales y con la tradición franco-germana o «continental» en la materia, y por eso la sucesión de imágenes no requiere de una determina forma de fijación para ser calificada como obra audiovisual (33); parece que el concepto abarca no sólo esta clase de obras en sentido estricto sino también otras similares, como las radiofónicas (art. 94) o los videogramas y los videojuegos (34).

Conforme al segundo precepto citado, es programa de ordenador «toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar

---

(32) Mantiene este criterio M. MANGADA, «Los derechos del editor», en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 779 y ss., en especial 783. Vid. las distintas opciones que ofrece la legislación extranjera sobre este punto en *Le droit d'Anterior origen économique et cultural*, cit. pp. 237 y ss.

(33) Así lo ha puesto de relieve A. DELGADO PORRAS, «La obra audiovisual. Planteamiento general», en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 733 y ss., en especial 734-735; para el Derecho anterior, C. ROGEL VIDE, *Autores, coautores*, cit., pp. 127 y ss.

(34) Para ésto, vid. N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., pp. 1201 y ss.

una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación». Aquí también se ha seguido la tendencia predominante en las legislaciones de nuestro entorno, y se ha señalado que el texto legal transcribe la definición acordada por la OMPI en la reunión de Camberra el año 1984 (35). Se trata de una noción amplia, tal vez demasiado amplia, pues la posibilidad de la utilización indirecta de la secuencia de instrucciones o indicaciones puede extender el concepto legal indefinidamente. En todo caso, comprende toda clase de *software*, tanto el código-objeto como el código-fuente, lo mismo los programas de sistema que los programas de aplicación, sean destinados a cualquier usuario o para un tipo determinado, y hasta los incorporados en microcódigos o *chips*, si bien las topografías de los materiales semiconductores se rigen por la Ley especial de 3 de mayo de 1988. Se excluyen, en cambio, las bases de datos, las obras hechas o asistidas por ordenador, los videojuegos y también los sistemas expertos, pues, aunque el motor de inferencia se encuadra en el concepto legal, se ha estimado que constituye una obra compuesta o, en su caso, una obra en colaboración, que no encaja en el art. 96.1 LPI (36). Sin embargo, aquellas bases de datos, cuyos elementos son tratados con técnicas documentalistas más o menos complejas, deben ser considerados como auténticos programas en la medida en que son objeto de una secuencia de instrucciones destinada —en este caso directamente— a ser utilizada en un sistema informático. Al programa se asimilan la documentación técnica y los manuales de uso, que no son obras autónomas sino que se deben entender como accesorios (art. 1097 Cc.); asimismo, la antes citada Directiva CEE 250/91 comprende el *prius* o material preparatorio del programa, pero no las ideas o principios en que se base o fundamente cualquiera de sus elementos o sus interfaces (art. 1.º.1 y 2).

Por último, hay obras que por su naturaleza pública no se consideran dignas de protección ni objeto hábil de la propiedad intelectual; se trata de los proyectos y las disposiciones legales y reglamentarias, las resoluciones judiciales, los actos administrativos y los acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos y las respectivas traducciones oficiales (art. 13).

---

(35) En opinión de I. HERNANDO COLLAZOS, «Los programas de ordenador y la Ley de Propiedad Intelectual (Arts. 95-100 LPI)», en *RCDI*, 1991, pp. 1793 y ss., concretamente 1808; asimismo, otros antecedentes ofrece C. ROGEL VIDE, *Autores, coautores*, cit., pp. 59 y ss.; ampliamente, J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., pp. 1322 y ss. y P. SCLER, *Una aproximación a la terminología básica en materia de programas de ordenador*, en *RGD*, 1992, pp. 1645 y ss. Sobre el Derecho europeo, vid. M. LEHMANN, *La Directiva Europea sobre programas de ordenador* (trad. esp. por P. SOLER MASOTA), en *Ibidem*, pp. 1621 y ss, con bibliografía.

(36) En tal sentido, E. GALÁN CORONA, *op. cit.*, p. 39; sobre el concepto de *software* y obras semejantes, vid. J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., pp. 1360 y ss.

### 3. LAS FACULTADES PERSONALÍSIMAS

#### A. Características

Una de las novedades de la LPI es haber reunido en un sólo precepto, el art. 14, las facultades personalísimas que corresponden al autor por el sólo hecho de serlo, y haber ampliado la lista de tales facultades hasta comprender las siete siguientes: decidir la divulgación; determinar el nombre del autor; reconocimiento de la autoría; integridad de la obra; modificación de la obra por el autor; retirada del comercio por cambio de convicciones ideológicas, y acceso al ejemplar único o raro. El precepto denomina estas facultades como derechos, los cuales integran el derecho moral del autor, que forma parte, a su vez, del derecho de propiedad intelectual; es claro, pues, que la terminología es imprecisa y no debe entenderse al pie de la letra. Los derechos que aquí nos interesan son auténticas facultades que integran el contenido legal del derecho subjetivo de propiedad intelectual, en tanto que el derecho moral, en rigor, no existe; se trata de una categoría meramente clasificatoria y sin relevancia institucional, puesto que agrupa, bajo una denominación unitaria, el conjunto de facultades personalísimas y no tiene entidad al margen de ellas.

Estas facultades se caracterizan, como sabemos, por ser inalienables e irrenunciables, y de estas notas se deduce un principio general de indisponibilidad; de aquí que todo pacto o contrato, que suponga transmisión o renuncia de estas facultades, debe considerarse nulo, como ocurre, por ejemplo, con la obligación de no crear obras en el futuro (art. 43.4). De estas notas se desprende también que estamos ante facultades personalísimas, en el doble sentido de que sólo pueden ser ejercidas por el autor y de ser inseparables de él; por eso, se extinguen con su muerte, a diferencia de las facultades transmisibles, salvo las de autoría e integridad de la obra, que admiten ejercicio *post mortem auctoris* sin límite de tiempo (art. 15.1), a la vez que son inexpropiables e inembargables. Pero de ésto no se deduce, como afirman los partidarios de vincular tales facultades a la personalidad del autor, que sean perpetuas, con la salvedad indicada, o imprescriptibles, dado que su pretendida extrapatrimonialidad las excluiría de la regla general de prescriptibilidad consagrada por el art. 1936 del Código civil (37). Sin embargo, la LPI no acoge esta concepción; según vimos, las facultades aludidas, aunque son personalísimas, son también de naturaleza patrimonial y se extinguen, por tanto, por la falta de ejercicio en el plazo de quince años, al no haber

---

(37) Es la tesis que mantienen, entre otros, D. ESPÍN CANOVAS, *op. cit.*, pp. 64-65, y J. CAFFARENA LAPORTA, *Com. LPI*, cit., p. 266. También C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.* p. 137. Para J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, nota crítica a la obra de esta última autora, en *ADC*. 1993, pp. 845 y ss., en concreto 851, se trataría más bien de la caducidad de tales facultades.

otro señalado por la Ley (art. 1964 Cc.). Prueba de ello es que la divulgación *post mortem* es temporal y se limita a los sesenta años después de la muerte del autor (art. 15.2); sólo por excepción, en cambio, las facultades para exigir el respeto a la autoría e integridad de la obra no tienen límite de tiempo (art. 15.1 y 41.2.<sup>o</sup>), excepción que se explica, a nuestro juicio, por la constante necesidad de identificar la obra en el tráfico jurídico, incluso tras su entrada en el dominio público.

## B. Contenido y límites

Lógicamente, la primera de estas facultades es la de decidir si la obra se ha de divulgar o no y en qué forma (art. 14.1.<sup>o</sup>), ya que la divulgación se intercala entre el término de la creación intelectual y las demás facultades que corresponden al autor, con lo que la obra entra en el tráfico y se inicia la explotación económica de la misma, desde que es accesible por primera vez al público (art. 4.<sup>o</sup>); mientras la divulgación es una facultad transmisible por el autor *inter vivos*, la decisión que la antecede es, en cambio, personalísima, si bien admite ejercicio *post mortem* (art. 15.2). La decisión negativa constituye el llamado derecho de inédito, que el autor puede mantener durante toda su vida e incluso prolongarse hasta los sesenta años después de su muerte, bien por respeto a su voluntad expresa o bien por voluntad de sus albaceas o, en su defecto, sus herederos. Con todo, este derecho, tras la muerte del autor, tiene el límite de la iniciativa pública cuando la falta de divulgación vulnera el derecho de acceso a la cultura (art. 40). En fin, autorizada la divulgación de la obra a un tercero, la revocación exige la indemnización de los correspondientes perjuicios, ya que viene a ser equivalente a la retirada del comercio (art. 14.6.<sup>o</sup>).

La facultad siguiente es la de autoría o paternidad de la obra, que el art. 14 desdobra en estas dos reglas: el autor puede determinar si la divulgación debe hacerse con su nombre, bajo seudónimo o anónimamente (art. 14.2.<sup>o</sup>) y puede exigir el reconocimiento de su condición de autor (art. 14.3.<sup>o</sup>). La primera de estas reglas le habilita para revelar su nombre o, por el contrario, permanecer oculto tras el seudónimo o el anonimato; en este último caso, no se puede revelar la identidad del autor, aunque se conozca (art. 6.<sup>o</sup>.2), y éste es el único que puede identificarse en vida por cualquier medio fehaciente o una vez muerto por testamento (art. 27.2, pág. 2.<sup>o</sup>). La segunda regla le permite hacer valer su condición de autor *erga omnes*, tanto frente a quien se atribuya la obra como ante quien desconozca la autoría; para facilitar el ejercicio de esta facultad, el art. 6.<sup>o</sup>.1 establece una presunción relativa a favor de quien se identifique como autor en la propia obra, y tratándose de obras impresas, el editor está obligado a hacer constar tal identificación en todos los ejemplares (art. 64.1.<sup>o</sup>). En fin, esta facultad puede convertirse en un deber en algunos supuestos de cesión de facultades transmisibles a terceros; nos referimos a la obligación del autor de responder por la autoría, junto a la originalidad de la obra, en los contratos de edición (art. 65.2.<sup>o</sup>) y de representación teatral o ejecución musical (art. 77.2.<sup>a</sup>).

Otra importante facultad es la de exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación de la misma «que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación» (art. 14.4.º); norma que concuerda, en los supuestos mencionados, con la obligación del editor de no introducir modificaciones inconscientes por el autor (art. 64.1.º) y del empresario teatral o musical de efectuar la comunicación pública de la obra, asimismo, sin variaciones, adiciones, cortes o supresiones inconscientes (78.2.º), y en las obras audiovisuales, aunque la modificación de la versión definitiva debe ser autorizada por quienes la hayan acordado, cuando se destinan a la radiodifusión, se presume la autorización de los autores «para realizar en la forma de emisión de la obra las modificaciones exigidas por el modo de programación del medio» (art. 92.2, párs. 1.º y 2.º); en fin, en el caso de las obras plásticas y fotográficas, el propietario del ejemplar tiene la facultad de exposición pública, a la que puede oponerse el autor, sin embargo, si la exposición se realiza en condiciones que perjudiquen su honor o su reputación profesional (art. 56.2).

Resulta de aquí la regla general y los límites que afectan a esta facultad. La regla general presenta dos manifestaciones, una de signo positivo y otra de signo negativo; en virtud de la primera, puede el autor exigir que se respete la integridad de la obra, en tanto que, con base en la segunda, puede impedir que se le introduzcan modificaciones o se atente contra ella. El interés de esta distinción radica en que se protege al autor frente a lesiones de índole diferente, pues la manifestación de signo positivo le preserva ante la mera posibilidad de lesiones virtuales o potenciales, mientras que la manifestación de signo negativo le permite reaccionar contra los atentados reales o actuales, que han alterado ya la integridad de la obra.

Esta facultad tiene también dos límites, la voluntad del autor y la gravedad del atentado temido o, en su caso, producido. En efecto, de las normas expuestas se deduce que el autor puede consentir o autorizar modificaciones al editor, al empresario o a la entidad de radiodifusión, lo que choca —como se ha observado con acierto (38)— con el carácter indisponible de esta facultad personalísima, que sólo puede ejercer el autor; contradicción que se resuelve, sin embargo, si entendemos que puede autorizar únicamente alteraciones de carácter leve, acaso de índole profesional o técnica, que no tropiecen con el otro límite, la gravedad del atentado o la modificación.

En efecto, esta facultad es relativa pues no permite oponerse a cualquier modificación sino solamente a las inconscientes y a las que la LPI considera como infracciones graves a la integridad de la obra, que son las que dañan los legítimos intereses o la reputación profesional del autor. Es de notar que «legítimos intereses» no quiere decir aquí «intereses legítimos» sino que la expresión alude más bien a todas las

---

(38) Sobre el punto, J. CAFFARENA LAPORTA, *Com. LPI*, cit., pp. 281-282.

facultades que se reconocen a favor del autor y que integran el contenido típico de la propiedad intelectual, y que la reputación profesional no debe confundirse con el honor, de modo que no se rige por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sino por las reglas generales derivadas del art. 1902 del Código civil. Buena prueba de todo ello la constituye la parodia, que permite transformar una obra sin el consentimiento del autor en la medida en que la imitación no se confunda con el original ni se dañe tanto a la obra transformada como a su autor (art. 39).

Se relaciona con la facultad anterior, la posibilidad que se confiere al autor de modificar por sí mismo la obra una vez divulgada (art. 14.5.º), esto es, la facultad de transformar su forma primitiva de manera que resulte una obra diferente (art. 21.1). Esta facultad tampoco es absoluta y tiene dos límites, a saber: el respeto de los derechos adquiridos por terceros y la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. El primer límite impide que la obra se modifique desde el momento en que se enajenen los ejemplares de la misma (art. 3.º.1.º) o se cedan las facultades de explotación en exclusiva (art. 48), pero no tras la cesión no exclusiva ya que en este caso el cesionario puede concurrir con el autor, lo mismo respecto de la obra cedida (art. 50.1) que de la modificada. El segundo límite es más elástico puesto que la obra intelectual no puede ser declarada Bien de Interés Cultural en vida del autor y, por tanto, éste siempre podrá transformarla, «salvo si existe autorización expresa de su propietario o media su adquisición por la Administración» (art. 9.º.4 Ley 16/1985); sólo en estos casos la obra queda sujeta al régimen protector, en especial el de los bienes muebles y del patrimonio documental y bibliográfico, y vedada, en concreto, su modificación (art. 36.1 Ley 16/1985), salvo para su mejora o restauración (art. 39.1 Ley 16/1985). Pero, como ésto presupone el consentimiento del autor-propietario o la enajenación de la obra al particular o a la Administración, este límite se confunde, en el fondo, con el anterior, de modo que la facultad de modificar la obra por el autor sólo está restringida por el respeto debido a los derechos adquiridos por terceros.

El llamado derecho de arrepentimiento es una facultad emblemática del autor y en su virtud puede retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o moras y previa indemnización a los cesionarios de las facultades de explotación, los cuales, en caso que el autor reanude la explotación económica de la obra, gozan de preferencia para contratar una nueva cesión, siempre que la oferta actual sea razonablemente similar a la cesión anterior (art. 14.6.º, párs. 1.º y 2.º). Sin embargo, se trata de una facultad de ámbito reducido puesto que carece de efectos reales y no alcanza a los derechos adquiridos sobre las cosas que constituyen el soporte material de la obra; por el contrario, su campo es puramente contractual y se traduce en una nueva causa de rescisión de los contratos, que debe integrarse en el art. 1291.5.º del Código civil. Además, su ejercicio se subordina a tres importantes requisitos, a saber: Por una parte, se debe fundar únicamente

en el cambio de las convicciones del autor, y no en otro motivo, cambio de una cierta entidad de tipo artístico, científico, profesional o ideológico, que el autor debe invocar y probar; por otra parte, se deben indemnizar previamente los daños y perjuicios sufridos por los cesionarios de los derechos de explotación, cuya cuantía, a falta de acuerdo, la determina el juez conforme a las reglas generales del art. 1106 del Código civil; por fin, la preferencia de los antiguos cesionarios, si el autor reemprende la explotación de la obra, siempre que se trate exactamente de la misma obra y que las condiciones de la nueva cesión no se distancien demasiado de la cesión anterior, de manera que si el autor modifica la obra o las condiciones son muy diferentes esta preferencia desaparece.

Por último, tampoco tiene efectos reales la facultad del autor para acceder al ejemplar único o raro de su obra para ejercitar la facultad de divulgación u otra que le confiera la propiedad intelectual, acceso que no implica desplazamiento físico de las cosas en que se ha plasmado la creación, debe ejercerse *civiliter* y obliga a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el poseedor (art. 14.7.º, párs. 1.º y 2.º). Aunque esta facultad se refiere principalmente a obras plásticas, no hay que excluir otras de naturaleza diferente; su finalidad no es recobrar el dominio de la obra o de los ejemplares, sino habilitar al autor para acceder a ellos al sólo fin de ejercer las facultades que le corresponde como autor; en concreto, se trata de la divulgación de obras no divulgadas y probablemente de la reproducción y copia de la obra (art. 18).

### C. Ejercicio «*post mortem auctoris*»

Sabemos que estas facultades por ser personalísimas —y sin estar vinculadas a la personalidad del autor— se extinguen con su muerte, y por eso la transmisión hereditaria de la propiedad intelectual se contrae, en principio, a las facultades transmisibles o de explotación (art. 42). No obstante, los arts. 15 y 16 admiten el ejercicio *post mortem* de las facultades de divulgación, de autoría o paternidad y de integridad de la obra, lo mismo que la primera de ellas en la hipótesis que el inédito vulnere el derecho constitucional de acceso a la cultura (art. 40); dado este paralelismo, es fácil entender que las dos figuras obedecen a la misma *ratio* de promoción de la cultura (39), pero, en rigor, no es así puesto que el primer supuesto mira al interés particular del autor o, si se quiere, de los sujetos legitimados por los preceptos mencionados, en tanto que el último atiende al interés social previsto por el art. 44 de la Constitución (40).

---

(39) Así lo entiende D. ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 123.

(40) Ha puesto de relieve esta distinción J. CARAMES PUENTES, *Com. LPI*, cit., pp. 608-609.



La divulgación *post mortem* de obras inéditas tiene una duración limitada a los sesenta años después de la muerte o declaración de fallecimiento del autor (art. 15.2), duración que concuerda con el plazo general de las facultades de explotación (art. 26) y exige que la divulgación sea de fecha anterior a los sesenta años siguientes a su muerte (art. 27.1); prohibida por el autor de forma expresa, parece que su voluntad debe ser respetada, salvo que la obra inédita atente contra el acceso a la cultura (art. 15.2 i.f.), caso en el que el juez puede acordar la divulgación a iniciativa del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las instituciones públicas de carácter cultural y de cualquier persona que ostente un interés legítimo (art. 40). Transcurrido el plazo, esta facultad se extingue y la obra pasa al dominio público, en consonancia con las facultades de explotación (art. 41 párr. 1.º); divulgada en esta situación, las facultades de explotación corresponden al autor (art. 119) y duran diez años (art. 120). En cambio, el ejercicio *post mortem* de las facultades de autoría e integridad no tiene límite de tiempo (art. 15.1), e incluso se prolonga y debe ser respetado siempre, tras el paso de la obra al dominio público (art. 41 párr. 2.º).

Con todo, las personas autorizadas para el ejercicio *post mortem* son las mismas, a saber: En primer lugar, la persona física o jurídica designada por el autor en testamento y a la que confía expresamente dicho encargo; se trata de un albacea, que no requiere ser heredero o legatario del autor, ni sucederle en las facultades de explotación. En segundo lugar, y a falta o frustración de la anterior designación, pueden ejercer estas facultades los herederos del autor, incluyendo al viudo, que efectivamente le sucedan por llamamiento testamentario o intestado; a nuestro juicio, deben regir aquí las reglas generales del Derecho de sucesiones. Por último, a falta de herederos, o en caso que se ignore de hecho su paradero, pueden ejercerlas el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y las instituciones públicas de carácter cultural (arts. 15.1 y 16), pero no los particulares que tengan un interés legítimo, lo que acaso acentúa el paralelismo con la sucesión intestada.

No es éste el lugar oportuno para profundizar en los problemas complejos que el ejercicio *post mortem* de estas facultades suscita, cuya naturaleza jurídica se ha discutido y puede arrojar alguna luz sobre los mismos. Se ha entendido que estas facultades se extinguen con la muerte del autor, pero renacen en dicho momento a favor de las personas autorizadas para ejercerlas, las cuales ostentarían, por ello, una especial legitimación *ex lege*, que no discurre por el cauce normal de la sucesión (41); por el contrario, se ha pensado también que estamos an-

---

(41) Tesis formulada en la doctrina italiana por P. GRECO-P. VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, Turín, 1974, pp. 346-348; la comparten, entre otros, D. ESPÍN CÁNOVAS, *op. cit.*, p. 122, y A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 29.

te un fenómeno sucesorio y que estas facultades se transmiten por herencia como un elemento más del caudal relicto, aunque su régimen, por ser personalísimas, no sea siempre el mismo que el de los demás bienes hereditarios (42). Acabamos de decantarnos a favor de esta última tesis por varias razones que en síntesis son las siguientes: los arts. 15 y 16 LPI guardan un paralelismo estrecho con las reglas generales de la sucesión por causa de muerte, en especial, la intestada, de manera que, con las matizaciones que procedan, tales preceptos pueden ser suplidos por éstas; la transmisión hereditaria de estas facultades personalísimas queda sujeta, de acuerdo con esta concepción, al mismo régimen sucesorio que las facultades de explotación; en caso contrario, estaríamos ante un nuevo supuesto de sucesión anómala y faltaría un precepto que la estableciera expresamente; en fin, la tesis opuesta conduce a la sorprendente conclusión de favorecer a las personas legitimadas con las posibles ventajas patrimoniales derivadas de la divulgación o de la reparación de las infracciones a la autoría o a la integridad de la obra, y no a los sucesores del autor.

#### D. Conclusión sobre la naturaleza de estas facultades

A la vista del contenido y régimen de estas facultades personalísimas, conviene destacar que poco o nada tienen que ver con la personalidad del autor. Hemos descartado la noción de «derecho moral» por carecer de contenido propio, aparte de ser inútil y puramente retórica; asimismo, hemos desestimado el pretendido carácter perpetuo e imprescriptible, pues estas facultades, aunque personalísimas, no son extrapatrimoniales; ahora debemos verificar si admiten otra explicación en los términos habituales del Derecho patrimonial.

Comencemos por la facultad de divulgación, que un significativo sector de la doctrina estima que es de naturaleza patrimonial, o muy próxima a la misma, por iniciar la explotación económica de la obra (43); sin embargo, parece que la LPI la distingue del acto de decisión que la precede, acto por virtud del cual el autor opta por la divulgación o no de su obra. Por contraste, por ejemplo, con el consentimiento matrimonial o con la autorización de intromisiones en la intimidad o la utilización de la imagen, este acto de decisión no difiere, en general, de

---

(42) Sin descartar la tesis anterior para determinados supuestos, se inclinan por esta concepción M. ALBALADEJO GARCÍA-R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Com. LPI*, cit., p. 305.

(43) Nos referimos a la tesis divulgada en la doctrina italiana por V. DE SANCTIS, «Autore», en *Enc. dir.*, IV, Milán, 1959, pp. 379 y ss., en especial 392; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milán, 1982, pp. 591 y ss., y M. FABIANI, «Il diritto di autore», en *Trattato di diritto privato*, 18, dirigido por P. Rescigno, Turín, 1984, p. 150. La comparten P. RECHT, *op. cit.*, pp. 299 y ss., y E. ULMER, *Urheber und Verlagsrecht*, Berlín-Heidelberg-New York, 1980, p. 210. La descartan entre nosotros F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., p. 71, C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.* p. 86 y ss. y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, nota crítica *cit.* p. 847.

cualquier acto de manifestación de la voluntad, ni, en particular, de la decisión de un empresario de colocar o no un bien en el mercado; por eso, el autor debe responder de la autoría y originalidad de su obra. En este sentido, sigue siendo válida la sagaz observación de Dupin según la cual «la ley espera el momento en que el escritor se hace comerciante, y entonces el prestigio del autor se desvanece para hacer lugar al derecho civil» (44). Cuando el resultado de esta opción es la obra inédita en vida del autor, la divulgación *post mortem* proviene de la voluntad de terceros, bien a favor de los sucesores del autor o bien para favorecer el interés público o social de promover la cultura. A esta hipótesis, en fin, hay que asimilar la retirada definitiva de la obra del comercio. Poco hay aquí, pues, que se relacione con la personalidad del autor.

A conclusión semejante hay que llegar sobre la facultad de determinar el nombre bajo el que ha de hacerse la divulgación, puesto que permite al autor el privilegio de la clandestinidad tras el seudónimo o el anonimato. Raro privilegio éste, aunque usual —incluso en la literatura jurídica: piénsese en el célebre seudónimo de Kantorowics «Gnaeus Flavius» o en los conocidos ensayos anónimos de Ihering—, que pone bien de relieve que la *ratio* de esta facultad es la identificación de la obra en el tráfico jurídico; como no se trata de la identificación del autor —que se rige por las normas de la filiación y el Registro Civil— esta facultad es del todo ajena, en rigor, a su personalidad.

Asimismo, las facultades para exigir el reconocimiento de la autoría o paternidad y de la integridad de la obra no se deben al respeto al honor o a la persona del autor ni a su personalidad pretérita, pues para ello hay otros cauces, en especial, la Ley Orgánica 1/1982. Por el contrario, responden más bien a un elemental principio de transparencia del mercado ya que aseguran permanentemente la autenticidad y la fidelidad de la obra o de sus ejemplares en los distintos circuitos del tráfico; por eso, participan estas facultades de la misma naturaleza que las normas reguladoras del comercio, la competencia, las marcas, la publicidad o el consumo. Pretender proteger por esta vía la persona del autor no sólo es inútil sino discriminador frente a los no autores, puesto que le habilitaría para alcanzar una tutela de mayor extensión e intensidad. Lo que estas facultades protegen, en rigor, es el producto de la creación intelectual, el bien cultural, y a las personas que se relacionan con el mismo.

Aun más nítido es el carácter patrimonial de las restantes facultades personalísimas, pues, al estar referidas a la modificación de la obra, a la retirada transitoria del comercio para reemprender la explotación y al acceso al ejemplar único o raro, todas ellas amplían y multiplican las posibilidades de utilización económica de la obra que, respectivamente, se pretende modificar, reservar para un mejor mo-

---

(44) La recuerda L. RODRÍGUEZ ARIAS-BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 836, nota 99. Examina ampliamente la estructura de esta facultad C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.* pp. 139 y ss.

mento comercial o, por último, divulgar o reproducir. Se trata, en realidad, de facultades de explotación anómalas por ser personalísimas, que consagran verdaderos privilegios a favor del autor, y por eso se sujetan a las fuertes restricciones y limitaciones que conocemos.

#### 4. LAS FACULTADES DE EXPLOTACIÓN Y REMUNERACIÓN

##### A. *Concepto legal*

Sabemos que el art. 2.º LPI, en notable paralelismo con los arts. 348 párr. 1.º y 428 Cc., atribuye al autor, además de la facultad de disposición, «el derecho exclusivo a la explotación de la obra», que se despliega en el conjunto de facultades que contemplan los arts. 17 y 22, a los que se unen los llamados derechos de remuneración previstos por los arts. 24, 25 y 90.2 LPI; mientras las primeras pertenecen en exclusiva al autor y son esenciales a la propiedad intelectual, los últimos pueden corresponder, además, a cesionarios del mismo y conciernen a utilizaciones y rendimientos que exceden de la órbita estricta de la explotación económica de la obra por el autor (45). Estas facultades, a diferencia de las personalísimas, son transmisibles por el autor, quien puede ejercerlas por sí mismo —caso raro en la práctica, salvo que se trate de obras plásticas— o transmitir las a un tercero por cesión o autorización, y en ambos casos están sujetas a los límites impuestos por los arts. 31 a 40 LPI. Estas facultades son independientes entre sí (art. 22 LPI) y deben cederse de forma específica, ya que, de no ser así, se entienden limitadas por la finalidad de la transmisión (art. 43.2 *in fine*).

De acuerdo con esto, el citado art. 17 dispone que «corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación». Consta el precepto, pues, de dos partes claramente diferenciadas; mientras la primera establece la regla general según la cual corresponden al autor todas las posibles utilizaciones económicas de la obra, la segunda contiene la indicación singular de las cuatro mencionadas por ser acaso las más importantes y frecuentes, que no agotan la expresada regla general. Hay aquí un *numerus apertus* de utilizaciones que pertenecen al autor, las cuales se extienden incluso a las que se inventen después de la creación de la obra o, en su caso, después de la transmisión de las facultades de explotación (art. 43.5); tampoco las facultades mencionadas de forma singular excluyen la existencia de otras posibilidades de utilización, como puede ser el doblaje, subtítulo y uso doméstico de las obras audiovisuales (art. 88.1).

---

(45) Distinción que destaca A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., pp. 31-32. Encuadra estas facultades en la noción común de explotación J. L. GARCÍA MARTÍN, *op. cit.* pp. 919 y ss, para el que se trata básicamente de estas dos: la facultad de reproducción —que comprende la distribución— y la de comunicación pública y directa de la obra.

Por eso, la transcripción debe entenderse comprendida en la primera parte de la norma, pues, aunque se conciba en sentido amplio, no se confunde con las facultades allí mencionadas, ni con la grabación de obras musicales, fonogramas y grabaciones audiovisuales; se trata de «la captación de una obra oral y su plasmación en un soporte material (papel, fundamentalmente; pero creo —se ha escrito— que hoy también en disco o cinta magnetofónica), bien redactada por escrito o grabada en forma y por medio o procedimiento idóneo», incluso comprendiendo la reproducción fonográfica (46).

La reproducción de la obra consiste en su fijación «en un medio que permita su comunicación» y en la obtención de copias o ejemplares de toda o parte de ella (art. 18); en particular, son formas de reproducción la grabación de fonogramas y las grabaciones audiovisuales pues exigen fijación de la ejecución musical o, en su caso, del diverso objeto de estas últimas (arts. 108 y 122), pero no las obras audiovisuales que, como vimos, carecen en nuestro Derecho de este requisito, bastando que sean susceptibles de ser mostradas o proyectadas (art. 86.1). Estamos, en suma, ante un concepto amplio de reproducción que abarca cualquier medio hábil para la comunicación de la obra o para su multiplicación a través de copias o ejemplares de la misma.

La distribución alude a la comercialización del original de las obras plásticas o de copias o ejemplares de las demás clases de obras por la puesta a disposición del público mediante la venta, el alquiler, el préstamo o cualquier otra forma (art. 19); el préstamo aparece aquí en sentido vulgar y debe asimilarse al comodato (art. 1740 Cc.). La facultad de distribución se extingue o agota a partir de la primera venta de cada ejemplar (art. 19 párr. 2.º), de modo que no se extiende a la reventa o negocios ulteriores sobre el mismo, de igual manera que la propiedad del soporte no confiere la facultad de explotarlo (art. 56.1); por excepción la distribución de fonogramas comprende la facultad de autorizar la importación o la exportación con fines comerciales (art. 109.2). Pero la distribución, entre nosotros, no se extiende al control del destino o utilización posterior de los ejemplares, salvo acaso en materia de obras audiovisuales (art. 92.2 párr. 2.º) o que dicho control se determine al establecer, en los términos del art. 43.1 LPI, «las modalidades de explotación expresamente previstas» en la cesión (47).

La comunicación pública representa un paso más que la reproducción por cuanto se trata de «todo acto por el cual una pluralidad de perso-

(46) De acuerdo con el concepto propuesto por F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., p. 353, que compartimos.

(47) Sobre el agotamiento de la propiedad intelectual, *vid.* F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 378-379, y A. DELGADO PORRAS, «El control del autor sobre la utilización de los ejemplares de su obra. La experiencia española», en *I Congreso Iberoamericano*, I, cit., pp. 523 y ss., en concreto 539, donde sugiere la solución apuntada en el texto. Es contrario a este control, con toda razón, C. ROGEL VIDE, *El derecho de distribución de las obras del espíritu y su extinción en el Derecho comunitario y en el español*, en *RDP*. 1992, p. 811 y ss.

nas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas» (art. 20.1), y difiere, por la mencionada distribución, de la publicación (art. 4.º, parte 2.ª); con todo, la comunicación no es pública si se limita a un ámbito estrictamente doméstico, esto es, no integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (art. 20.2). Dada esta amplitud, hay que entender por red de difusión «cualquier conexión —por hilo o sin hilo— de varios domicilios a un mismo centro de producción o de distribución de programas» para la emisión de imágenes y/o sonidos al público y que el llamado vídeo comunitario constituye, en consecuencia, un supuesto claro de comunicación pública (48). En particular, el art. 20.2 LPI considera que son actos de comunicación pública, asimismo, los siguientes: las representaciones escénicas y la ejecución de obras literarias, dramáticas y musicales por cualquier medio; la proyección de obras audiovisuales; la radiodifusión u otro medio de difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes, incluyendo la producción de señales desde una estación terrestre hacia satélites de radiodifusión o de telecomunicación; la transmisión por hilo, cable, fibra óptica o procedimiento análogo, sea o no mediante precio; la retransmisión de obras radiodifundidas o televisadas por Entidad distinta de la de origen; la transmisión de obras difundidas por radio o televisión en lugares accesibles al público; la exposición de obras plásticas originales o reproducidas, y, por último, el acceso a bases de datos protegidas por medio de la telecomunicación.

La transformación de la obra consiste en su traducción, adaptación o cualquier otra modificación de la que resulte una obra diferente, a saber, una obra compuesta (art. 9.º), una obra derivada (arts. 11 y 12) o, en fin, una obra en colaboración (art. 7.º), que examinamos en los supuestos de coautoría. Recordemos que un caso especial de transformación, situado a medio camino entre las obras originales y las derivadas, es la parodia (49). En todos los supuestos de transformación coexisten los derechos de autor, y en particular las facultades de explotación, sobre la obra transformada y la *nova specie* (art. 21.2), salvo que se trate de la transformación de una obra preexistente en una obra audiovisual, en cuyo caso se presumen cedidos al productor las facultades de reproducción, distribución, comunicación pública, doblaje y subtítulo, menos la edición gráfica y la representación escénica (art. 89.1 y 2), o de la adaptación de un programa de ordenador para la utilización exclusiva por el usuario que, por excepción, no constituye legalmente una transformación del mismo (art. 99.4).

En fin, el art. 22 LPI contempla el llamado derecho de colección, en virtud del cual puede el autor publicar sus obras reunidas en colección escogida o completa, a pesar de haber cedido las facultades de explotación concernientes a cada una de ellas. A la vista de esta anomalía,

---

(48) En este sentido, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 33.

(49) De acuerdo con la concepción de S. DÍAZ ALABART, *La parodia*, cit., p. 205 y *Com. LPI*, cit., p. 598.

se ha dudado de su naturaleza patrimonial y se ha pensado que la figura está muy próxima a las facultades personalísimas por ser exclusiva del autor y no de sus herederos, por ser una concesión a los autores de prestigio y por no estar mencionada expresamente en el art. 17 LPI; de aquí se ha concluido que esta facultad es irrenunciable e intransmisible, al menos, *inter vivos* (50). Sin embargo, ni la duda, ni la conclusión, están, a nuestro juicio, justificadas. En cuanto a la primera, la colocación sistemática de la figura constituye un índice claro de que se trata de una facultad de explotación, a la vez que la excepcionalidad del art. 14 LPI impide trasladar por analogía los caracteres de las facultades personalísimas a otras no contempladas en concreto por él; por lo que respecta a la indisponibilidad de esta facultad, no sólo choca con el art. 20 del Reglamento de 1880, sino que contrasta con los elocuentes arts. 24.3, 55 y 90.2 párr. 2.º LPI, que la consagran expresamente por actos entre vivos (51), al tiempo que el art. 21 del citado Reglamento admite su transmisión *mortis causa*. Por eso, hay que entender que la facultad de colección es una facultad típica de explotación de las obras, la cual se rige por las reglas propias de las facultades de esta índole, señaladamente, en lo que concierne a su transmisión, lo mismo *inter vivos* que *mortis causa*, y a su duración, por lo que pasa a los sucesores del autor igual que las demás facultades de explotación.

Por su parte, los derechos de remuneración son estos dos: el derecho de participación o secuencia y la remuneración compensatoria por copias de uso privado; ambas figuras se han reformado por la Ley 20/1992 (52), en cuya virtud se han suprimido los Reales Decretos 395/1988 y 287/1988, que establecían el desarrollo reglamentario de los dos supuestos, y se han sustituido por el vigente Real Decreto 1434/1992.

El primero de estos derechos consiste en la facultad irrenunciable del autor de obras plásticas de participar en el precio de reventa de las mismas, que supere un importe mínimo y se realice en pública subasta, establecimiento mercantil o con la intervención de un comerciante o de un agente comercial, salvo que se trate de artes aplicadas (art. 24.1); aunque de evidente contenido patrimonial, esta facultad es indisponible *inter vivos*, pero, tras la recordada reforma, transmisible *mortis causa* por sesenta años a los herederos del autor (art. 24.3). El tipo de

---

(50) En tal sentido, F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 431-432 y 435-436; comparte las dudas, pero no la conclusión, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 196.

(51) Como advierte, entre otros argumentos, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 197.

(52) Se trata del Proyecto de Ley de 27 de diciembre de 1991 que fue aprobado, con leves pero significativas variaciones, por la Ley 20/1992, de 7 de julio; es de notar —y agradecer— que la Ley tiene una Exposición de motivos sobre las distintas modificaciones que introduce. Para su gestación y significado, en lo que concierne al *droit de suite*, vid. R. CASAS VALLÉS, *Notas al proyecto de reforma de la Ley de Propiedad Intelectual en relación con el derecho de participación de los artistas plásticos* (art. 24 LPI), en ADC. 1992, pp. 155 y ss.

la participación es ahora del 3 por 100 y el precio mínimo de la obra revendida es de 300 mil pesetas (art. 24.2), cifras que se revisarán cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (Disp. ad. 7.<sup>a</sup>). Los revendedores deben comunicar la venta de la obra en el plazo de dos meses directamente al autor o por medio de la Entidad de gestión a la que pertenezca; facilitar la información precisa para la liquidación; retener el importe de la participación, además de ponerlo a disposición del autor, presumiblemente a través del mismo procedimiento, y en caso que actúen por encargo del vendedor responden solidariamente con éste (art. 24.4). Por último, la acción prescribe en tres años desde la notificación de la reventa, transcurridos los cuales, si no hay reclamación, el importe de la participación se destina al Fondo de Ayuda a las Bellas Artes, que ha creado la Ley 20/1992 (art. 24.5) y cuyos fines son los que determine la Comisión administradora adscrita al Ministerio de Cultura, a iniciativa del representante de las Entidades de gestión y al objeto de impulsar, fomentar y apoyar la creatividad en el campo de las artes plásticas; el Fondo se nutre de los derechos de participación no reclamados o no abonados a los autores o a sus derechohabientes en el mencionado plazo de tres años (art. 7.<sup>o</sup> Real Decreto 1434/1992).

Una figura semejante es la facultad de remuneración prevista por el art. 90 para los coautores de las obras audiovisuales y para los autores de obras transformadas en otras en esta índole, aunque sean de nacionalidad extranjera (art. 145.2), por la proyección de tales obras en lugares públicos, o idóneos para la proyección pública, cuyo importe varía según se exija o no el pago de un precio de entrada; si se exige el precio, la remuneración consiste en un porcentaje (1,55 por 100 según el Decreto 307/1967, de 16 de febrero, descontados los impuestos) de los ingresos obtenidos (art. 90.2 párr. 1.<sup>o</sup>), mientras que, si la exhibición es gratuita, se limita a las tarifas generales de la correspondiente Entidad de gestión (art. 90.3). En ambos casos, hay que entender que el exhibidor puede deducir el importe de esta remuneración del precio que debe abonar a la empresa distribuidora de la obra proyectada (art. 90.2 párr. 1.<sup>o</sup> *i.f.*) y debe poner periódicamente a disposición de los autores las cantidades recaudadas, bajo el procedimiento de control que reglamentariamente se establezca (art. 90.2 párr. 3.<sup>o</sup>), en tanto que el productor de la obra debe facilitarles, además, la respectiva documentación (art. 90.4). No están sujetas a esta especial remuneración las obras audiovisuales de carácter publicitario (art. 90.5), que se rigen por la Ley General de Publicidad, de 11 de noviembre de 1988. En fin, recordemos que esta facultad, con ser de una clara patrimonialidad, es personalísima, puesto que se declara irrenunciable e intransmisible *inter vivos* (art. 90.2, párr. 2.<sup>o</sup>, 1.<sup>a</sup> parte), aunque se transmite por causa de muerte, conforme a la regla general del art. 42 LPI; sólo por excepción cabe que se ceda a cambio de una cantidad alzada, en caso que la obra audiovisual se exporte de España a un país en que sea imposible o difícil su ejercicio (art. 90.2, párr. 2.<sup>o</sup>, 2.<sup>a</sup> parte). No obstante, esta indisponibilidad se ha entendido, de forma estricta, referida solamente a los contratos de producción de obra au-



divisual o de transformación de una obra preexistente que celebran los respectivos autores con el productor, pero no a los que éste pacte con el editor o distribuidor de la obra audiovisual, con la consecuencia de que estos cesionarios, en cuanto actuales titulares de la facultad que nos ocupa, pueden también beneficiarse de la indisponibilidad (53), consecuencia que nos parece muy discutible ya que trasciende la *ratio* protectora de los autores; sin embargo, nada impide que el autor, una vez que se haya producido el ingreso correspondiente, renuncie al mismo (54), dentro de los límites impuestos por el art. 6.º.2 del Código civil. En fin, esta facultad no se ha modificado por la Ley 20/1992.

Finalmente, la remuneración compensatoria se justifica por ser un precio o contrapartida de la licencia legal de copia privada que permite el art. 31.2.º LPI (55), siempre que se realice con técnicas no tipográficas; así lo proclama la nueva redacción del art. 25.1 LPI, a cuyo tenor se trata de «una remuneración dirigida a compensar, anualmente, los derechos de propiedad intelectual dejados de percibir por razón de la expresada reproducción».

De acuerdo con el nuevo texto, la remuneración se configura como un derecho de crédito que se genera por la reproducción de las obras publicadas en forma de libro, o asimiladas reglamentariamente—esto es, las obras educativas publicadas en fascículos numerados o fechados con una periodicidad entre uno y seis meses y de al menos 48 páginas (art. 9.3 Real Decreto 1434/1992)—, así como de los fonogramas, videogramas o de cualquier otro soporte semejante; se determina por la fabricación o la importación de aparatos idóneos para la misma y se debe ejercer necesariamente a través de las Entidades de gestión (art. 25.1); se excluyen, de forma expresa, los programas de ordenador (art. 25.2).

Por eso, son deudores de la remuneración los fabricantes españoles y los importadores de los aparatos para su distribución comercial y utilización en territorio español, en tanto que los acreedores son los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, editores, y productores de fonogramas y

(53) En este sentido, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *El derecho de remuneración*, cit., p. 108.

(54) Así opina N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., p. 1275.

(55) Tal es la configuración que impera sobre la naturaleza de esta remuneración; *vid.* F. BONDÍA ROMÁN, *op. cit.*, p. 268, A. DELGADO PORRAS, *Panorama de la protección*, cit., p. 47, y M. VALLÉS RODRÍGUEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 462-463. Critica la remuneración compensatoria la Comisión de la CEE, *Libro verde sobre los derechos de autor y el reto de la tecnología. Temas relativos a los derechos de autor que exigen una actuación inmediata*, Bruselas, 1989, pp. 99 y ss., en lo que concierne a la reproducción privada del material audiovisual; asimismo, C. ROGEL VIDE, *La copia privada*, cit., pp. 627 y ss. Desde la óptica del análisis económico, se justifica, un cambio, a juicio de F. GÓMEZ POMAR, *La función de la propiedad intelectual y el régimen jurídico de la fotocopia*, en *RCDI*. 614 (1993) pp. 165 y ss.

videogramas (art. 25.3). El importe total de la remuneración varía en función de la capacidad de reproducción de los distintos tipos de aparatos; así, en materia de libros oscila entre 7.500 y 37.000 pesetas según la velocidad de copia, mientras que los equipos de reproducción de fonogramas y videogramas deben pagar 100 y 1.100 pesetas por unidad y los de reproducción sonora y visual o audiovisual 30 y 50 pesetas por hora de grabación (art. 25.4); cantidades que se deben revisar cada dos años (Disp. ad. 6.<sup>a</sup>).

La cuota anual se puede establecer de forma directa por los interesados o subsidiariamente, a falta de acuerdo en el primer bimestre de cada año, por un mediador designado por el Ministerio de Cultura, que debe resolver en un plazo máximo de tres meses y cuya resolución se considera de carácter mínimo y no excluye las acciones de las Entidades —sólo de los acreedores, no de los deudores— ante la jurisdicción ordinaria (art. 25.5-7); en ambos casos, el acto debe formalizarse en escritura pública, con fuerza ejecutoria, y la cantidad fijada será líquida y exigible (art. 25.5, a pár. 2.<sup>o</sup>, 6 pár. 2.<sup>o</sup> y 8); en particular, las Entidades de gestión pueden requerir a los deudores la información que precisen, respetando la confidencialidad e intimidad mercantil (*sic*) (art. 25.9) (56).

Puede apreciarse fácilmente que todas estas facultades, unidas a las personalísimas que contempla el art. 14 LPI, multiplican notablemente las posibilidades de utilización económica que el ordenamiento reconoce al autor, e incluso cabe conjeturar que este abanico irá en aumento, al ritmo de la aplicación y comercialización de nuevas tecnologías, las cuales incrementan no sólo los supuestos de defraudación sino también las hipótesis de aprovechamiento y difusión de las obras (57). Observemos, en fin, que la minuciosa concreción de tales facultades, aunque contrasta con la simplicidad y la abstracción que caracterizan a la propiedad moderna (58), es la que permite configurar a los derechos de autor como una auténtica propiedad especial puesto que no son reconducibles, en términos generales, a la clásica facultad de disfrute que corresponde al dueño.

---

(56) Los arts. 9 a 38 del Real Decreto 1434/1992, regulan pormenorizadamente los supuestos excluidos, los equipos exceptuados, el criterio anual, la mediación del Ministerio de Cultura y la distribución de la remuneración compensatoria; para la crítica del régimen anterior, *vid.* J. P. ECHEVERRÍA, J. P. ECHEVERRÍA, «La copia privada y reprografía en España», en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 599 y ss.

(57) Lo destacan quienes se ocupan de la propiedad intelectual y el desarrollo económico y cultural; *vid.* las ponencias recogidas en *Le droit d'auteur enjeu économique et culturel*, cit., pp. 143 y ss., y F. ZAPATA LÓPEZ, «Tecnología y derecho de autor en los países en desarrollo», en *I Congreso Iberoamericano*, I, cit., pp. 411 y ss.

(58) Como lo subraya con su habitual agudeza P. GROSSI, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, traducción y «Prólogo para civilistas» de A. López y López, Madrid, 1992, pp. 129 y ss.

## B. Límites, duración y dominio público

Recordemos que las facultades de explotación, de acuerdo con el art. 17 LPI, pueden ser ejercidas por el autor o con la autorización del mismo, «salvo los casos previstos en la presente Ley». La salvedad alude a las limitaciones a la propiedad intelectual previstas por el art. 2.º LPI en concordancia con el art. 348 párr. 1.º Cc., las cuales se desarrollan en un sentido amplio comprensivo de la temporalidad y la extinción, por los arts. 26 a 41 LPI, y en concreto por los límites establecidos en los arts. 31 a 40 LPI.

En cuanto a estos últimos, se ha observado con toda razón que no se trata de verdaderos límites de la propiedad intelectual sino de una serie de hipótesis que habilitan *ex lege* para la libre utilización de la obra y cuyo contenido y alcance está en función de la naturaleza de la misma (59). En otras palabras, se trata más bien de las limitaciones legales que, junto a la duración y el dominio público, conforman el contenido normal de los derechos de autor, y en este sentido actúan la función social del instituto (art. 33.2 CE) y no comportan privación o expropiación de un supuesto contenido preexistente (art. 33.3 CE). Por eso, nos parece francamente dudoso el fundamento constitucional de las compensaciones económicas dirigidas a remunerar la utilización libre de las obras en los casos permitidos por la LPI; es el caso emblemático de la remuneración compensatoria por la copia de uso privado que acabamos de estudiar (art. 25). Con todo, se ha señalado acertadamente también que la utilización libre no es absoluta sino que está limitada por el *fair use* en los casos en que la LPI la permite, el cual, más que límite, es en realidad un «paliativo, moderación o límite a los límites» de la propiedad intelectual, que impide la utilización abusiva de las obras en los distintos supuestos en que no se requiere el consentimiento o la autorización del autor (60).

Aparte de la divulgación de obras inéditas que conocemos (art. 40 LPI), estos supuestos se refieren a las distintas facultades de explotación y se pueden agrupar en cuatro clases según la facultad que resulte afectada, a saber: a) la facultad de reproducción se limita en los supuestos de copia permitida, cita y reproducción en bibliotecas (arts. 31, 32 y 37); b) las facultades de reproducción, distribución y comunicación pública se restringen en relación con las obras sobre temas de actualidad, noticias y las situadas en vías públicas (arts. 33, 34 y 35); c) la facultad de comunicación pública se comprime en los casos de emisión por cable o radiodifusión y de ejecución de obras musicales en actos oficiales y religiosos (arts. 36 y 38); d) la facultad de transformación

---

(59) Observación debida a R. DE ANGEL YAGÜEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 551 y ss., en concreto 563 y 576.

(60) En este sentido, C. ROGEL VIDE, «De los límites a las infracciones del derecho de autor en España», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, cit., pp. 779 y ss., en particular 787.

se cercena en el caso de la parodia (art. 39). Veamos esquemáticamente el régimen aplicable a estas categorías.

a) El primer supuesto consiste en la reproducción sin autorización del autor en procedimientos judiciales o administrativos (art. 31-1.º) o para uso privado de invidentes (art. 31-3.º) u otros minusválidos (61) o del propio copista, esto es, «siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa» (art. 31-2.º). El uso privado no se debe confundir con el uso personal, pues es algo más amplio y comprende al círculo familiar del copista; en el caso de las personas jurídicas, incluye a los órganos, pero no a los socios y dependientes (62); tampoco debe confundirse este supuesto con la remuneración compensatoria, que no implica una expropiación o una hipótesis de responsabilidad objetiva (63), sino que es el precio de la licencia obligatoria que esta limitación legal comporta (64). Estamos aquí, en definitiva, ante el agotamiento de la facultad de reproducción que, a semejanza del art. 19.2 LPI, se extingue con la enajenación de los ejemplares y no permite al autor el control del destino ulterior de la obra.

Parecido es el caso de la reproducción de obras en museos, bibliotecas, fonotecas, filmotecas, hemerotecas o archivos de titularidad pública o pertenecientes a entidades culturales o científicas pues el autor tampoco puede oponerse a ella; la reproducción debe reunir, sin embargo, dos requisitos, a saber: ha de realizarse sin fin de lucro y sólo para fines de investigación (art. 37). Asimismo, es lícita la cita, es decir, la inclusión en obra propia de fragmentos procedentes de obras ajenas ya divulgadas para su análisis, comentario o juicio crítico; también hay aquí dos requisitos, a saber: la cita sólo puede hacerse con fines de docencia e investigación y en la medida o extensión determinada por dicho fin, y debe indicar el autor y la obra citada. Nótese que cabe la cita de cualquier tipo de obras y que las recopilaciones periódicas en forma de reseñas o revistas de prensa se asimilan a las citas (art. 32); es el caso, por ejemplo, de la llamada «revista de revistas».

b) Hay obras que en ciertos casos pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas públicamente sin el consentimiento o la autorización del autor; la casuística es la siguiente. En primer término, los trabajos y artículos publicados en los medios de comunicación social, bajo estas condiciones: que se publiquen de nuevo en otros medios de comunicación; que se indique la fuente y el autor si el trabajo primitivo apareció firmado; que se remunere al autor por el precio pactado o, a falta de acuerdo, un precio equitativo; que los derechos de la publica-

(61) Bien lo advierte F. LLEDÓ YAGÜE, *Com. LPI*, cit., p. 508.

(62) Como advierte C. ROGEL VIDEL, *La copia privada*, cit., p. 610.

(63) Según sostiene, respectivamente, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 47, y «La "copia privada" en España», en *RIDA*, 1990, pp. 7 y ss.; crítica con razón esta última concepción C. ROGEL VIDEL, *La copia privada*, cit., pp. 624 y ss.

(64) C. ROGEL VIDEL, *La copia privada*, cit., p. 622, habla al respecto de regalía.

ción primitiva no se hayan reservado expresamente (art. 33.1). Por otra parte, las conferencias, alocuciones, informes judiciales y discursos parlamentarios, siempre que se hayan pronunciado en público y con la finalidad de informar sobre la actualidad y sin perjuicio de la facultad de colección correspondiente al autor (art. 33.2). Además, cualquier obra susceptible de ser vista u oída al objeto de informar sobre acontecimientos de actualidad —las noticias— y en la medida marcada por la finalidad informativa (art. 34). Por último, las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas u otras vías públicas por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales; en este caso, la utilización es enteramente libre (art. 35).

c) La comunicación pública puede consistir, según vimos, en la emisión por difusión inalámbrica o por radiodifusión y una vez autorizada no requiere nuevo consentimiento, en el primer caso, para transmitir la obra por cable dentro de la zona autorizada (art. 36.1) o ser incorporada a un programa dirigido hacia un satélite que permita la recepción de la obra a través de entidad distinta de la de origen (art. 36.2), y en el último, para registrar la obra por la entidad autorizada y emitirla por una sola vez; las emisiones ulteriores requieren, sin embargo, nueva cesión de las facultades de reproducción y de comunicación pública (art. 36.3). Asimismo, puede tratarse de ejecuciones musicales, las cuales pueden realizarse también sin autorización, si concurren estas tres circunstancias: que se produzcan en actos oficiales de las Administraciones públicas o en ceremonias religiosas; que el público asista gratuitamente; que los artistas no cobren de forma específica por la ejecución (art. 38).

d) Por último, mediante la parodia se puede transformar o imitar obras divulgadas sin el consentimiento del autor de las mismas, con estos tres requisitos: que no exista riesgo de confusión entre la obra nueva y la imitada, pues, en caso contrario, habría plagio; que no se perjudique al autor de la obra transformada, y que no se cause daño a esta última (art. 39). Recordemos que coexisten aquí los derechos de autor sobre las dos obras con plenitud e independencia, pero se ha observado que, de hecho, la parodia puede impulsar una especie de *revival* de la obra imitada, acaso de magnitud económica importante; por eso, se ha sugerido que el autor de la obra original debería participar en los beneficios obtenidos con la parodia, en una medida equitativa, a falta de un improbable acuerdo, «evitando así el enriquecimiento injusto del parodista frente a la indefensión que en el plano puramente económico sufre el autor original» (65).

Con todo, la principal limitación es la temporalidad de las facultades de explotación, nota que, junto al contenido, viene a completar la peculiar fisonomía de esta propiedad especial. La duración de dichas

---

(65) En este sentido, S. DÍAZ ALABART, *La parodia*, cit., p. 209 y *Com. LPI*, cit., pp. 600-601.

facultades, según vimos, está sujeta al plazo general de la vida del autor y sesenta años después de su muerte natural o, en su caso, la fecha de la muerte presunta fijada en la declaración judicial de fallecimiento (art. 26), salvo respecto a los programas de ordenador en que el plazo se reduce a cincuenta años desde su publicación o creación (art. 97) y sin perjuicio de los términos especiales previstos por el Libro II de la LPI. Se ha acortado, pues, la duración establecida por la legislación anterior en veinte años, lo que no contradice una supuesta tendencia del Derecho europeo a ampliar la duración de los derechos de autor, sino que, por el contrario, se sitúa en el medio —no en la media estadística— entre los setenta años del Derecho alemán y el medio siglo que impera en la mayor parte de Europa occidental (66), y todavía supera en diez años el término marcado por el art. 7.º del Convenio de Berna. En definitiva, los sesenta años *post mortem auctoris* siguen siendo comparativamente largos.

Especial atención se ha puesto en la determinación del *dies a quo*, que se ha fijado, derogando la regla general de fecha a fecha prevista por el art. 5.º.1 Cc, en el día primero de enero del año siguiente al de la muerte o declaración de fallecimiento del autor o al de la divulgación, publicación o creación de la obra (arts. 30 y 97). Sin embargo, existen reglas especiales para las obras divulgadas después de la muerte, las obras seudónimas y anónimas y los distintos supuestos de coautoría. Así, en el primer caso, si la obra se divulga dentro de los sesenta años siguientes a la muerte del autor, la duración de los derechos de explotación se cuenta desde la fecha de la divulgación (art. 27.1); en el segundo caso, rige la misma regla, sólo que, si el autor de la obra seudónima o anónima es conocido antes de cumplirse los sesenta años desde la divulgación, el plazo se cuenta desde su muerte o declaración de fallecimiento, pero, si la identidad del autor se revela después de transcurridos los sesenta años, sus facultades de explotación deben coexistir con las adquiridas, de acuerdo con el art. 6.º.2 LPI, por la persona natural o jurídica que haya divulgado la obra seudónima o anónima (art. 27.2, párr. 1.º y 2.º). Por último, en las obras en colaboración el plazo se computa desde la muerte del último coautor (art. 28.1), mientras que en las obras colectivas, desde su divulgación (art. 28.2), en tanto que en las obras independientes, desde la muerte o declaración de fallecimiento de cada autor (art. 28.3), regla que rige, en particular, para los anuarios, apéndices y complementos (art. 29.2); en cambio, en las obras publicadas por partes, volúmenes o entregas, el plazo se cuenta desde la publicación del último (art. 29.1).

---

(66) En cambio, afirma dicha tendencia N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI, cit.*, pp. 629-630, y destaca la línea media C. LASARTE ALVAREZ, *Com. LPI, cit.*, p. 481, donde escribe: «En todo caso, tampoco puede considerarse injusto el haber reducido el plazo de protección *post mortem* de ochenta a sesenta años, ya que realmente los causahabientes del autor cuentan con un período más que suficiente para obtener el rendimiento económico de una obra que, en definitiva, tampoco ellos han generado o han creado».

Una vez transcurrido el plazo de duración, las facultades de explotación se extinguen y la obra pasa al dominio público, pudiendo ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete, como sabemos, la paternidad e integridad de la misma (art. 41). Estamos aquí ante un dominio público *sui generis*, parecido al contemplado por el art. 339.1.º Cc, que no confiere al Estado derecho alguno sobre las obras y que habilita, al propio tiempo, su utilización gratuita y libre por cualquiera; su *ratio* es, en teoría, el interés general de facilitar, en aplicación del art. 44.1 CE, el acceso a la cultura (67), si bien de hecho, como se ha señalado con toda razón, «el pase al *dominio público* no significa realmente el engrandecimiento cultural del país, sino el aprovechamiento por las estructuras editoriales que, en todo caso, ofrecen cultura algo más barata, pero siempre con un claro matiz de aprovechamiento económico» (68). Lo que la LPI propicia al conferir un derecho autónomo a los editores de obras inéditas que estén en el dominio público (art. 119) y se ha potenciado por la reforma de 1992 (art. 119.2).

### C. Transmisión y cesión

Las facultades de explotación, salvo prohibición expresa (arts. 24.3 y 90.2 pár. 2.º), son transmisibles, lo mismo por causa de muerte que por actos entre vivos.

Dada la remisión implícita que contiene el art. 42 LPI, la transmisión por causa de muerte se rige por las reglas generales del Derecho de sucesiones, que se contemplan tanto en el Código civil como en las distintas Compilaciones forales o especiales. De aquí que la vocación a suceder en la titularidad de estas facultades pueda ser legal, testamentaria o, en su caso, contractual y que el llamamiento pueda ser a título de heredero o de legatario; ha desaparecido, pues, el antiguo derecho de reversión de los legitimarios, cuya derogación no parece ser dudosa ya que la Disp. tr. 1.ª.2 LPI sólo mantiene en vigor la duración anterior de las facultades de explotación, pero no otros extremos —como éste— derivados de las mismas (69). Ante la clara naturaleza sucesoria del supuesto que contempla el citado art. 42, hay que entender que el causante de esta sucesión sólo puede ser el autor y quienes le sucedan, siempre por vocación hereditaria, durante la vigencia de las facultades de explotación; esta transmisión no puede presentarse, por consiguiente, por la muerte del cesionario del autor, salvo que provoque la disolución o el cambio de titularidad de su empresa (art. 49 pár. 3.º y 50.1 *i.f.*), porque la cesión no exclusiva confiere una titularidad intransmisible (art. 50.1) y la cesión exclusiva, aunque se puede trans-

---

(67) Para esto, N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., p. 631 y ss.

(68) Así lo ha puesto de relieve C. LASARTE ALVAREZ, *Com. LPI*, cit., p. 481.

(69) De otra opinión, P. DE PABLO CONTRERAS, *Com. LPI*, cit., pp. 654-656.

ferir con el consentimiento expreso del cedente (art. 49 párr. 1.º), se refiere únicamente a la transmisión *inter vivos* (70). Con todo, el *de cuius* puede disponer libremente, guardando el respeto debido a la legítima, de las facultades de explotación relativas al conjunto de las obras o respecto de cada una de ellas; en particular, cabe el legado de cada facultad o de cada modalidad de explotación, pero las que aparezcan después de la muerte del autor corresponden a los herederos, y no al legatario favorecido, salvo voluntad contraria del testador (71).

Aunque la LPI no se ocupa del estado civil del autor, conviene aludir aquí a la propiedad intelectual en el régimen económico del matrimonio, puesto que no sólo hay que liquidar los gananciales en la partición, si existen, sino que el matrimonio, como se sabe, sujeta los bienes de los cónyuges a un régimen especial en vida de los mismos. Así, es claro que los rendimientos obtenidos con la explotación de las obras se deben sujetar al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318 párr. 1.º Cc); por eso se ha pensado que el autor casado puede ver restringidas las facultades personalísimas de divulgación y arrepentimiento si el inédito, la no reedición o la retirada del comercio perjudica los intereses del otro cónyuge (72). Solución extrema que, dado el derecho constitucional a la creación intelectual (art. 20.1.b CE), sólo cabe admitir con carácter subsidiario y a falta de otros bienes que permitan asegurar al autor el cumplimiento de esta obligación legal (art. 1318 párr. 2.º Cc). Es posible, además, que estos rendimientos queden sometidos a la responsabilidad subsidiaria por los actos realizados por el cónyuge no autor en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319 párr. 2.º Cc).

Pero, salvo estas limitaciones, los distintos regímenes no parecen afectar a los derechos de autor y, en particular, al libre ejercicio de las facultades de explotación. Así, en los regímenes de participación y de separación es indudable que cada cónyuge puede administrar sus obras con independencia respecto del otro ya que cada uno ostenta la titularidad y libre disposición de sus bienes (art. 1412 y 1437 Cc); en cambio, en la sociedad de gananciales el régimen de la propiedad intelectual será distinto según se la considere bien ganancial o bien privativo, punto en el que se advierte una evolución llamativa que va de la primera a la última consideración. En efecto, tras la reforma de 1981 se ha descartado la tesis de la ganancialidad que prevalecía en la doctrina anterior y se ha entendido acertadamente, a nuestro juicio, que la propiedad intelectual entera —comprendidas las facultades personalí-

---

(70) Lo entiende en sentido opuesto P. DE PABLO CONTRERAS, *Com. LPI*, cit., p. 648; también S. CAVANILLAS MUJICA, *Com. LPI*, cit., p. 756; como en el texto, en cambio, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., pp. 72 y 69.

(71) Como observa, con acierto, P. DE PABLO CONTRERAS, *Com. LPI*, cit. pp. 651-652, para el supuesto en que el causante sea el autor o sus herederos.

(72) Es la tesis de J. RAMS ALBESA, *Bienes privativos personalísimos. (Análisis del art. 1346.5.º y 6.º del Código civil)*, Madrid, 1987, en especial p. 69 y ss., que recoge y comparte C. ROGEL VIDE, *Bienes gananciales*, cit., p. 1868 y ss.



simas y las de explotación— es un bien privativo que encaja en el art. 1345.5.º Cc, en tanto solamente los rendimientos de la explotación deben considerarse gananciales, conforme al art. 1347.2.º Cc, dado que se trata de rentas producidas por este bien privativo (73). En contrapartida, los gastos de producción y explotación de las obras son de cargo de los bienes comunes, lo mismo entre los cónyuges que frente a terceros (arts. 1362.3.º y 1365.2.º Cc), por formar parte de la administración ordinaria de los bienes propios. Que las facultades de explotación y sus frutos y rentas se sometan a regímenes diversos, lo demuestra con nitidez la disciplina del embargo de los derechos de autor (art. 53.2 LPI); sin embargo, no parece que la remuneración a tanto alzado deba estimarse privativa por el juego de la subrogación real (74), pues, aparte de tratarse de una hipótesis excepcional, no hay razón convincente para distinguirla de las demás rentas y es francamente dudoso que la venta de los derechos de autor —que esta opinión presupone— pueda tener cabida en la vigente LPI. En definitiva, la propiedad intelectual no difiere de los demás bienes que integran el patrimonio propio o privativo de cada cónyuge, cualquiera que sea el régimen matrimonial del autor, lo cual viene a corroborar, en otro orden de cosas, la neta patrimonialidad de las facultades personalísimas, tal y como habíamos anticipado.

La cesión es, por su parte, la denominación legal de la transmisión *inter vivos* de las facultades de explotación y en su virtud el cedente —el autor o sus sucesores— habilitan al cesionario —de ordinario, un profesional de la edición o un gestor de producciones culturales— para la utilización económica de la obra en el mercado; por eso, la cesión es la forma normal en que tales facultades se ejercitan y es también el título habitual bajo el que las obras circulan en el tráfico. La figura se regula con carácter restrictivo y acusadamente imperativo por las disposiciones generales de los arts. 43 a 57 LPI, las cuales se limitan, sin embargo, a consagrar unos beneficios irrenunciables por el cedente (art. 55), son supletorias de las normas especiales de los contratos típicos (art. 57 párr. 1.º) y se refieren al objeto (art. 43), consentimiento (arts. 44, 45 y 57 párr. 2.º), precio (arts. 46, 47, 53.2 y 54) y a las distintas modalidades de la cesión (arts. 48 y 53.1). Tal es, pues, el régimen genérico del ejercicio efectivo de las facultades de explotación; veamos brevemente sus reglas principales, prescindiendo de las previstas por el art. 56 LPI que ya conocemos.

De acuerdo con el texto legal, el objeto de la cesión se describe por los extremos esenciales de la duración, ámbito territorial y facultades y modalidades de explotación cedidas, los que deben establecerse de for-

---

(73) Para esta evolución, C. ROGEL VIDE, *Bienes gananciales*, cit., pp. 1825 y ss., con referencias muy completas; mantiene el mismo criterio P. DE PABLO CONTRERAS, *Com. LPI*, cit., pp. 656-657, texto y nota 36.

(74) Como estima, en cambio, C. ROGEL VIDE, *Bienes gananciales*, cit., pp. 1855 y 1862 y ss., con opiniones opuestas a su interpretación.

ma expresa en el contrato, supliéndose la falta de mención por medio de la integración o de la interpretación objetiva e integradora (75); así, mientras la omisión del tiempo limita la cesión al plazo de cinco años, y la del espacio al país o Estado donde se ha celebrado, las facultades o modalidades de explotación que no se indiquen de forma específica y concreta se contraen, en notable paralelismo con los arts. 1283 y 1286 Cc, a las que se deduzcan del propio contrato y sean indispensables para cumplir su finalidad (art. 43.2). En particular, es nulo el pacto positivo por el que el autor cede la explotación de las obras que pueda crear en el futuro (art. 43.3) y el pacto negativo por el que se obliga a no crear obras nuevas (art. 43.4); asimismo, la transmisión de las facultades de explotación no puede extenderse a modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al momento de la cesión (art. 43.5).

Varias son las consecuencias que se derivan de esto y que pueden puntualizarse así. De una parte, hay que entender que la cesión se configura como el tipo contractual único para la transmisión *inter vivos* de las facultades de explotación; de otra, se la puede definir como aquel contrato por virtud del cual el cedente transmite al cesionario, mediante un precio, determinadas facultades de explotación y sus correspondientes modalidades de utilización de una obra intelectual con el fin de que éste las ejercite dentro de un ámbito temporal y espacial también determinado; en fin, se desprende de aquí con nitidez que la causa de la cesión es la divulgación y consiguiente explotación de las obras, que algún autor ha elevado al auténtico espíritu o finalidad de la vigente LPI (76), de modo que, como se ha escrito, «ya no caben actos dispositivos que produzcan la total transmisión de los derechos patrimoniales de modo definitivo, como sucedía bajo la legislación derogada» (77).

Esto quiere decir, en particular, que la llamada venta de los derechos de autor o de la propiedad intelectual, aunque no se ha prohibido expresamente, debe ser excluida, pues, aparte de no amoldarse al régimen que examinamos, en especial sobre la temporalidad y el precio, comporta una transmisión de la propiedad ordinaria que es incompatible con la causa típica de la cesión (78); incluso quienes la admiten a favor del editor, estiman que, a falta de pacto expreso, habría que considerar sobreentendida la obligación del comprador de pu-

---

(75) Para el significado de estas categorías en nuestro Derecho, nos remitimos a nuestro estudio «La interpretación integradora del contrato en el Código civil», en *ADC*, 1987, pp. 495 y ss., y allí referencias.

(76) Aludimos a J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 190-192.

(77) En este sentido, J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Prólogo*, en J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 10.

(78) En parecidos términos, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 181 y ss., en especial 192; la admite, en cambio, M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Com. LPI*, cit., p. 667.

blicar la obra vendida (79), *facere* que, sin embargo, la transforma en un contrato atípico que habría que reconducir de nuevo al régimen genérico de la cesión. Y la cesión en globo de todas las facultades de explotación y de todas las modalidades de utilización conocidas al momento de la celebración, con la que se pretende eludir la anterior exclusión (80), no sólo tropieza con la insalvable *reductio ad minus* del art. 43.2 LPI sino que puede ocultar una renuncia anticipada a los beneficios de la explotación que prohíbe el art. 55 LPI. No es distinto el caso de la donación, que no consiente ser adaptada al régimen de la cesión (81), pues también transmite la propiedad ordinaria y choca, por ello, con la causa típica de la cesión. En el fondo, la necesidad práctica que se trata de resolver con estos contratos —la obtención de obras a bajo precio— acaso se puede atender mediante la promesa o precontrato de cesión, que posterga la eficacia de la misma hasta el momento que sea comercialmente oportuno y permite salvar los escollos de la incuestionable tipicidad única diseñada por el mencionado art. 43 LPI.

El consentimiento para otorgar la cesión se rige, en principio, por las reglas generales del Derecho común y exige, en consecuencia, plena capacidad de obrar; no obstante, el art. 44 LPI establece que los autores menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, con vida independiente debidamente consentida o autorizada, «tienen plena capacidad para ceder los derechos de explotación». Regla un tanto inútil por reiterar los arts. 319 y 321 Cc, pero que, igual que el art. 7.º b del Estatuto de los trabajadores, viene a eliminar las limitaciones impuestas al emancipado por el art. 323 Cc, al que le confiere plena capacidad para ceder por sí solo las facultades de explotación (82).

Por otra parte, el contrato debe constar por escrito y si el cesionario se niega a extender el documento, el autor, previo requerimiento por cualquier forma fehaciente, puede instar su resolución (art. 45); además, la cesión de las distintas modalidades de explotación contempladas por el art. 57 pár. 1.º LPI, deben formalizarse en documentos independientes (art. 57 pár. 2.º). Pese al tenor literal de los preceptos aludidos, se ha entendido que se trata de una forma *ad probationem* y que las modalidades se refieren a las distintas facultades de explotación cedidas a través de los respectivos contratos típicos, pero no a to-

(79) Así opina M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *Com. LPI*, cit., p. 912; también G. MARCO MOLINA, *recensión de la monografía de J. M. RODRÍGUEZ TAPIA que acabamos de citar*, en *ADC*. 1993, pp. 856 y ss., en particular 859.

(80) Como sostiene R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *El derecho de remuneración*, cit., pp. 99-100.

(81) Según sugiere M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Com. LPI*, cit., pp. 671-672, en especial sobre la temporalidad.

(82) Concurdan al respecto J. PÉREZ DE VARGAS, «Consideraciones generales sobre el artículo 44 de la nueva Ley de Propiedad Intelectual», en *Homenaje al Prof. Juan Roca Juan*, cit., pp. 671 y ss., y M. DÍAZ DE ENTRESOTOS FORNOS, *Com. LPI*, cit., p. 691.

das y cada una de las diversas posibilidades técnicas de utilización o difusión de las obras (83).

Por último, el precio debe consistir por regla general e imperativa en una participación proporcional en los ingresos obtenidos por el cesionario por la explotación de la obra cedida (art. 46.1); sólo por excepción puede fijarse en un tanto alzado cuando la comprobación de los ingresos sea imposible y muy costosa, la obra sea accesoria de una actividad, objeto material u otra obra intelectual o se trate de la única o primera edición de obras tales como diccionarios, prólogos, ilustraciones, traducciones, ediciones baratas y, en general, obras científicas (art. 46.2). Como se ha observado, la elasticidad de estas excepciones recorta en buena medida la eficacia de la regla general (84). Con todo, si en los diez años siguientes a la cesión se produce una desproporción manifiesta entre la cantidad fija establecida y los ingresos obtenidos por el cesionario, cabe la revisión convencional del contrato y, a falta de acuerdo, la revisión judicial para que se fije una nueva remuneración equitativa en atención a las circunstancias del caso (art. 47). Revisión que sólo puede instar el autor y es forzosa para el cesionario (85). Esta remuneración goza, hasta el límite de dos anualidades, del mismo privilegio que los sueldos y salarios (art. 54), esto es, el privilegio general previsto por el art. 32.3 del Estatuto de los trabajadores (86), y es embargable asimismo como salario o sueldo (art. 53.2); a la vista de los topes establecidos por el art. 1451 LEC, se ha señalado que «como máximo se puede embargar todo el sueldo menos la cifra del salario mínimo interprofesional y un 10 por 100 de la cantidad que lo supere» (87).

Son las modalidades de la cesión las que permiten esclarecer su naturaleza jurídica y el significado técnico de la transmisión *inter vivos* de las facultades de explotación, pues la terminología legal que hemos venido empleando no es explícita ni unívoca; básicamente, no explica si la transmisión comporta o no una enajenación, ni tampoco si el cesionario ostenta un derecho real o personal sobre la o las facultades transmitidas.

Como es sabido, la LPI distingue estas dos modalidades, a saber: la cesión no exclusiva y la cesión en exclusiva. Ante todo, observemos que una y otra pueden acordarse como contratos autónomos o constituir un elemento natural de otros contratos, como sucede en los supuestos de presunción legal. Así, la reproducción de obras en publicaciones

(83) Sobre el primer aspecto, J. A. TORRES LANA, *Com. LPI*, cit., p. 700; para el segundo, J. J. HUALDE SÁNCHEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 867-868; coincide A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., pp. 63 y 54-56.

(84) En este sentido, J. A. TORRES LANA, *Com. LPI*, cit., pp. 715-716.

(85) Lo destaca J. A. TORRES LANA, *Com. LPI*, cit., pp. 720-722.

(86) Según J. GIL RODRÍGUEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 840 y ss.

(87) En tal sentido, M. AMORÓS GUARDIOLA, *Com. LPI*, cit., p. 831; advierte J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 141, que el embargo no comporta una cesión o subcesión sino una venta forzosa —si llega a producirse— de las facultades de explotación, lo que no compagina bien con su idea —que compartimos— de que la junta es contraria al espíritu de la LPI (*vid. la op. cit.* p. 192).

periódicas supone una cesión no exclusiva (art. 52) y la cesión del *software* al usuario se presume que es del mismo carácter (art. 99.1 párr. 2.º), mientras que se presumen exclusivas las cesiones comprendidas en una relación laboral (art. 51), en los contratos de producción y transformación de obra audiovisual (arts. 88 y 89) y en la cesión del autor de programas de ordenador a la empresa comercializadora de los mismos (art. 98); en cambio, en los contratos de edición y de representación, la opción por una u otra modalidad depende de la voluntad de los contratantes. Por otra parte, habida cuenta que la cesión exclusiva requiere que las partes la establezcan expresamente (art. 48 párr. 1.º), hay que entender que la cesión, por regla general, debe ser no exclusiva. Por último, conviene resaltar que estamos ante dos modalidades pertenecientes al mismo género de la cesión, pero no ante figuras diferentes — como se ha creído —, las cuales difieren, aparte del régimen, en que el cedente en exclusiva está más protegido que el que pacta una cesión no exclusiva, pues la explotación de la obra, con ser la causa genérica de toda cesión, es obligatoria en la primera y facultativa en la última (88).

En efecto, la cesión no exclusiva se caracteriza porque faculta al cesionario «para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión y en concurrencia tanto con los cesionarios como con el propio cedente»; confiere una posición jurídica intransmisible, salvo por disolución o cambio de titularidad de la empresa del cesionario, lo que se extiende, en todo caso, a las cesiones concedidas por las entidades de gestión para la utilización de sus repertorios (art. 50.1 y 2).

Acaso por mimetismo con el Derecho extranjero, se ha pensado que aquí, más que una verdadera transmisión de facultades, hay solamente una simple autorización o licencia voluntaria por la que el cesionario vendría a ser una persona interpuesta que actúa en interés del cedente, pero en nombre propio; habría, pues, una especie de representación indirecta, que habilitaría al cesionario para exigir al cedente que deje de efectuar la explotación cedida (89). En el mismo sentido, aunque se ha estimado que el cesionario adquiere un derecho subjetivo oponible a todos, se ha entendido que este derecho no preexiste ni pertenece al cedente sino que surge *ex novo* con la cesión (90); pero este derecho, se ha apuntado, no es de naturaleza real y consiste tan sólo en una cesión de uso (91), y en parecidos términos se ha hecho notar que toda cesión confiere un derecho de uso y disfrute de las facultades de explotación cedidas (92). Por eso, esta construcción no es de compartir

---

(88) Lo ha puesto de relieve atinadamente M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *Com. LPI*, cit., p. 893.

(89) Tesis que sostiene A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., pp. 56-58.

(90) Así opina J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 73.

(91) Bien lo advierte M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *Com. LPI*, cit., p. 894.

(92) En este sentido, F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 335-336, aunque alude luego a la concesión de derechos de uso *ex art. 31 de la Ley alemana de propiedad intelectual de 1965*.

y parece ser más acorde con nuestro ordenamiento común reconducir la figura al campo de los derechos personales y, en concreto, al esquema locativo, pues la utilización económica de la obra que el cedente permite al cesionario en nada difiere del arrendamiento de cosas del Código civil (art. 1543), dado que éste no se obliga a llevar a cabo la explotación de la obra cedida. Por eso, aunque no sea exacto que estemos ante «un contrato mixto de arrendamiento (o análogo al arrendamiento) y de obra», es verdad que la cesión no exclusiva es «de naturaleza meramente obligacional, no dispositiva» (93).

Un supuesto concreto de cesión no exclusiva se presenta, salvo pacto en contrario, en la reproducción de obras en publicaciones periódicas, pues, a pesar de la cesión, el autor conserva la facultad de publicarlas en cualquier forma que no perjudique la anterior publicación; asimismo, al cabo de un mes desde el envío de la colaboración, si la publicación es diaria, o de seis meses, en los restantes casos, el autor puede disponer libremente de la obra; en fin, se permite en este supuesto que la remuneración se fije en un tanto alzado (art. 52). Es de notar que esta cesión no se rige, por regla general, por las disposiciones propias del contrato de edición (art. 59.3).

Algo más articulada es la disciplina de la cesión exclusiva que, aun cuando debe constar de forma expresa, no exige términos rituales (94); se define por el hecho de atribuir al cesionario la facultad de explotar la obra cedida con exclusión de cualquier otra persona, comprendido el cedente; también le faculta para otorgar cesiones no exclusivas a terceros (art. 48 párr. 1.º, 1.ª parte). Pero para transmitir su posición jurídica, en cambio, requiere consentimiento expreso del cedente y la omisión de este consentimiento le hace solidariamente responsable con los nuevos cesionarios frente a éste, salvo disolución o cambio de titularidad de su empresa (art. 49); como se ha señalado, tal consentimiento se requiere siempre pues la transmisión se efectúa o bien por la cesión del contrato o bien por un subcontrato de cesión (95). Asimismo, la cesión exclusiva legitima al cesionario para perseguir las violaciones a las facultades cedidas con independencia del cedente (art. 48 párr. 1.º, parte final). En contrapartida, aparte del precio, el cesionario se obliga a poner todos los medios necesarios para realizar la explotación, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la respectiva actividad profesional, industrial o comercial (art. 48 párr. 2.º).

También por reflejo del Derecho extranjero, se ha entendido que estamos aquí ante un raro supuesto de la llamada sucesión constitutiva en cuya virtud la cesión constituiría un nuevo derecho real a favor del cesionario sobre las facultades cedidas, las cuales, al no agotar el monopolio de explotación que retiene el cedente, permite mantener al au-

---

(93) Aludimos a la opinión de S. CAVANILLAS MUJICA, *Com. LPI*, cit., p. 756.

(94) Como ha observado S. CAVANILLAS MUJICA, *Com. LPI*, cit., pp. 730-731.

(95) En este sentido, S. CAVANILLAS MUJICA, *Com. LPI*, cit., pp. 752 y ss.

tor la propiedad intelectual de la obra cedida (96); de acuerdo con esta concepción, se ha explicado que el autor conservaría, a pesar de la cesión, además de las facultades no cedidas, un cierto control sobre las cedidas que se plasma en la posibilidad de exigir al cesionario los medios para explotar la obra y la expectativa de recuperar estas facultades una vez extinguida la cesión (97). Desde otro punto de vista, se ha estimado que existe aquí, por el contrario, una verdadera transmisión de las facultades cedidas, las cuales, por analogía con las patentes, pueden transmitirse por todos los medios reconocidas en nuestro ordenamiento y también ser objeto de licencias y de usufructo (98). Pero como dijimos a propósito de la cesión no exclusiva, resulta más acorde con nuestro Derecho común entender que dicha transmisión se traduce en un derecho de uso y disfrute de las facultades cedidas (99), y por eso se ha negado acertadamente, a nuestro juicio, que el editor adquiriera un *ius in re aliena* y se ha aproximado el contrato de edición al arrendamiento de cosas, señalándose que la legitimación del cesionario para perseguir las violaciones recuerda la del arrendatario para rechazar las perturbaciones de hecho (art. 1560 Cc) (100), de la misma manera que la solidaridad por transmisión incontentada guarda relación con el subarriendo (art. 1551 Cc) y el submandato (art. 1722 Cc). En esta línea, se ha observado atinadamente que el consentimiento del autor cedente para la transmisión no se debe a que las facultades cedidas sigan perteneciéndole sino a que se transmite la totalidad del contrato, incluyendo la posición deudora (art. 1205 Cc); pero, aparte de admitirse la enajenación por la compraventa *sui generis* que hemos descartado antes, se ha visto aquí de nuevo «un contrato mixto, compuesto por un arrendamiento de obra o de servicios» (101). A nuestro juicio, la obligación de explotar la obra que incumbe al cesionario, excluye al arrendamiento de obra por ser una obligación de medios y no de resultado y no se compadece con el arrendamiento de servicios por ser parte de la contraprestación del uso y disfrute conferido al cesionario; por el contrario, tal obligación acentúa aquí el paralelismo de la cesión exclusiva con el arrendamiento de cosa productiva, como el arrendamiento rústico (art. 1.º LAR).

---

(96) Propone esta construcción A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., pp. 58-60.

(97) Así J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 211, lo que es cierto, pero se debe al contenido de la cesión exclusiva y a la elasticidad de la propiedad intelectual; sobre esta característica, J. L. LACRUZ BERDEJO, *Com. LPI*, cit., p. 41.

(98) Vid. C. ROGEL VIDE, *Bienes gananciales*, cit. p. 1843, nota 43, y *El derecho de distribución de las obras del espíritu*, cit. p. 812, nota 3; en el mismo sentido, C. ROGEL VIDE, *Bienes gananciales*, cit., p. 1843, nota 43; en el mismo sentido, señala N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., p. 1248, que en el contrato de producción de obra audiovisual hay una transmisión y no una mera licencia; contrario al usufructo se muestra, en cambio, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 63 y ss.

(99) Conforme a la acertada intuición de F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Com. LPI*, cit., p. 335.

(100) En este sentido, M. C. GÓMEZ LAPLAZA, *Com. LPI*, cit., p. 895.

(101) Asimismo, S. CAVANILLAS MUJICA, *Com. LPI*, cit., p. 733.

Un caso particular de cesión exclusiva presunta es el que, a falta de pacto escrito, se da en la creación de obras en virtud de una relación laboral, esto es, tanto las obras encargadas por el empresario como las creadas por el trabajador dentro de la actividad habitual de la empresa, también por encargo del empresario o por la iniciativa del propio trabajador (102). La cesión tiene el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario, en el momento en que se le entregue la obra, y en ningún caso puede utilizarla o disponer de ella para fines diferentes; esta cesión se rige, en cuanto a la capacidad, precio y contenido por las reglas propias de la cesión exclusiva (art. 51). Idéntico es el caso del autor asalariado de programas de ordenador, sólo que aquí la cesión presunta es más amplia al no estar limitada por la finalidad de la empresa y cercenar la facultad de transformación correspondiente al autor (103), quien, salvo pacto en contrario, no se puede oponer a que el cesionario realice o autorice versiones sucesivas de su programa y programas derivados del mismo (art. 98). Supuesto semejante es el encargo de obra hecho por un editor, que se excluye expresamente del contrato de edición; pero la remuneración convenida se debe considerar como anticipo de la que corresponda al autor, si la edición llega a realizarse (art. 59.2). Como no hay aquí una cesión actual de facultades de explotación, el contrato admite diversas configuraciones, tales como la promesa de cesión, el arrendamiento de servicios o el contrato de obra, hipótesis que es perfectamente posible, a nuestro modo de ver, porque la *opus* prometida no consiste sólo en la entrega de la creación intelectual encomendada sino en que la edición se lleve efectivamente a cabo. Una modalidad específica de encargo, y muy poco conocida, es el que se hace por concurso público con premio (104).

Por último, la LPI mantiene la hipoteca de las facultades de explotación «con arreglo a la legislación vigente» (art. 53.1), es decir, la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión de 16 de diciembre de 1954, la cual determina su art. 46.1.º que la hipoteca de la propiedad intelectual comprende como accesorios, salvo pacto en contrario, la adaptación, refundición, traducción, reimpresión, nueva edición o dición de la obra hipotecada. Lo que se debe entender derogado por constituir modalidades de la facultad de transformación (art. 21.1 en relación con los arts. 11 y 12) y cuyo gravamen exige consen-

---

(102) Para esta figura, F. BONDÍA ROMÁN, «Los autores asalariados», en *Rev. Cívilas Der. Trab.*, 19 (1984), pp. 419 y ss.; J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *Com. LPI*, cit., pp. 760 y ss., y *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 79 y ss.; E. BAUTISTA, «Las obras realizadas por encargo. La figura del autor asalariado. Planteamiento general y problemática española», en *I Congreso Iberoamericano*, I, cit., pp. 427 y ss.

(103) *Vid.*, J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., pp. 1349-1351 y 1393 y ss.

(104) Sobre el encargo, T. TORRES GARCÍA, *Com. LPI*, cit., pp. 921 y ss.; para J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 155, hay aquí sólo un «pronóstico de cesión», quien estudia el encargo por concurso en pp. 160 y ss.; también, en general, C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, *op. cit.* pp. 229 y ss.



timiento expreso del autor (105). Nótese que objeto de la hipoteca son las facultades de explotación consideradas singularmente (art. 23), pero, dado que son inembargables, la realización del valor sólo puede hacerse efectiva en los frutos o productos derivados de las mismas (art. 53.2).

#### D. *Contratos típicos*

Varias son las figuras contractuales por las que puede operar la cesión de las facultades de explotación, las cuales se rigen por sus normas propias y supletoriamente por las disposiciones generales que conocemos (art. 57.1). Estas figuras son las siguientes: el contrato de edición (art. 58), que comprende la edición de libros (art. 62) y de obras dramáticas y musicales (art. 71), el de representación teatral (art. 74), ejecución musical (art. 83) y radiodifusión (art. 84), el de producción de obra audiovisual (art. 88) y de transformación en obra de esta índole (art. 89), y el contrato de cesión del derecho de uso de programas de ordenador (art. 99). Mientras la edición se refiere a las facultades de reproducción y distribución, la comunicación pública se cede en los contratos relativos a las obras dramáticas, musicales y escénicas, así como la facultad de transformación es objeto de la creación de obras audiovisuales a partir de obras preexistentes; la producción de obras audiovisuales comprende, en cambio, todas las facultades, salvo la de transformación. En fin, estas figuras presentan las características comunes de ser típicas, bilaterales, sinalagmáticas, onerosas, conmutativas y duraderas; pero no son, a nuestro juicio, aleatorias, asociativas ni comportar una relación *intuitu personae*. Veamos lo esencial de cada tipo.

a) El contrato de edición consiste en la cesión de las facultades de reproducción y distribución de obras actuales (art. 59.1 *a contrario*), mediante un precio, hecha por el autor al editor, quien se obliga a ejercer tales facultades por su cuenta y riesgo (art. 58). Debe formalizarse por escrito y referirse a si la cesión es de carácter exclusivo; el ámbito territorial; la tirada máxima y mínima de ejemplares de cada edición; la distribución de los ejemplares y los reservados al autor, la crítica y la promoción; la remuneración proporcional del autor; y los plazos en que el autor debe entregar el original y en que el editor debe iniciar la distribución, que no puede exceder de dos años desde dicha entrega (art. 60), salvo que se trate de colecciones, prólogos, epílogos u obras similares (art. 63). Será nulo —anulable— si no se extiende por escrito o si se omiten la tirada y el precio, mientras que la omisión de los mencionados plazos permite a las partes compelerse recíprocamente para subsanar la falta y, en defecto de acuerdo, resuelve el juez atendiendo a las circunstancias, actos concluyentes de las partes y los usos (art. 61.1 y 2). La indeterminación del precio se suple por lo dispuesto en el

---

(105) En el mismo sentido, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 75, implícitamente; explícito al respecto J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 118 y ss.

art. 46 LPI (art. 60.5.º) y la de la tirada por las normas reglamentarias sobre control, cuyo incumplimiento por el editor habilita al autor y a sus causahabientes para resolver el contrato (art. 72), que se han aprobado por Real Decreto 396/1988, de 25 de abril, el cual distingue los procedimientos de certificación y de numeración o contraseñado. De acuerdo con el primero, el editor debe remitir una certificación del número de ejemplares de la tirada, acompañada de una declaración del impresor (art. 2.º RD 396/1988), que el autor puede comprobar dentro de dos años por medio de un experto, incluido o no en las listas acordadas por las entidades de gestión y las asociaciones de editores y autores, que emite un informe confidencial (arts. 3.º a 5.º RD 396/1988); conforme al segundo, las partes acuerdan en el contrato un procedimiento para efectuar la numeración o contraseñado de cada ejemplar de la tirada correspondiente a cada edición, lo que exonera al editor de otorgar la anterior certificación (arts. 6.º y 7.º RD 396/1988). En fin, junto al contrato individual, puede existir el contrato de adhesión a las condiciones generales acordadas por las entidades de gestión de autores y editores, u otras organizaciones representativas (art. 73), las cuales no requieren autorización administrativa previa.

En virtud de este contrato, el autor debe responder por la autoría y originalidad de la obra, así como por las perturbaciones propias que alteren el ejercicio pacífico de las facultades cedidas (art. 65.2.º); es la obligación de garantía por la que el autor debe abstenerse durante el plazo del contrato de perturbar de hecho o de Derecho al editor conforme al tipo de cesión, garantía que parece no comprende el plagio o ediciones fraudulentas realizados por terceros (106). Debe, además, entregar la obra en forma apta para ser reproducida y en el plazo convenido y, salvo pacto contrario, corregir las pruebas de la tirada (art. 65.1.º y 3.º), momento en que puede introducir modificaciones que estime imprescindible, no alteren el carácter o la finalidad de la obra, no eleven sustancialmente el coste de la edición, ni rebasen el porcentaje máximo que el contrato establezca (art. 66). Asimismo, el editor se obliga a reproducir la obra en la forma pactada, sin alteraciones incontinentas y haciendo constar en los ejemplares el nombre, firma o signo que identifique al autor (art. 64.1.º); debe someter las pruebas a corrección, salvo pacto contrario, y proceder a la distribución de la obra en el plazo y condiciones acordados, y continuarla, a la vez que la difusión comercial, conforme a los usos imperantes en la profesión (art. 64.2.º, 3.º y 4.º); en cuanto a la remuneración, debe satisfacer lo estipulado y, si se ha pactado una cantidad proporcional a los ingresos, debe liquidarla, rendir cuentas, certificar la fabricación, distribución y existencias de ejemplares, al menos, una vez por año y presentar los justificantes correspondientes a solicitud del autor (art. 64.5.º); por último, debe restituir el original una vez hecha la impresión y tirada del mismo (art.

---

(106) En este sentido, R. GAYA SICILIA, *Com. LPI*, cit., pp. 1023-1025.

64.6.º). Pediente el contrato, el editor no puede vender la edición como saldo, sin consentimiento del autor, antes de dos años; transcurrido este plazo, el autor puede ejercer un derecho de tanteo dentro de treinta días por el precio de saldo o el 10 por 100 del importe facturado por el editor, en caso de remuneración proporcional, vencidos los cuales, puede el editor destruir los ejemplares previa notificación al autor, quien puede adquirirlos gratuitamente, dentro de otros treinta días, para destinarlos a usos no comerciales (art. 67). Pero, extinguido el contrato y salvo pacto contrario, el editor puede vender los ejemplares que posea dentro de tres años, y en tal caso el autor puede adquirirlos al 60 por 100 del precio de venta o por el que se determine pericialmente (art. 70 párr. 1.º).

El contrato se extingue por estas tres causas, a saber: por la venta de todos los ejemplares (art. 69.2.ª); por el transcurso del plazo pactado o, en caso de remuneración a tanto alzado por diccionarios, prólogos, obras científicas, traducciones o ediciones a precio reducido, de diez años y, en todo caso, de quince (art. 69.1.ª, 3.ª y 4.ª), y por resolución a voluntad del autor en los heterogéneos supuestos siguientes: falta de edición de la obra en el plazo y condiciones convenidos; incumplimiento por el editor, previo requerimiento, de sus obligaciones de someter las pruebas a corrección, continuar la explotación y pagar la remuneración; venta a precio de saldo o destrucción de la edición sin notificación al autor; cesión indebida a tercero; no reeditar al cabo de un año una vez agotada la última edición, esto es, cuando los ejemplares remanentes sean inferiores al 5 por 100 o a 100; por liquidación o cambio de titularidad de la empresa, si la obra no se ha reproducido, o por suspensión de la explotación en caso de cese de actividad o concurso del editor si no se reanuda en el plazo fijado por el juez a instancia del autor (68.1, a-f, y 2). Resolución que, por tratarse de un contrato duradero, opera *ex nunc*, salvo que acontezca en la fase inicial del cumplimiento contractual (107), y la indemnización no se limita al interés negativo sino a los perjuicios sufridos efectivamente por el autor (108).

Por otra parte, el contrato de edición de libros debe expresar, además de las menciones obligatorias que conocemos, la lengua o lenguas de la publicación, el anticipo concedido al autor a cuenta de su remuneración, las modalidades de la edición y la colección en la que se integra (art. 62.1, a-c); si no se indica el idioma, se entiende que la edición se limita al de la obra original (art. 62.2); establecidas varias lenguas españolas oficiales, la publicación de la obra en una de ellas no excluye la obligación de publicarla en las demás, salvo que el autor resuelva el contrato, transcurridos cinco años, respecto de las lenguas en que no se haya publicado (art.

---

(107) Así, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Com. LPI*, cit., p. 1080; para esta clase de obligaciones nos remitimos a nuestro estudio *Sobre la estructura de la obligación*, Palma de Mallorca, 1980, pp. 51 y ss.

(108) En este sentido, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Com. LPI*, cit., p. 1085; criterio semejante mantiene con carácter general F. PANTALEÓN PRIETO, «Resolución por incumplimiento e indemnización», en *ADC*, 1989, pp. 1143 y ss.

62.3), lo que se aplica también a la traducción de obras extranjeras en España (art. 62.4).

En fin, el contrato de edición de obras dramáticas y musicales comporta, además, la cesión al editor de la facultad de comunicación pública, con las siguientes particularidades: puede no establecerse el número de ejemplares, pero el editor debe confeccionar los necesarios para la explotación normal de la obra de acuerdo con los usos imperantes en la profesión (art. 71.1.<sup>a</sup>); el plazo para comenzar la distribución de las obras sinfónicas y gramático-musicales es de cinco años, en lugar de dos (art. 71.2.<sup>a</sup>); el editor puede vender los ejemplares como saldo o destruirlos sin limitación alguna y el contrato sólo se extingue por la terminación del plazo pactado (art. 71.3.<sup>a</sup>).

b) El contrato de representación teatral presenta estas dos modalidades típicas. Por un lado, es aquel contrato por virtud del cual el autor o sus causahabientes ceden a una persona natural o jurídica la facultad de comunicación pública a través de la representación escénica de obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, pantomímicas o coreográficas a cambio de un precio o remuneración y el cesionario se obliga a llevarla a cabo (art. 74); y por otro lado, es también aquel contrato de comunicación pública en que el cesionario no asume la obligación de realizarla (art. 85). Aunque se ha visto aquí un acto positivo y un contrato de naturaleza real (109), es lo cierto que la figura no se aparta del esquema de la cesión y la segunda modalidad responde a la idea de la explotación facultativa que es propia de la cesión no exclusiva; por eso, las dos modalidades están sometidas al mismo régimen con las adaptaciones que exija la última.

El contrato, que debe constar por escrito (art. 45), se ha de referir a la duración, al plazo de iniciación y a las modalidades cedidas. En cuanto a la duración, puede establecerse un plazo cierto o un número determinado de comunicaciones al público; en todo caso, si la cesión es exclusiva, la duración no puede exceder de cinco años (art. 75.1). Por lo que respecta al plazo de iniciación, es el acordado por los contratantes, que no puede superar los dos años desde la fecha de cesión o desde que el autor puso al cesionario en condiciones de realizar la comunicación; a falta de pacto, este plazo es de un año, y en caso de representación escénica, la temporada correspondiente a la conclusión del respectivo contrato (art. 75.2). Por último, si no se determinan las modalidades cedidas, se limitan a la representación y recitación en teatros, salas o recintos que cobren una entrada en dinero (art. 76); si la remuneración de los autores es una proporción de los ingresos, los empresarios de espectáculos públicos serán depositarios de la misma y deberán

---

(109) En este sentido, A. HERNÁNDEZ MORENO-F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, *Com. LPI*, cit., p. 1130; en general, F. GALINDO, «La protección y gestión de los derechos de autores de obras dramáticas. La protección y gestión en España», en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 819 y ss.

ponerla a disposición de los autores o sus representantes semanalmente (art. 79).

Además de la obligación de garantía (art. 77.2.<sup>a</sup>), el autor se obliga a entregar el texto de la obra; si la obra comprende elementos musicales y no está impresa, debe incluir la partitura completamente instrumentada (art. 77.1.<sup>a</sup>). Por su parte, el cesionario debe llevar a cabo la comunicación pública en el plazo acordado, sin variaciones inconsentidas y en condiciones técnicas que no perjudiquen los intereses legítimos o la reputación profesional del autor (art. 78.1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup> en relación con el 14.4.<sup>o</sup>), a no ser que el contrato no contemple esta exigencia (art. 85); debe permitir al autor o sus representantes la inspección y la asistencia gratuita a la representación (art. 78.3.<sup>o</sup>); además de pagar la remuneración convenida, si ésta es proporcional, debe presentar una declaración de ingresos y el programa exacto de los actos previstos, así como facilitar su comprobación (art. 78.4.<sup>o</sup> y 5.<sup>o</sup>); salvo pacto en contrario, el cesionario debe obtener las copias necesarias para la comunicación pública de la obra (art. 80.1.<sup>a</sup>). Por último, ambas partes de común acuerdo deben elegir a los intérpretes principales y al director de la orquesta, coros, grupos de baile o conjuntos artísticos, y redactar la publicidad (art. 80.2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>).

El contrato se extingue por las causas generales y en especial, previo pacto expreso, por el rechazo claro del público de las obras de estreno destinadas únicamente a la representación escénica (art. 82), y por resolución a voluntad del autor, aún sin requerimiento, si el cesionario en exclusiva interrumpe las representaciones públicas durante un año o no realiza la comunicación en el plazo convenido (art. 81.1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup>); previa intimidación, el autor puede pedir la resolución por incumplimiento de las demás obligaciones que incumben al cesionario (art. 81.3.<sup>o</sup>). Los efectos de esta resolución son iguales que en el contrato de edición.

En particular, el contrato para la ejecución pública de una composición musical es del tipo que impone al cesionario la obligación de realizarla y se rige por estas reglas siempre que lo permita la naturaleza de la obra y la modalidad cedida (art. 83). En cambio, la cesión para la radiodifusión pertenece a la modalidad que no obliga al cesionario a la comunicación pública (art. 84.1), cesión que se limita a la emisión por una vez, con medios inalámbricos, desde los centros emisores de la entidad cesionaria y dentro del ámbito territorial correspondiente, pero comprende la emisión por cable o por satélite en los términos del art. 36.1 y 2 (art. 84.2).

c) En materia de obras audiovisuales se prevén los contratos de producción y de transformación, a los que hay que unir el contrato de versión definitiva, pues, aun cuando no versa sobre la cesión de las facultades de explotación, está ligado estrechamente a su ejercicio; como hemos aludido a ellos en varias ocasiones en este estudio, resaltamos aquí sus rasgos más sobresalientes, con excepción del derecho de participación o secuencia que ha hemos examinado (art. 90.2-5).

Por el contrato de producción se presume que los distintos coautores de la obra audiovisual ceden en exclusiva al productor de la misma las facultades de reproducción, distribución y comunicación pública, así como las de doblaje y subtulado de la obra (art. 88.1); naturalmente que se trata de una presunción *iuris tantum*. Como sabemos, sólo quedan fuera del contrato, salvo pacto en contrario, la explotación aislada de la respectiva aportación siempre que no se perjudique la normal explotación de la obra audiovisual (art. 88.2) y la facultad de transformación; no obstante, en las obras cinematográficas se requiere consentimiento expreso de los coautores para copias utilizables en el ámbito doméstico o para la radiodifusión (art. 88.1 párr. 2.º), y también para traspasar la banda cinematográfica a vídeos de alquiler o para explotarla por la televisión (110), si bien se presume dicho consentimiento, salvo pacto en contra, para las modificaciones exigidas por el modo de programación de la radiodifusión (art. 92.2 párr. 2.º). Aparte del derecho de participación, la remuneración de los coautores —y del autor de la obra transformada— se debe determinar para cada modalidad de utilización cedida (art. 90.1). En fin, recordemos que la negativa injustificada de un coautor a terminar su aportación, o por causa de fuerza mayor, no impide al productor aprovechar la parte realizada respetando su autoría; sólo en la primera hipótesis podrá reclamar además indemnización de perjuicios (art. 91), y en la segunda, la obligación se extingue con efectos *ex mune*.

Asimismo, por el contrato de transformación de una obra que no esté en el dominio público se presume que su autor cede en exclusiva al productor las mismas facultades que en el supuesto anterior (art. 89.1); sin embargo, y salvo pacto contrario, el autor puede explotar la obra cedida en forma de edición gráfica y de representación escénica y puede disponer de ella para otra obra audiovisual al cabo de quince años (art. 89.2). Dado que estas reservas limitan la exclusiva cedida al productor, no se deben interpretar de forma extensiva ni, menos aún, inversa (111).

Por último, el contrato de versión definitiva es aquél con arreglo al cual se establece la versión que pone término a la obra audiovisual, contrato que, aun cuando se pacta entre el director-realizador y el productor (art. 92.1), no se opone a la intervención de los coautores en la fijación de la misma (112); buena prueba de ello es que las modificaciones ulteriores de esta versión requieren el consentimiento, no de estos sujetos, sino de «quienes hayan acordado dicha versión definitiva» (art. 92.2 párr. 1.º). Sobre esta versión ejercen los coautores sus facultades personalísimas (art. 93.1) y no se puede destruir el soporte original que la contenga (art. 93.2).

---

(110) Como advierte N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., p. 1243.

(111) Según propone J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 85; crítica de la restricción se muestra N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., p. 1259.

(112) En este sentido, aunque con argumentos poco convincentes, N. PÉREZ DE CASTRO, *Com. LPI*, cit., pp. 1301-1302.

d) Al margen de los contratos sobre bienes informáticos y de la cambiante fenomenología de las llamadas licencias de uso (113), la LPI regula el contrato de cesión del derecho de uso, en cuya virtud el empresario «autoriza a otro a utilizar el programa, conservando el cedente la propiedad del mismo» (art. 99.1 párr. 1.º); salvo prueba en contrario, la cesión se presume no exclusiva, intransferible y para satisfacer las necesidades personales del usuario (art. 99.1 párr. 2.º); y se precisa, no sin cierta incoherencia, que la introducción del programa en la memoria interna no constituye reproducción y debe comunicarse (art. 99.3), que la reproducción para uso personal, salvo la copia de seguridad, debe ser autorizada (art. 99.2) y que la adaptación del programa por el usuario para su exclusiva utilización no es transformación ni genera una obra transformada (art. 99.4).

A la vista de esta disciplina, se ha pensado que estamos ante una nueva facultad de explotación, consistente en el derecho de uso o utilización del *software* (114), el cual se ha equiparado a un derecho real de tal tipo o se ha considerado como un derecho nuevo parecido al préstamo (115); con todo, en lo que concierne a la naturaleza del contrato por el que tal facultad se cede al usuario, se ha entendido con razón, a nuestro juicio, que se trata de un arrendamiento, que no excluye la compra-venta del soporte de los programas de aplicación masiva (*diskettes*), con el consiguiente agotamiento de la propiedad intelectual (116).

### III. LOS OTROS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

#### 1. CARACTERÍSTICAS GENERALES

Sabemos que la LPI, al lado de los derechos de autor, regula otros derechos de propiedad intelectual a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes (art. 101), productores de fonogramas (art. 108), productores de grabaciones audiovisuales (art. 112), entidades de radiodifusión (art. 116), autores de meras fotografías (art. 118) y editores de obras inéditas de dominio público (art. 119). Se trata de una nueva regulación que se ha inspirado, según reconoce el Preámbulo de la LPI (párr. 11), en la Convención de Roma de 1961 y en el Convenio sobre fonogra-

---

(113) Para esto, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., pp. 1401-1402; I. HERNANDO COLLAZOS, *op. cit.*, pp. 1829 y ss., y M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, «La contratación en materia informática», en *La Ley*, XIII, n.º 3005, 19-V-92, pp. 1 y ss.

(114) Así opinan J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., p. 1397, y M. HERDERO, *op. cit.*, p. 157.

(115) Así lo conciben, respectivamente, M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *Com. LPI*, cit., pp. 663, nota 8, y 664, y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., p. 75.

(116) En este sentido, J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Com. LPI*, cit., pp. 1399 y ss.; I. HERNANDO COLLAZOS, *op. cit.*, p. 1832, y M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, *La contratación*, cit., p. 3; sobre el punto, *vid.* C. ROGEL VIDE, *El derecho de distribución de las obras del espíritu*, cit. pp. 837-838.

mas de 1971, y ha tenido en cuenta también la Ley-tipo acordada por el Comité Intergubernamental de la mencionada Convención en la sesión de Ginebra de 1974. Estamos ante una materia en continua transformación, no sólo por los avances tecnológicos de reproducción y difusión, sino por la posible incorporación de nuevos sujetos a esta esfera de protección, como puede ser el editor (117).

Se ha venido a reconocer así que estos auxiliares de la creación intelectual realizan también una obra de creación, y por eso ostentan unos derechos que nuestro legislador, apartándose de las denominaciones habituales, ha calificado como derechos de propiedad intelectual, los cuales se rigen por sus normas propias y en lo que concierne al contenido de las facultades de explotación que confieren y a sus límites, con carácter subsidiario y en lo pertinente, por los arts. 17 a 23 y 31 a 40 LPI (art. 122). Pero aquí la creación consiste en llevar a cabo la publicación o la comunicación pública de obras preexistentes y se materializa o concreta, en consecuencia, en una obra intelectual diferente; de aquí que estos derechos sean compatibles con los derechos del autor de la obra publicada o comunicada (art. 3.º.3.º) y se entiendan sin perjuicio de los que correspondan a los autores (art. 121). Aunque se ha pensado que en un eventual conflicto deben prevalecer los intereses legítimos de estos últimos, la regla de «coexistencia pacífica» excluye, en realidad, toda posibilidad de conflicto (118).

Es de notar que estos derechos presentan la misma naturaleza jurídica que los derechos de autor, pero difieren en que se rigen por un principio de estricta tipicidad; no sólo hay un *numerus clausus* de supuestos protegidos, sino que su contenido es el que determina en cada caso la LPI. En términos generales, este contenido comprende las facultades de explotación previstas de forma singular por el art. 17 LPI, salvo la de transformación, y son de una duración más breve; facultades personalísimas sólo tienen los artistas intérpretes o ejecutantes y son menos y más restringidas que las de los autores. Recordemos, en fin, que el requisito de originalidad, como vimos, está aquí mitigado.

Pese a ser heterogéneos, los supuestos contemplados pueden ordenarse en tres grupos. En primer lugar, tenemos a los artistas intérpretes

---

(117) Sobre los llamados derechos vecinos o conexos, *vid.* A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 1425 y ss., y C. DOUTRLEPONT, «La notion de droit voisin. Analyse en droit comparé», en *Les journées du droit d'auteur*, Bruselas, 1989, pp. 5 y ss.; para la Convención de Roma, P. MASOUYE, «La Convention de Rome en matière de droits voisins», en *Les journées*, cit., pp. 43 y ss., y los trabajos reunidos en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 689 y ss.; en fin, para la posible protección autónoma del editor, el debate recogido en *Le droit d'auteur enjeu économique et culturel*, cit., pp. 245 y ss., y M. DEL CORRAL, «¿Hacia el derecho del editor? La dimensión internacional del tema. Presente y futuro», en *I Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 787 y ss.

(118) Como señalan M. COCA PAYERAS-P. A. MUNAR, *Com. LPI*, cit., p. 1625; la expresión entrecomillada es de A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Com. LPI*, cit., p. 1438; por el contrario, afirma la preferencia del autor A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 84.



o ejecutantes, cuyo régimen les confiere una fisonomía especial; seguidamente, están los productores de fonogramas y los de grabaciones audiovisuales que ostentan, junto a otras, la facultad de distribución, a las que conviene unir las Entidades de radiodifusión por afinidad técnica; por último, está el grupo residual de los fotógrafos no autores y los editores de obras inéditas. A este esquema nos ceñiremos a continuación.

## 2. ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES

Es artista intérprete o ejecutante «la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma una obra» (art. 101), señaladamente las obras contempladas por los arts. 10.1, letra b, c y d, y 20.2, letra a, LPI; se deben incluir aquí los artistas de variedades, de circo y de marionetas, así como a los actores secundarios o de reparto, pero no a los locutores que se limitan a leer noticias ni a los figurantes o comparsas (119). A estos artistas se asimilan los directores de escena y de orquesta (art. 101, parte final), los cuales no se consideran, en consecuencia, como autores. En caso de participación colectiva de varios artistas en una misma actuación, tales como un grupo musical, coro, orquesta, ballet o compañía de teatro, se debe elegir por mayoría de los participantes un representante para el ejercicio conjunto de las facultades de explotación, cuya designación debe constar además por escrito; se excluye de esta representación a los solistas y a los directores de orquesta o de escena (art. 105). No estamos aquí ante una obra colectiva (art. 8.º) sino más bien ante un supuesto semejante a la obra en colaboración (art. 7.º), cuyo régimen se puede aplicar por analogía, pero el respectivo contrato, que debe otorgar el representante, no se puede asimilar al contrato de producción de una obra audiovisual (art. 88), salvo pacto expreso de los contratantes.

Los artistas gozan de las facultades personalísimas de autoría (art. 14.3.º) y de integridad de su obra (art. 14.4.º); por eso, pueden exigir el reconocimiento de su nombre sobre sus interpretaciones o ejecuciones y oponerse a cualquier deformación, mutilación o atentado que lesione su prestigio o reputación (art. 107 párr. 1.º); estas facultades son vitalicias y se transmiten *mortis causa*, igual que en el caso de los autores (art. 15.1), sólo que aquí a favor de los herederos y por un plazo de veinte años (art. 107 párr. 1.º parte final). Naturalmente que estas facultades no se pueden transmitir por actos entre vivos.

Por otra parte, los artistas ostentan también dos facultades de explotación, las de reproducción y comunicación pública de sus interpretaciones y ejecuciones, las cuales se pueden ceder, con carácter exclusivo o no, mediante un contrato de autorización (art. 102.1); el contrato debe constar por escrito (art. 102.2) y el pacto para el doblaje

---

(119) En opinión de A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Com. LPI*, cit., pp. 1442-1443.

en la propia lengua del artista debe ser expreso (art. 107 párr. 2.º). Si la actuación se realiza en cumplimiento de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios, se entiende, salvo estipulación en contrario, que la contraparte adquiere estas dos facultades, con arreglo a la naturaleza y objeto del contrato (art. 104). Se presume, pues, que los mencionados contratos comportan una cesión a favor del empresario o, en su caso, del arrendador.

Además, corresponden a los artistas los derechos de remuneración que conocemos, esto es, la remuneración compensatoria por copias de uso privado de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en cualquier soporte sonoro o visual (art. 25.1) y un derecho de participación o secuencia semejante al de los artistas plásticos (art. 24) y los autores de obras audiovisuales (art. 90). A este respecto, se determina que por el contrato de interpretación o ejecución para realizar un fonograma o una obra audiovisual el artista cede las facultades de reproducción y comunicación pública (art. 102.3), parece que simultáneamente; en particular, la comunicación pública del fonograma con fines comerciales confiere al artista una compensación económica (art. 103.1), cuyo importe, tras la reforma de 1992, es la mitad del rendimiento neto obtenido por el productor (art. 103.2); artistas y productores pueden actuar conjuntamente ante el usuario del fonograma (art. 103.3).

En fin, estas facultades de explotación y de remuneración tienen una duración de cuarenta años a partir del día primero de enero del año siguiente a aquél en que tuvo lugar la interpretación o ejecución o la publicación del fonograma o la obra audiovisual (art. 106). Esta protección corresponde a los artistas españoles cualquiera que sea el lugar de la interpretación o ejecución (art. 146.1); asimismo, se reconoce a los artistas extranjeros en estos casos: residencia habitual en España, actuación en territorio español, interpretación o ejecución grabada en fonograma o en soporte audiovisual o incorporada a una emisión de radiodifusión que se protejan por el Derecho español (art. 146.2); y en todo caso gozan de la protección que les corresponda por Convenios o Tratados internacionales suscritos por España o por la reciprocidad (art. 146.3).

### 3. FONOGRAMAS, GRABACIONES AUDIOVISUALES Y RADIODIFUSIÓN

«Se entiende por fonograma toda fijación exclusivamente sonora de la ejecución de una obra o de otros sonidos» (art. 108.1); fijación que ha de estar incorporada en cualquier soporte material suficientemente permanente o estable, como dice la Ley-tipo de 1974 (art. 1.º.ii). Se ha discutido si el fonograma es una obra intelectual o una cosa o producto de naturaleza ordinaria resultante del proceso mecánico de grabación; discusión que ha perdido su razón de ser en nuestro Derecho desde el momento en que, aun cuando no aparezca en el elenco del

art. 10 LPI, es objeto de estos «otros» derechos de propiedad intelectual (120), lo que presupone admitir, en nuestra opinión, que el fonograma incorpora en cierto modo una labor de creación (art. 1.º).

El titular del fonograma es su productor, es decir, la persona natural o jurídica, o la respectiva empresa, bajo cuya iniciativa y responsabilidad se realiza la fijación por primera vez (art. 108.2). Le corresponden las facultades de reproducción directa o indirecta de los fonogramas, distribución de las copias y comunicación pública de aquéllos y de éstas (art. 109.1); en especial, la distribución comprende la importación y exportación de las copias (109.2). Estas facultades se ceden a tercero por el contrato de autorización, y en tal caso están legitimados para perseguir las infracciones tanto el cedente como el cesionario (art. 110), igual que en la cesión en exclusiva (art. 48 párr. 1.º). En fin, estas facultades duran cuarenta años desde el primer día del año siguiente a la grabación o, en su caso, publicación del fonograma (art. 111).

No disímil es el régimen de las grabaciones audiovisuales, que son también las fijaciones o grabaciones de un plano o secuencia de imágenes, con o sin sonidos, aunque el resultado no pueda calificarse como obra audiovisual (art. 112), cuya definición legal conocemos (art. 86.1). La fijación difiere de la obra de esta clase en que alude solamente al soporte material que la contiene; por eso, no abarca los llamados telefilmes, pero sí los videogramas (121), y comprende también las fotografías incorporadas a la grabación (art. 114).

Asimismo, el titular de la grabación audiovisual es quien la produce, esto es, la persona natural o jurídica que tiene la iniciativa y asume la responsabilidad de la fijación (art. 112). Ostenta las facultades de reproducción, distribución y comunicación pública, que puede ceder por un contrato de autorización (art. 113), y además todas las facultades de explotación de las singulares fotografías incluidas en la grabación (art. 114), cuyo ejercicio, por ser independiente de las que correspondan al fotógrafo, autor (art. 17) o no (art. 118 párr. 2.º), requiere el consentimiento previo de éste (122). Estas facultades duran igualmente cuarenta años desde el comienzo del año siguiente a la grabación o, en su caso, a la divulgación de la misma (art. 115).

Finalmente, hay que recordar que tanto los productores de fonogramas como los de las grabaciones audiovisuales gozan de la remuneración compensatoria por copia de uso personal por medio de aparatos no tipográficos (art. 25.1). En otro orden de cosas, estos dos supuestos guardan un estrecho paralelismo con la obra colectiva (art. 8.º), que acaso deba trasladarse en una próxima reforma del Libro I al Libro II

---

(120) Bien lo advierten M. COCA PAYERAS-P. A. MUNAR, *Com. LPI*, cit., p. 1492.

(121) En opinión de M. COCA PAYERAS-P. A. MUNAR, *Com. LPI*, cit., pp. 1535 y ss.

(122) Otras soluciones proponen M. COCA PAYERAS-P. A. MUNAR, *Com. LPI*, cit., pp. 1553-1554.

de la LPI, en consonancia con quienes propician la protección autónoma del editor por la vía de estos otros derechos de propiedad intelectual (123).

Por último, las Entidades de radiodifusión ostentan la facultad de comunicación pública de sus programas por medio de la emisión o transmisión (art. 116.1), que incluye, en concordancia con lo dispuesto en los arts. 20.2, letras c y d, y 36.2 LPI, la producción de señales con destino a satélites de radiodifusión o telecomunicación (art. 116.2, 1.<sup>a</sup> parte). Esta facultad se puede ceder a través de un contrato de autorización con cualquiera de estas tres finalidades típicas: a) La retransmisión por cualquier procedimiento técnico por emisora distinta de la cedente (art. 20.2,e), incluso a través de los mencionados satélites (art. 116.2, parte final); b) la grabación y la reproducción de la misma en cualquier soporte audiovisual, incluso imágenes aisladas de la emisión o transmisión, y c) la comunicación pública de las emisiones en lugares que exijan al pago de entrada (art. 116.1, a-c). La duración de esta facultad es, asimismo, de cuarenta años contados desde el año siguiente al de la emisión (art. 117). Todas las Entidades domiciliadas en España gozan de la misma protección (art. 148.1), sin perjuicio de la prevista en los Convenios y Tratados internacionales en los que España sea parte (art. 148.2).

#### 4. MERAS FOTOGRAFÍAS Y OBRAS INÉDITAS

Las llamadas meras fotografías son una fotografía a secas u otra reproducción obtenida por un procedimiento análogo (art. 118 párr. 1.<sup>o</sup>) y se contraponen a las creaciones originales de tipo artístico que se califican como obras fotográficas (art. 10.1,h); distinción de gran trascendencia, pues, mientras las últimas están protegidas por un derecho de autor, las primeras se amparan, en cambio, por este otro derecho de propiedad intelectual. En principio, la diferencia estriba en que la mera fotografía no es artística ni original, caracteres que, como sabemos, son tan claros en teoría como oscuros en la práctica; por eso, es preferible huir de conceptos apriorísticos y considerar que esta diferencia, como se ha sugerido acertadamente, ha de apreciarla el juzgador en cada caso (124).

El titular de la mera fotografía es el fotógrafo que la ha realizado materialmente, quien goza de las facultades de reproducción, distribución y comunicación pública, que puede ceder por un contrato de autorización (art. 118 párr. 1.<sup>o</sup>). Su duración se extiende hasta los veinticinco años y el *dies a quo* es la fecha de realización de la fotografía (art. 118 párr. 2.<sup>o</sup>).

---

(123) Así, como sabemos, M. MANGADA, *op. cit.*, p. 783.

(124) En este sentido, M. COCA-PAYERAS-P. A. MUNAR, *Com. LPI*, cit., p. 1601; en parecidos términos, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 91.

El último supuesto que contempla la LPI es la figura del editor de obras inéditas o no divulgadas que estén en el dominio público por haber caducado las facultades de explotación (art. 41 párr. 1.º), que se le confieren por la publicación de las mismas (art. 119.1); asimismo, tales facultades se reconocen ahora a favor del editor que publique obras no protegidas, pero susceptibles de ser individualizadas por su composición tipográfica, presentación y demás características editoriales, a quien se le conceden, sin embargo, solamente las facultades de reproducción, distribución y comunicación pública (art. 119.2). En ambos casos, la duración de estas facultades es de diez años contados desde el primer día del año siguiente a la publicación (art. 120).

Por último, los productores de fonogramas y los de grabaciones audiovisuales, así como los fotógrafos y los editores, se sujetan al mismo régimen internacional privado. Así, la LPI se aplica a los ciudadanos españoles y a las empresas domiciliadas en España (art. 147.1,a) y a los extranjeros que publiquen en España por primera vez o en los treinta días siguientes a la publicación en otro país, salvo que el Gobierno establezca restricciones por tratarse de nacionales de Estados que protejan insuficientemente a los españoles (art. 147.1,b); en todo caso, prevalece lo acordado en los Convenios y Tratados internacionales suscritos por España o, en su defecto, la reciprocidad (art. 147.2).

#### IV. TUTELA CIVIL Y GESTIÓN COLECTIVA

##### 1. ACCIONES DE CESACIÓN Y RESARCIMIENTO Y MEDIDAS CAUTELARES

A diferencia de la antigua confiscación o comiso, la LPI ha articulado un sistema más amplio de tutela civil que comprende la acción de cesación (art. 124), la acción de resarcimiento (art. 125) y abundantes medidas cautelares (art. 126). Esta tutela civil es sin perjuicio de otras acciones (art. 123 párr. 1.º), en especial de aquellas que protegen el honor, la intimidad o la imagen (art. 9.º LO 1/1982), la propiedad ordinaria (art. 348 párr. 2.º Cc) o la responsabilidad civil (art. 1902 Cc). Lo que quiere decir que estas vías de protección son independientes y compatibles entre sí y, en particular, que la protección de los bienes o derechos de la personalidad, la del soporte material de la obra o la del prestigio profesional o la reputación quedan fuera de la LPI y se rigen por sus propias normas.

Conviene advertir que el sujeto protegido es el titular actual de los derechos de autor y de los otros derechos de propiedad intelectual, es decir, no sólo el titular originario sino también sus sucesores y cesionarios; se amparan tanto las facultades personalísimas del autor y del artista como las facultades de explotación, comprendidos los derechos de

remuneración (125). Por otra parte, la infracción consiste en la defraudación, esto es, la usurpación o el ejercicio in consentido de dichas facultades por un tercero (126). En fin, la lesión puede recaer lo mismo sobre las facultades personalísimas que sobre las de explotación, y en cualquiera de los dos casos, o en ambos, puede provocar daños morales y daños patrimoniales indistintamente; por eso, no es de compartir el criterio según el cual «daño moral» en el sentido de la Ley es daño a un derecho moral de autor reconocido en la LPI, no cualquier daño moral» (127). Aparte de que la LPI no distingue (128), y con independencia de la patrimonialidad o no de las facultades personalísimas, nada impide que, por ejemplo, la divulgación no autorizada, la usurpación de la autoría o la alteración de la integridad de la obra causen daños patrimoniales y también daños morales y distintos de los que afectan al honor o a la reputación profesional, tales como sufrimiento, pena, impacto psicológico, etc.; a su vez, la usurpación de las facultades de explotación puede producir los dos tipos de daño, según la prueba y las circunstancias del caso.

La acción de cesación habilita para obtener la inhibición actual y futura de la actividad ilícita y la remoción de sus medios y resultados; así, se puede pedir la suspensión de la explotación infractora (art. 124.1,a), la prohibición de reanudarla (art. 124.1,b) y la retirada del comercio o destrucción de los ejemplares ilícitos, la inutilización o destrucción de los elementos destinados a su reproducción y la remoción o precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada (art. 124.1, c-e). La destrucción o inutilización en estos casos no es total sino en la medida necesaria para impedir la usurpación (art. 124.2) y el titular puede adquirir los ejemplares y materiales ilícitos a precio de coste y a cuenta de la indemnización de daños y perjuicios (art. 124.3). Pero esta acción no alcanza a los ejemplares ilícitos adquiridos de buena fe para uso personal (art. 124.4); buena fe es aquí el desconocimiento del carácter ilícito conforme a la diligencia media y el uso personal se contrapone a la re inserción de los ejemplares en el mercado concurrencial de los derechos de propiedad intelectual (129).

Aunque la acción de resarcimiento se dirige a la reparación íntegra tanto del daño moral como del patrimonial, se trata, en realidad, de supuestos autónomos que se someten a reglas diferentes. En cuanto al primero, se precisa que no es consecuencia ni requiere la prueba previa

---

(125) Excluye estos derechos, en cambio, A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 93.

(126) Para esto, A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., pp. 1639 y ss.

(127) Se mantiene A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., p. 1660; en el mismo sentido, L. DÍEZ-PICAZO, *Com. LPI*, cit., p. 1698; en cambio, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 246 y ss., sostiene que no hay correlación entre el tipo de facultad afectado y el tipo de daño producido.

(128) Como observa A. DELGADO PORRAS, *Panorámica de la protección*, cit., p. 93, a propósito de la actividad ilícita del infractor.

(129) Como señala A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., pp. 1690 y 1691.

del perjuicio económico y se fijan estas tres bases normativas para el cálculo de la indemnización: las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra usurpada (art. 125 párr. 2.º). Por lo que se refiere al daño patrimonial, se establece una opción a favor del actor según la cual puede reclamar o el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente de no mediar la usurpación o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación (art. 125 párr. 1.º). La acción, en fin, prescribe a los cinco años desde el momento en que pudo ejercitarse (art. 125 párr. 3.º).

Se ha pensado que estamos aquí ante el sistema de regalía que pretende la tasación abstracta del daño patrimonial por el enriquecimiento indebido del infractor (130), pero los beneficios de este último, como se ha observado, no sólo quedan fuera de la opción conferida al perjudicado sino que, «además, es imposible establecer una ecuación entre el lucro cesante del titular del derecho y el beneficio del usurpador» (131). Por otra parte, la mencionada opción plantea dificultades procesales y parece refundir el daño emergente y el lucro cesante (132), con lo que se excluiría la acumulación de los mismos que establece el Derecho común (art. 1106 Cc). Por fin, aunque los beneficios del infractor se han omitido, se considera equitativo, con razón, aproximarlos al lucro cesante sufrido por la víctima de la usurpación (133).

Por otra parte, se ha entendido que el art. 123 LPI no excluye otras acciones restauradoras del estado anterior a la usurpación, como la de enriquecimiento indebido o las tendentes a la restitución de los lucros y frutos obtenidos por el infractor (134).

Por último, las medidas cautelares pueden solicitarse cuando ya ha ocurrido la usurpación o cuando exista un temor racional y fundado de que se va a producir de modo inminente, lo que debe apreciar el juez; consiste en la intervención o depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita, la consignación de las remuneraciones debidas, la suspensión de la reproducción, distribución o comunicación pública in consentidas y el secuestro de los ejemplares y del material empleado en la reproducción o en la comunicación pública (art. 126.1-3). Tras la reforma de 1992, el procedimiento se rige por estas reglas: es competente el Juez de Primera Instancia del lugar donde ocurra la infracción o existan indicios o se descubran los ejemplares, a elección del actor, pero una vez presentada la demanda principal sólo será competente el

---

(130) Así, A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., pp. 1665 y ss.

(131) En este sentido, L. DÍEZ-PICAZO, *Com. LPI*, cit., p. 1696.

(132) Bien lo advierte L. DÍEZ-PICAZO, *Com. LPI*, cit., p. 1697.

(133) En opinión de L. DÍEZ-PICAZO, *Com. LPI*, cit., pp. 1696 y 1698; la compare V. GUILARTE GUTIÉRREZ, «La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracontractual», en *RDP*, 1991, pp. 1021 y ss., en concreto 1030.

(134) Así, L. DÍEZ-PICAZO, *Com. LPI*, cit., p. 1696, y A. CARRASCO PERERA, *Com. LPI*, cit., pp. 1670 y ss.

Juez que la conozca o, solicitada la medida junto con la demanda y durante la sustanciación de la misma, sólo será competente el Juez que esté conociendo el pleito; debe solicitarse por escrito y no requiere asistencia legal ni representación; dentro de diez días el Juez debe oír a las partes y resolver al día siguiente; ambas partes pueden pedir el reconocimiento judicial que, una vez admitido, se lleva a efecto de inmediato; antes de resolver, el Juez puede exigir al solicitante fianza bastante por los perjuicios y las costas; puede reiterarse la petición si aparecen nuevos hechos o nuevas pruebas; en caso que las medidas se soliciten antes de entablarse la demanda, ésta se debe interponer dentro de ocho días desde la concesión de aquéllas (art. 127.1.<sup>a</sup>-6.<sup>a</sup>). Tanto las medidas cautelares como el procedimiento pueden aplicarse, con las debidas adaptaciones, en causas criminales (art. 128).

## 2. PUBLICIDAD FORMAL Y PUBLICIDAD MATERIAL

Suprimida la anterior publicidad obligatoria, se mantiene la inscripción voluntaria de todos los derechos de propiedad intelectual en el Registro General de la Propiedad Intelectual (art. 130.1). Este Registro es de carácter único en todo el territorio nacional, el cual, tras la reforma de 1992, cuenta con un Registro Central que se regula reglamentariamente, así como la inscripción, la coordinación y la información entre las Administraciones Públicas competentes (art. 129.1). Las Comunidades Autónomas competentes, determinarán su estructura y funcionamiento en los respectivos territorios y asumirán su llevanza con arreglo al citado Reglamento (art. 129.2).

En todo caso, la inscripción tiene el mismo efecto que el previsto por el art. 38 párr. 1.<sup>o</sup>, 1.<sup>a</sup> parte, LH y consiste, salvo prueba en contrario, en la presunción de que los derechos inscritos existen y pertenecen al titular en la forma determinada en el respectivo asiento (art. 130.3); de esta presunción de exactitud se deduce la legitimación del titular inscrito y se ha entendido que, dada la confianza del adquirente en que sólo puede disponer tal titular, cabe también la aplicación analógica del art. 34 LH, si se dan los requisitos para ello (135). Además de los principios de legalidad, calificación y recurso directo ante la jurisdicción civil (art. 130.2), según el Reglamento en vigor hasta el 1 de mayo de 1994, la inscripción se rige por estas reglas: legitimados para solicitarla están los titulares originarios, los sucesores, los productores de obras audiovisuales y los editores de publicaciones periódicas (art. 5.<sup>o</sup>); los actos o contratos deben constar en documento público, ejecutoria o documento auténtico expedido por un juez (art. 6.<sup>o</sup>); la fecha de la inscripción es el día y la hora del asiento de presentación (art. 7.<sup>o</sup>); el tracto sucesivo exige la inscripción previa del transmitente, el cual se puede reanudar por acreditación fehaciente de que el transmitente adquirió en virtud de documento público (art. 8.<sup>o</sup>); cabe la corrección de

---

(135) En este sentido, M. AMORÓS GUARDIOLA, *Com. LPI, cit.*, p. 1734



oficio o a instancia de parte de los errores materiales (art. 10); la publicidad formal se obtiene por consulta directa, salvo el contenido de los programas de ordenador, las certificaciones y las notas informativas (art. 11); los asientos pueden practicarse en libros u otros soportes materiales apropiados (art. 12) (135 bis).

Por otra parte, cabe además la publicidad material por medio de los símbolos de reserva, los cuales pueden colocarse en los distintos ejemplares de la obra de manera que muestren claramente que las facultades de explotación están reservadas (art. 131 párr. 3.º). Se trata de la (C) que el titular o cesionario en exclusiva puede anteponer a su nombre, indicando el lugar y año de divulgación (art. 131 párr. 1.º) o de la (P) que puede anteponer en los fonogramas y en sus envolturas el productor o el cesionario, señalando además el año (art. 131 párr. 2.º). Como se ha señalado, la eficacia de estos símbolos es probatoria y posesoria; aunque no acreditan plenamente la titularidad anunciada, impiden a los terceros alegar desconocimiento de la que públicamente notifican (136).

### 3. LAS ENTIDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

Suprimido el antiguo monopolio legal, se ha establecido un sistema de libre concurrencia, aunque sujeto a control público, de Entidades constituidas legalmente que se dediquen, en nombre propio o ajeno, a la gestión de las facultades de explotación y derechos de remuneración pertenecientes a una pluralidad de titulares, previa autorización del Ministerio de Cultura publicada en el BOE (art. 132 párr. 1.º), las cuales no deben tener ánimo de lucro y pueden ejercer las facultades confiadas a su gestión (art. 132 párr. 2.º); descartadas las fundaciones y las sociedades, se ha entendido que pueden ser asociaciones y también cooperativas (137). Con todo, la autorización es sumamente restrictiva, pues, aparte del cumplimiento de la docena de requisitos previstos por el art. 136 LPI, se debe acreditar que la Entidad solicitante reúne condiciones para asegurar una administración eficaz en todo el territorio y que la autorización favorece los intereses generales de protección de la propiedad intelectual en España (art. 133.1, a-c), para lo que se tiene en cuenta el número de titulares, el volumen de usuarios, la idoneidad de los estatutos y los medios, las relaciones internacionales y el informe de las Entidades ya autorizadas (art. 133.2); el designio es, pues, que

---

(135 bis) Tras dicha fecha, entra en vigor el nuevo Reglamento aprobado por el Real Decreto 733/1993, que traspasa las funciones registrales a los futuros Registros territoriales de las Comunidades Autónomas, a la vez que acentúa el carácter primordialmente administrativo de los mismos.

(136) En este sentido, J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *Com. LPI*, cit., pp. 1763-1764.

(137) Como observa F. CAPILLA RONCERO, *Com. LPI*, cit., pp. 1784 y ss.; sobre el punto, en particular, F. BENÍTEZ DE LUGO, «Entidades de gestión de la propiedad intelectual», en *RDP*, 1988, pp. 779 y ss., y A. DELGADO PORRAS, «La regulación española de la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos conexos», en *Congreso Iberoamericano*, II, cit., pp. 643 y ss.

«existan pocas, pero sólidas» (138). Además del control (art. 141) y vigilancia (art. 144), la autorización es revocable por existir o sobrevenir un hecho que justifique la denegación y por incumplimiento grave de sus obligaciones (art. 134); en particular, las Entidades deben repartir los derechos recaudados equitativamente (art. 139.1) o, en todo caso, en proporción a la utilización de las obras (art. 139.2). Tras la reforma de 1992, deben promover servicios asistenciales para los socios y dedicar parte de la remuneración compensatoria por copia privada a la formación de autores y artistas, no sólo nóveles sino de cualquier condición (art. 140.1), por partes iguales (art. 140.2). La mencionada parte de la remuneración compensatoria se ha fijado en el 20 por 100 de la misma (art. 39.2 Real Decreto 1434/1992).

Por otra parte, las relaciones de los titulares con las Entidades son también particulares; no sólo están obligadas a aceptar la administración de las facultades encomendadas (art. 137) sino que deben asegurar una gestión libre de influencias y evitar la injusta utilización preferente de las obras (art. 138.2). El contrato no puede durar más de cinco años, renovables indefinidamente, y no puede comprender todas las modalidades de explotación, ni la totalidad de la obra o la producción futura (art. 138.1). Aunque pueden advertirse aquí elementos de mandato o mediación, es claro que se trata básicamente de una cesión de las facultades de explotación, dado el nítido paralelismo con el art. 43 LPI (139).

Finalmente, no menos peculiares son las relaciones de las Entidades con los usuarios; no están obligadas a contratar cesiones no exclusivas en condiciones razonables y bajo remuneración, salvo motivo justificado (art. 142.1,a), que pueden entenderse concedidas por hacer efectiva la remuneración bajo reserva o por consignación judicial (art. 142.2), deben establecer tarifas generales que fijen la remuneración por la utilización de su repertorio (art. 142.1,b) y celebrar contratos generales —normativos— con las asociaciones de usuarios (art. 142.1,c); se excluyen las obras literarias, escénicas y las que requieran autorización individualizada del titular (art. 142.3). Se ha creado en el Ministerio de Cultura una Comisión Arbitral de la Propiedad Intelectual para resolver, previo compromiso escrito, los conflictos entre Entidades y asociaciones sobre las cesiones no exclusivas (art. 143 párr. 2.º, a) o para fijar tarifas generales sustitutorias a solicitud de una asociación de usuarios o una Entidad de radiodifusión (art. 143 párr. 2.º, b); el laudo es vinculante y ejecutivo y el arbitraje excluye a la jurisdicción ordinaria (art. 143 párr. 4.º y 5.º); en fin, la Comisión es paritaria y el procedimiento se ha regulado con carácter subsidiario, aunque obligatorio, por el Real Decreto 479/1989 (art. 2.º), el cual se suple por la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje (art. 3.º).

---

(138) Así, F. CAPILLA RONCERO, *Com. LPI*, cit., p. 1796, literalmente; de hecho, como informa E. DE LA PUENTE, «Tendencias de la legislación española sobre Propiedad Intelectual. Sus perspectivas», en *I Congreso Iberoamericano*, cit., pp. 289 y ss., en especial 303, existen seis.

(139) En el mismo sentido, F. CAPILLA RONCERO, *Com. LPI*, cit., pp. 1781 y 1819, y J. M. RODRÍGUEZ TAPIA, *La cesión en exclusiva*, cit., pp. 171-172.



# Objeto del Derecho Internacional Privado y Especialización Normativa

SANTIAGO ALVAREZ GONZÁLEZ  
Universidad de Santiago de Compostela

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y FUNCIONES DEL OBJETO DEL DIPr: 1. Introducción y justificación. 2. Objeto del DIPr: la situación privada internacional A) *Importancia de la pregunta por el objeto del DIPr* B) *La norma de DIPr como determinante del objeto* C) *La norma de DIPr como determinada por el objeto* 3. Relatividad del elemento extranjero A) *En su función delimitadora* B) *En su función normativa: grado de heterogeneidad de la situación privada internacional* C) *Manifestaciones concretas de la función normativa del objeto.* II. OBJETO Y RESPUESTAS A LAS EXIGENCIAS DE SU CARÁCTER: 1. Consideración previa. 2. Exigencias derivadas de la *función normativa* del objeto del DIPr y especialización A) *De nuevo sobre el grado de heterogeneidad de la situación privada internacional: primera exigencia de especialización* B) *Las cláusulas de excepción como mecanismos que responden a los imperativos normativos del objeto.* C) *La jerarquización de las normas de conflicto.* D) *Otras «excepciones» respetuosas con el grado de heterogeneidad.* 3. El llamado «segundo escalón» del DIPr A) *Introducción y ubicación sistemática.* B) *Alcance y significación.* III. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y FUNCIONES DEL OBJETO DEL DIPr

### 1. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

Uno de los discursos más queridos en la segunda mitad de la pasada década fue (y continúa siendo) el de un DIPr materializado, impregnado de una juridicidad valorativa o comprometida por el predominio de determinados intereses, alejado de cualquier vestigio de una neutralidad que, dicho sea de paso, nunca existió ni, probablemente, existirá. En esa línea de pensamiento, adelantada unos años fuera de nuestras fronteras, se han alineado desarrollos generales o globalizadores como el de los Profesores José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lo-

renzo (1), junto a otros igualmente globales dentro de un sector específico del sistema español de DIPr (2). Las reflexiones que siguen, gestadas también en esa recta final de los años ochenta (3), se inscriben dentro de la misma tendencia, pero tratando de mostrarla desde un punto de vista tremendamente «clásico», desde la perspectiva de la seña de identidad del sistema, de la situación privada internacional y de las exigencias que derivan de esa «internacionalidad». La idea no es nueva y, de hecho, fue adelantada en términos muy parecidos a los que aquí se desarrollan por Julio D. González Campos (4). Asimismo, otro de los pilares del presente discurso, la idea de diversificación funcional o de especialización, ha sido objeto de estudio en relación con el ámbito de la contratación internacional, si bien bajo una perspectiva distinta a la aquí adoptada (5).

Con ello no pretendemos sino poner de manifiesto, bien claves interpretativas de comportamientos observables en los operadores jurídicos (v.gr. el mecanismo de la denominada *Zweistufentheorie* o teoría de los dos escalones del DIPr), bien la justificación evidente de algunas técnicas familiares al DIPr en cuyo derredor se han amontonado opiniones diversas, avales o recelos (por ejemplo, la cláusula de excepción a la ley declarada aplicable por la norma de conflicto). En modo alguno deben verse nuestras consideraciones como algo distinto a la descripción de una realidad por todos conocida, pero que puede *teñirse* de una tonalidad que resalte sus virtudes o sus carencias. Sin duda, dicha descripción no está exenta de compromiso. Si se quiere, es una descripción *materialmente orientada*, paradójicamente, por la revitalización de la vieja idea de *localización* y por la defensa de una cierta diversificación normativa. Ahí está la parcialidad de los desarrollos y en esa parcialidad radica, precisamente, una de las consecuencias/presu-

---

(1) Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, 1991.

(2) Bajo la perspectiva del Derecho aplicable, sobresa el de PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, «Una perspectiva funcional del método de atribución», *REDI*, 1988, pp. 79-126; en el del sistema de competencia judicial internacional, M. AMORES CONRADI, «La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ», *REDI*, 1989-1, pp. 113-157.

(3) La estructura básica de las mismas se encuentra en nuestro Proyecto docente e investigador presentado al concurso para la provisión de la plaza que ahora ocupo (Santiago, diciembre de 1990), del que sólo hemos rescatado los desarrollos que sistemáticamente pueden agruparse en torno a la idea de peculiaridad del objeto del DIPr y especialización.

(4) Con independencia de que no se realicen referencias específicas, los desarrollos que siguen son en buena medida tributarios de la ponencia «Métodos de regulación del tráfico externo, normas y grupos normativos: una propuesta», presentada en el Seminario Interuniversitario de DIPr, el 9 de mayo de 1986 a cargo del Prof. J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, así como de posteriores intervenciones públicas del citado Profesor.

(5) Vid. M. VIRGOS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución en la contratación internacional*, Madrid, 1989, pp. 11-32, espec. pp. 24-25.

puestos de los mismos: defensa de la localización (y, como principal consecuencia de la misma, especialización) no *frente a* sino *junto a* o, mejor, *dentro de* un valor totalizador como el de la *justicia* sin complementos (material, conflictual, formal...). Por supuesto, esta orientación de aprovechar al máximo la idea de localización, por una parte, y de diversificación normativa y funcional, por otra, no supone que consideremos suficiente el método conflictual clásico, ni su acompañamiento con técnicas normativas también clásicas; ni siquiera en su más acabada (*diversificada, especializada*) formulación. Estamos convencidos de que la idea de especialización, de diversificación, se corresponde con la de *integración normativa*, con la de *creación jurídica*, solución *ad hoc*, y por ello, incluye (e incluimos) como elemento fundamental el *proceso aplicativo* del sistema.

Sin duda, una empresa como la que adelantamos pudiera encararse directamente haciendo frente a las tantas veces predicadas manifestaciones de una supuesta crisis del DIPr. Más modesta y, también, más precavidamente hemos comenzado «por el principio». Por un principio (visión del objeto del DIPr) descrito desde una perspectiva condicionada y condicionante de las ideas posteriores. El poner de manifiesto la que hemos denominado *función normativa* del objeto constituye el cimiento sobre el que nuestra construcción se levanta para reafirmar la importancia de la especificidad de la situación privada internacional como determinante de las normas vigentes, de la modificación y/o ampliación de las mismas y de la justificación de peculiares actitudes en el proceso de su aplicación.

## 2. OBJETO DEL DIPr: LA SITUACIÓN PRIVADA INTERNACIONAL

### A) *Importancia de la pregunta por el objeto del DIPr*

Justificar la pregunta por el objeto del DIPr no es algo que, contrariamente a lo que pueda suponerse, está de más en el momento actual. El estudio del objeto ha ido progresivamente perdiendo importancia conforme la ciencia del DIPr avanzaba y las funciones que la determinación del objeto cumplía no se contemplan ya como necesidades científicas. Las últimas obras generales sobre nuestra disciplina ponen de manifiesto el desplazamiento que el estudio del objeto ha sufrido, como consecuencia de un preacuerdo tácito sobre el ser del DIPr.

Sin embargo, resulta aleccionador traer a colación viejas posturas sobre el tema y comprobar si la necesidad antaño sentida es realmente hoy un ejercicio estéril. E. Bartin dijo que «sólo puede definirse un orden cualquiera de conocimientos mostrando que tienen por objeto cuestiones que presentan caracteres originales idénticos para todas, con el fin de formar entre ellas un grupo natural y cerrado de dificulta-

des especiales» (6). Se trataba entonces de utilizar el objeto como instrumento identificador o definidor de una disciplina, el DIPr. Esta idea instrumental del objeto, presente ya en J. Jitta (7), adquirió un alcance parcialmente similar en nuestra doctrina, para la cual el objeto vendría a cumplir de este modo (y dado que el DIPr en su vertiente normativa se nos ofrece hoy como un *apriori* ontológico) una labor más de *definición*, de *depuración científica* que de identificación (8). No lo necesitamos para calificar aquel sector que de forma evidente se nos presenta como DIPr, sino, más bien, para concretar cuál es el contenido preciso de un sistema que va a estar presidido por la búsqueda de respuestas satisfactorias a situaciones que no se vinculan a un único orden jurídico estatal o que, al menos, si esa vinculación única concurre, se contemplan desde la perspectiva de un orden jurídico distinto.

Al lado de este innegable atractivo de un discurso sobre el objeto del DIPr, el interés por el objeto encuentra, a nuestro parecer, una justificación accesoria y no menos importante. Ciertamente que ya no se trata de saber cuál es el objeto del DIPr, sino de, en un momento posterior a su concreción general —que aún no hemos adelantado—, averiguar *cómo se configura* y *qué influencia tiene*, si es que la tiene, sobre la reglamentación que le es propia. Este interés añadido, como fácilmente ya se habrá intuido, parte de una doble concepción del objeto, en cuanto fenómeno *independiente* de la norma y en cuanto fenómeno *previo* a la norma de DIPr (aspecto éste de difícil concreción) que va a determinar, en cierto grado, la propia estructura de la norma y, en todo caso, la solución por ella otorgada. Doble concepción hasta ahora no asumida de modo general y sobre la que versarán las consideraciones que siguen.

### B) *La norma de DIPr como determinante del objeto*

La evidencia normativa de la existencia de un buen número de preceptos positivos que, en numerosas ocasiones, se autocalifican como *Derecho internacional privado* (*ad ex* Cap. IV Tit. Prel. del C.c., que reza «normas de derecho internacional privado»); la *Ley suiza sobre el*

---

(6) E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, t. 1, París, 1930, Prólogo, p. 1. Importancia similar le atribuye M. JERDIC, «L'élément étranger et l'étendue du droit international privé», *De conflictu legum. Mélanges offerts à R.D. Kollwijn/J. Offerhaus*, Leiden, 1962, pp. 268-278.

(7) J. JITTA, *La méthode du droit international privé*, La Haya, 1890, p. 34.

(8) M. ANGULO RODRÍGUEZ parece atribuir al objeto la doble función delimitativa del DIPr (en cuanto disciplina) y del contenido normativo del mismo (*vid.*, «Objeto, contenido y pluralidad normativa en Derecho internacional privado», *REDI*, 1970, p. 749); a la primera se refiere también J. A. CARRILLO SALCEDO (*Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, 1983, pp. 37 y ss., entre otras) y a la segunda J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Lecciones de Derecho internacional privado*, Oviedo, 1989, pp. 23-24.

DIPr o la Ley de la RFA sobre la *nueva reglamentación del DIPr*) resulta hoy un lastre para la asunción de un objeto del DIPr con las características apuntadas. Dejando de lado las opiniones ligadas a la llamada concepción «publicista» o «externa», según la cual el objeto del DIPr estaría constituido por las relaciones entre leyes de distintos Estados o en el conflicto (¿?) entre las mismas para regular un determinado supuesto (9), lo cierto es que incluso en quienes hacen hincapié en la realidad social (o en una determinada realidad social) como objeto del DIPr, puede apreciarse una presencia apriorística del material normativo. Y no nos referimos a quienes puedan ver el objeto como una *actividad* (objeto-función): «...el objeto del derecho internacional privado es... la reglamentación aplicable al fondo de un litigio o, mejor, de una cuestión de carácter internacional» (10). En realidad, aunque puede apreciarse una asociación de objeto y actividad normalmente inherente a todo conjunto normativo, creemos que en estos supuestos nos encontramos ante una incorrecta utilización del término «objeto»; a pesar de la apariencia, parece que deba ponerse el acento en la «cuestión de carácter internacional», categoría que es la que en la definición transcrita aparece como elemento diferenciador entre la actividad del DIPr y la del resto del ordenamiento jurídico (reglamentar el fondo de cualquier pretensión). Otro tanto puede decirse de quienes identifican el objeto del DIPr con un determinado material normativo, con preceptos legales (objeto del DIPr serían, por ejemplo, los arts. 8 a 12 del C.c. o los preceptos de la multitud de convenios sobre DIPr). El carácter plurívoco del término «objeto» favorece tal diversidad conceptual, que, por otra parte, es plenamente legítima. Aún así, el carácter previo de la norma es puesto expresamente de manifiesto cuando se asevera que la delimitación entre situaciones internas y situaciones internacionales deriva de una apreciación necesariamente hecha desde el punto de vista de *un Derecho internacional privado* (creemos que hay que entender un concreto *sistema* de DIPr) (11).

Si reproducimos una de las últimas opiniones expresadas al respecto en nuestro país esta realidad se corrobora. Los Profesores J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo señalaban en 1989 que «el objeto de las normas de DIPr viene constituido por un conjunto de *relaciones de la vida jurídica que son objeto de regulación por dichas normas*, esto es, relaciones de la vida jurídica que integran los fenómenos propios

(9) Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1991, p. 39.

(10) P. LALIVE, «Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)», *R. des C.*, t. 155, 1977-II, p. 34; M. KELLER, A. SCHLAEPFLER, *Convergences et divergences entre le droit international privé et le droit matériel privé*, Zurich, 1982, pp. 1 y ss.; J. VERHOEREN, «Droit international public et droit international privé: où est la différence?», *Arch. phil. droit.*, t. 32, 1987, p. 32. Quizá pudiera incluirse aquí también P. MAYER, *Droit international privé*, 4.<sup>a</sup> ed., París, 1991, pp. 9-12, aunque la rúbrica de sus desarrollos pueda inducir a error.

(11) P. LALIVE, *loc. cit.*, p. 22.



y exclusivos del particular sector del ordenamiento jurídico» (12). Tal definición, propia de quienes nos consta que mantienen una postura muy similar a la nuestra en relación con el objeto del DIPr (13) mostraba la tendencia a recurrir a la evidencia ontológica que precisamente se cuestiona —al menos en cuanto a sus límites precisos—; a tomar el sistema normativo de DIPr como un *apriori*, lo que conduce a posturas formalistas alejadas de la realidad y a esfuerzos lógicos suplementarios para *emancipar el objeto de la norma* que lo determinaría y servir, a su vez, como criterio delimitador y *configurador* de aquélla. Admitir una visión apriorística de la norma sobre la materia que regula conduciría a una *irrelevancia total de la pregunta por el objeto del DIPr* y nuestro estudio habría de terminar en este punto.

Tal es la idea que, aunque de modo confuso, parece inspirar la construcción que en la doctrina española defendió J. L. Iglesias Buigues, para quien, partiendo de la evidencia de unas normas de DIPr que en su literalidad se refieren a todo tipo de situaciones, carece de relevancia la pregunta por el objeto, puesto que éste viene determinado por aquéllas sólo cuando la situación o relación de la vida social se localice en un ordenamiento extranjero. Tal visión, apoyada fundamentalmente en un tipo de normas de DIPr, las normas de conflicto multilaterales, necesita del apoyo de «presupuestas» (aunque no «expresas») normas de este tipo en la aplicación de todo material jurídico (lo que le lleva a una cierta negación de clasificaciones normativas consolidadas en la doctrina del DIPr: normas materiales especiales o normas materiales imperativas encuentran su *título* de aplicación, su justificación, en una «presupuesta» norma de delimitación, en una norma no positiva que permite dicha aplicación a un concreto caso). Qué más da, continuaría el razonamiento anterior, preguntarse por la heterogeneidad, por el carácter de internacionalidad de una situación privada relativa a la separación o divorcio si el art. 107 C.c. englobaría todo tipo de situación, homogénea y heterogénea, meramente interna o surtida de un elemento extraño al orden jurídico español; qué más da, si la aplicación del art. 107 C.c. puede extenderse tanto a supuestos de extranjeros residentes en España o en el extranjero, cuanto a españoles residentes en España (situación en principio puramente «nacional») como en el extranjero (14).

Incluso sin salirnos del formalismo que parece guiar esta construcción, creemos que pueden encontrarse argumentos suficientes que demuestran lo equivocado de la misma, que demuestran, en fin, la importancia de delimitar correctamente el objeto del DIPr. Reparemos

---

(12) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1989, p. 21.

(13) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1991, pp. 39-50.

(14) Así creemos interpretar las no siempre claras palabras del profesor J. L. IGLESIAS BUIGUES, «Reflexiones en torno al objeto y función del Derecho internacional privado» *REDI*, 1983, pp. 29-42.

en otros ejemplos similares a los que arguye el autor citado. Por una parte, en el ámbito de la competencia judicial internacional (sector sobre el que existe un consenso suficiente en torno a su pertenencia al sistema de DIPr), el art. 17 del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y comercial, de 27 de septiembre de 1968 (15), puede incluir de acuerdo con la *literalidad* de su texto tanto situaciones heterogéneas como puramente homogéneas («Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado contratante, hubieren acordado que un Tribunal o los Tribunales de un Estado contratante fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir... tal Tribunal o tales Tribunales serán los únicos competentes»); no obstante, la concurrencia de una situación privada internacional, no meramente homogénea o interna, puede ser considerada como una condición de aplicación de dicho precepto (16). Por otra, el ejemplo paralelo en el campo del Derecho aplicable nos lo ofrecen preceptos como el art. 116,1.º de la Ley suiza sobre DIPr o el art. 27,1.º, inciso primero de la EGBGB («el contrato se regirá por la ley elegida por las partes»); ambos posibilitan una elección incondicionada de ley rectora del contrato que, sin embargo, *depende* de que nos encontremos ante un contrato internacional. Evidentemente, la literalidad del precepto suizo no va a permitir que la compraventa de un bolso de cuero celebrada entre dos suizos en el mercadillo de la Plaza de Riponne, en Lausana, pueda someterse por voluntad de las partes, amantes de la cultura china, a la legislación del país asiático.

La idea que proponemos, que la norma de DIPr debe ser un *posterior* a la situación privada internacional, al objeto (cuestión que analizaremos a continuación), es expresada, con independencia de la arcaica terminología utilizada, de la pertinencia del argumento y de la solución final que se dio al caso, por la *Sent. TS de 30 junio 1983*, al señalar que el art. 10,5.º es «...precepto incluido entre las *normas de Derecho internacional privado*, es decir, *aplicables cuando existe un conflicto de leyes en el espacio* que aquí, en puridad, no concurre porque las dos sociedades litigantes son españolas (constituidas, domiciliadas y registradas en España), los buques que efectuaron el transporte de las mercancías contratadas eran españoles y el problema se suscita en España que es también el lugar de cumplimiento del contrato...» (17). Qué quiere significar el TS: a pesar de la literalidad de una norma de

---

(15) *BOE*, 28-I-1991.

(16) *Vid.* el propio J. L. IGLESIAS BUIGUES, *Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en la CCE y en Derecho español*, Madrid, 1977, pp. 34-35; de forma más expresa, P. GOTHOT y D. HOLLEAUX, *La Convención de Bruselas de 28 septiembre 1968*, Madrid, 1986, pp. 107-108. *Vid.*, asimismo, M. DESANTES REAL, *La competencia judicial internacional en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986.

(17) *RAJ*, 1983, núm. 3699.

DIPr, que pudiera englobar tanto situaciones heterogéneas conectadas con más de un ordenamiento, como puramente internas, es presupuesto de su aplicación la concurrencia de las primeras (18).

### C) *La norma de DIPr como determinada por el objeto*

La norma de DIPr, aun sin que la realidad nos ofrezca una idea clara de cómo es o qué es, participa, como el resto del ordenamiento jurídico en un momento dado, de las consecuencias de las experiencias jurídicas anteriores a la misma. Y son esas experiencias jurídicas las que determinan su existencia. Hablar de objeto del DIPr a partir de la norma es una opción tan legítima como cualquier otra; sin embargo, en nuestra opinión, más estéril o, mejor, mucho menos fructífera, menos rica en consecuencias concretas, que la que arranca de la experiencia jurídica. Y esta experiencia nos indica la «complejidad» o peculiaridad de determinadas situaciones sociales con pretensión de convertirse formalmente en situaciones jurídicas, es decir, necesitadas de mediación del Derecho para satisfacer unos intereses concretos, que por contener un elemento ajeno al orden jurídico con el que entran en contacto de forma inmediata necesitan un *plus* de atención normativa o una atención normativa especial y distinta de otras situaciones que no presentan dicha peculiaridad.

Un acercamiento, no delimitación, al objeto del DIPr como el propuesto tiene la ventaja de servir en teoría como parámetro *identificador* de lo que es el conjunto de normas que pueden formar el DIPr. Sin embargo, la experiencia, el problema real y su contrastación con la norma que lo disciplina viene a complicar esta aparente bondad metodológica. Esta dificultad incide en la tan predicada relatividad del elemento extranjero y, como consecuencia más importante, relatividad de la función identificadora del objeto del DIPr. Trataremos de aclarar lo que consideramos un falso problema, aunque, realmente, no nos detengamos en absoluto en su posterior aplicación: averiguación, delimitación del contenido normativo del sistema de DIPr. Ni siquiera repararemos, por razones sistemático-expositivas, en lo que consideramos un aspecto *esencial* de la moderna ciencia del DIPr, como son las exigencias del

---

(18) El art. 1 de la Ley suiza sobre el DIPr señala: «La presente ley regirá, en *materia internacional*: a. La competencia de las autoridades judiciales o administrativas suizas... b. El Derecho aplicable... c. Las condiciones de reconocimiento y de ejecución de decisiones extranjeras». Más explícito, el art. 3,1.<sup>o</sup> EGBGB, bajo la rúbrica *Internationales Privatrecht* (DIPr) del Cap. 2, establece que «Las siguientes disposiciones determinan qué ordenamientos jurídicos son aplicables en los supuestos que presentan una vinculación con el derecho de un Estado extranjero (Derecho internacional privado)».

concepto de *sistema* frente al DIPr (19). Nos interesa, eso sí, poner de manifiesto la confluencia de una función delimitadora (del contenido)

---

(19) Si el objeto del DIPr es un material social, el contenido del mismo es un material normativo. Es el conjunto de normas que responde a la pregunta inicial ¿qué es DIPr?, asumida en un contexto profano. Mas ¿por qué preguntarse por el contenido del DIPr? ¿por qué la necesidad de seleccionar una parcela del ordenamiento jurídico positivo para calificarla como DIPr? La respuesta se encuentra en una especie de precomprensión jurídica que gira en torno al concepto de *sistema*, como instrumento de explicación (*Vid.* esta dimensión instrumental y precomprensiva en CH. GRZEGORCZYK, «Evaluation critique du paradigme systemique dans la sciencie du droit», *Arch. phil. dr.*, 1986, pp. 281-301, conr. pp. 286-287). Delimitar los elementos del sistema de DIPr permitirá una reordenación y reinterpretación de los mismos a la luz de un *modus operandi* específico y, quizá, de unos principios generales propios. Decir que tal o tal otro grupos sistemáticos y teleológico forman parte del DIPr importa con vistas a dotar al mismo de un espacio jurídico en cuyo seno recibirán respuestas específicas específicas cuestiones sobre las que gravite el silencio legal, la laguna normativa, la mera duda. Ejemplos del carácter no meramente especulativo de esta idea no faltan. El estudio desarrollado por M. VIRGOS SORIANO respecto de concretos aspectos de la contratación internacional incide, desde una perspectiva diversa, en este mismo sentido (*Lugar de celebración y de ejecución...*, *op. cit.*). La interpretación de las categorías «lugar de celebración» y «lugar de ejecución» en la contratación internacional está en íntima relación con el contexto sistemático y teleológico en el que integran, lo que lleva a soluciones diversas ya estemos hablando de DIPr, ya de otra rama del ordenamiento jurídico y, más aún, distingue el citado autor, ya nos encontremos en el sector del Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales, ya en el de la competencia judicial internacional. Esta demostrada autonomía científica del DIPr incide en la necesidad de delimitar su contenido.

Otra manifestación que el momento actual de la ciencia DIPr nos ofrece es la existencia de preceptos, mecanismos y doctrinas con vocación de constituirse en una «parte general» del DIPr. La noción de *sistema* nos permitiría determinar cuál es el material normativo al que tutela esa supuesta «parte general» (*Cf.* K. PLESZKA y T. GIZBERT-STUDNICKI, «Le système du droit dans la dogmatique juridique», *Arch. phil. droit*, 1986, pp. 107-119, conr. pp. 109-110). El desarrollo que realizaban J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO bajo la rúbrica de «verificación de los parámetros tradicionales» muestra también que la idea *parte general* (en concreto se están refiriendo a las denominadas «normas de aplicación comunes») *parte especial* —tutelada— puede ser un parámetro a tener en cuenta en la delimitación del contenido DIPr (J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1989, p. 67; *vid.*, más ampliamente, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Sobre el contenido del Derecho internacional privado (I)», *REDI*, 1986, pp. 68-108 y A. L. CALVO CARAVACA, «Noción y contenido del Derecho internacional privado», *RGD*, núms. 508-509, 1987, pp. 5-31), pero, sobre todo, es una manifestación de la necesidad de delimitación del sistema. Por último, la idea de *sistema*, a la que sirve esta función delimitadora del objeto, resuelve también la cuestión de la integración normativa frente a concretas necesidades no satisfechas por el Derecho positivo. La ausencia de regulación alguna relativa a los requisitos de sumisión tácita (art. 22.2.<sup>o</sup> LOPJ) y al control de la competencia judicial internacional por parte de Jueces y Tribunales españoles puede suministrar un buen ejemplo. De esta situación se ha derivado que los intentos de ofrecer soluciones coherentes a los problemas suscitados en este ámbito, a través de la aplicación analógica de las normas de la LEC para las situaciones puramente internas, deban ser contemplados con cautela. Porque creemos que la interpretación de las normas que nos interesan de la LOPJ y la integración de sus carencias deben realizarse bajo el prisma del DIPr con lo que ello conlleva. Entre otras cosas, cuestionar la mecánica trasposición de lo dispuesto en el art. 58.2.<sup>o</sup> LEC en lo concerniente a la sumisión tácita y, como consecuencia, la interpretación de corrido del tratamiento procesal de la verificación de la competencia ju-

y una función *normativa*, mucho más importante y que exigirá un tipo específico de especialización normológica y funcional a la que nos referiremos a continuación.

### 3. RELATIVIDAD DEL ELEMENTO EXTRANJERO

#### A) En su función delimitadora

No vamos a entrar a diseccionar las distintas caras que manifiesta la relatividad del elemento extranjero a un orden jurídico dado. Ello nos llevaría a la obligación de analizar una multitud de perspectivas casi ilimitadas y a volver sobre lo que ha sido ya expuesto con mayor claridad que la que nosotros seríamos capaces de alcanzar (20). Por ello no hablaremos de la relatividad *stricto sensu* (inseguridad en el carácter absoluto de la calificación), sino de la muy conocida (y en otro tiempo debatida entre la doctrina española) cuestión de la relevancia del elemento extranjero.

Y en este tema no parece ocioso comenzar por la también conocida cita de J. Maury según la cual la concurrencia de cualquier elemento extranjero basta para encontrarnos ante un «rapport international» que reclama la intervención del DIPr (21). Esta lectura no ha sido asumida por un gran sector de la doctrina posterior, quizá por no contar con una *razón específica* para justificar la importancia del objeto en el discurso dogmático del DIPr. En la doctrina española contamos con claros ejemplos de una postura favorable a exigir una cierta relevancia al ele-

---

dicial internacional, negando la viabilidad de la excepción dilatoria del art. 533,1.º LEC, por considerar que ha existido sumisión tácita (Vid. M. AMORES CONRADI, *loc. cit.*, p. 154; por contra, nos esforzamos en hacer hincapié en el contexto teleológico de la nueva reglamentación, cuestionando la absoluta analogía entre las cuestiones homogéneas y heterogéneas en nuestro trabajo. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, «Control de oficio de la competencia judicial internacional», RCEA, 1987, pp. 87-98). La *Sentencia Aud. Territ. de Barcelona de 24 marzo 1987 (RJC, Jurisprudencia, 1987, pp. 627-629)*, antecedente de la *Sent. TS (Sala 1.ª) de 12 enero 1989, (RAJ, 1989, núm. 100 y las notas de M. A. AMORES CONRADI, CCJC, núm. 19, 1989, pp. 86-91, y de M. CHECA MARTÍNEZ, REDI, 1990-1, pp. 276-277)* puede iluminarnos la idea expuesta. Su Fundamento de Derecho III extiende al ámbito internacional la conjunción de los arts. 56 y 58,2 LEC para concluir que una sociedad extranjera que impugna la competencia de los Juzgados y Tribunales españoles se ha sometido tácitamente a ellos por el hecho de haber realizado tal impugnación tras haber solicitado una prórroga para contestar a la demanda. La conciencia de encontrarnos ante la aplicación (en este caso, integración de una laguna) de una normativa perteneciente al sistema DIPr hubiera podido evitar el «rigorismo» de que hizo gala el Tribunal (Vid. la nota de M. A. AMORES CONRADI en REDI, 1988, pp. 193-194. Vid. recientemente la *Sent. TS (Sala 1.ª) de 18 de junio de 1990, La Ley*, 19 octubre 1990, en cuyo Fundamento de Derecho tercero se aprecia una involuación de planos, aunque sin importante relevancia argumentativa).

(20) J. D. GONZÁLEZ CAMPOS citado por J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1989, pp. 27-28 y 1991, pp. 47-48.

(21) J. MAURY, «Règles générales des conflits de lois», *R. des C.*, t. 57, 1936-III, p. 375.

mento extranjero para que defina la situación objeto del DIPr. El denominador común de los mismos es abordar el objeto como un *apriori* del sistema, aunque sin llegar a asumir una emancipación efectiva, siquiera a nivel especulativo (22). El elemento extranjero existe pero se discute su aptitud para convertir la situación en la que se inscribe en objeto del DIPr. ¿Cuál es la razón de esta exigencia? Siguiendo nuestro discurso y las dos finalidades que atribuíamos a la determinación del objeto creemos oportuno realizar algunas reflexiones sobre la necesaria *relatividad de la relevancia* del elemento extranjero.

Una objeción meramente operativa sería la derivada de *fixar* el límite de la relevancia y los criterios a utilizar. Se dice que hay que situarse en un sistema determinado de DIPr para emitir un juicio similar. Con ello volvemos a caer en el círculo vicioso de considerar objeto del DIPr lo que determina la norma de DIPr; de nuevo la pregunta por el objeto se esteriliza. Por otro lado, la realidad nos muestra, también a veces de forma evidente, cómo situaciones y relaciones conectadas con más de un orden jurídico estatal reciben una conformación jurídica al margen de *las normas* de DIPr. En ocasiones la relevancia del elemento extranjero no se traslada a la aplicación de una norma de DIPr (parámetro presente en una gran mayoría de las construcciones que estamos criticando) sino que se proyecta, por ejemplo, sobre la integración de un concepto jurídico indeterminado como el interés del hijo o, meramente, sobre una argumentación. La *Sent. Aud. Territ. de Bilbao de 9 enero 1985* es buena prueba de cuanto decimos. El elemento extranjero, en una situación que presentaba un alto grado de proximidad con nuestro orden jurídico, no fue capaz de poner en marcha los mecanismos formales de DIPr. El resultado del fallo, que trasladó los principios de solución internos a la situación privada internacional, no puede considerarse insatisfactorio; sin embargo, obvió planteamientos peculiares derivados precisamente de la presencia del elemento extranjero (23). Si, volviendo al ejemplo de la Sentencia de la Aud. Territ. de Bilbao, no todas las normas que resuelven situaciones con un elemento extranjero evidentemente relevante son normas de DIPr; in-

---

(22) M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, *loc. cit.*, p. 748; J. A. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, *passim*. Y exigir que la situación presente un elemento de extranjería *relevante, fundamental, jurídicamente relevante o jurídicamente relevante y socialmente trascendente...* (M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, *ibíd.*; J. A. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, p. 21; E. PÉREZ VERA, *Intereses del tráfico externo y Derecho internacional privado*, Granada, 1973, p. 14; J. M. ESPINAR VICENTE, *Derecho internacional privado*, vol. I. Málaga, 1984, p. 28).

(23) RGD, núm. 501, 1986, pp. 2890-2892. *Vid.* la Nota S. ALVAREZ GONZÁLEZ, en *REDI*, 1988, pp. 225-227. Señalaban J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO «...la presencia de un factor de extranjería, sea cual sea, es suficiente para otorgar una naturaleza internacional a la relación jurídica de que se trate y, por tanto, abre las puertas a una eventual, aunque no necesaria, aplicación de las normas de DIPr» (Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1989, p. 28). Hoy afirman la idea manifestando que todas las situaciones privadas que incluyen elemento extranjero

cluso, si ni siquiera una situación con elemento extranjero relevante y evidente ha requerido en la práctica la aplicación expresa inmediata de norma alguna como demuestra alguna decisión de nuestros Juzgados en materia de reclamación de deuda alimenticia o, por citar un ejemplo reciente, *Res. DGRN, de 22 de junio de 1991* (24), el criterio de la *aplicación* de unas normas determinadas a la situación con elemento extranjero *relevante* no es la técnica adecuada para delimitar el contenido normativo del DIPr, uno de los objetivos que habíamos asignado a un objeto bien delimitado. A esta finalidad basta una labor que determine el grupo de normas que *se orienten* de forma inmediata a satisfacer las exigencias jurídicas de una situación que presente un elemento extranjero o, incluso, a falta de dichas normas, las que debieran orientarse a tal fin, puesto que, como apunta L. Díez Picazo, la falta de ley en modo alguno transforma la cuestión en cuestión no jurídica (25) (26). Que el elemento extranjero sea más o menos relevante va a tener una influencia decisiva en la *configuración* de la norma de DIPr, por un lado, y en su *aplicación*, por otro (27), dimensiones ambas a las que se dedica el presente trabajo. Y aun en esta línea de relativizar la relevancia del elemento extranjero como criterio definidor del objeto del DIPr, debe señalarse la profunda incidencia de *factores externos* al mismo en esa fase de aplicación. Por ejemplo, la relevancia de *la pretensión* tiene mucho que ver en la puesta en marcha de un sistema de DIPr. Y, sobre todo, el carácter *problemático* (problemático con independencia del elemento extranjero) de la *cuestión de Derecho*, que presenta ya un proyecto o tendencia de conformación jurídica (28) (29).

---

constituyen el objeto del DIPr, cualquiera que sea su relevancia. Cosa distinta es que ese elemento presente una mínima importancia y no sea tenido en cuenta por la solución legislativa (Cf. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1991, p. 47).

(24) *RAJ*, 1991, núm. 5692.

(25) Cf. L. Díez PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1987, p. 280.

(26) Como señala A. L. CALVO CARAVACA, «... una cosa es que una relación sea de tráfico jurídico externo porque uno de sus elementos resulte extranjero y otra, distinta, es que ese elemento sea tomado en consideración en la formulación de reglas de DIPr y determine su contenido... Siempre que hay un elemento extranjero, al menos, en una relación, hay tráfico jurídico externo y se plantea una duda, una vacilación, una interrogante que interesa el Derecho internacional privado» (Cf. A. L. CALVO CARAVACA, «Noción y contenido...», *loc. cit.*, p. 9; *vid. asimismo* p. 7 en este mismo sentido).

(27) Absolutamente de acuerdo con A. L. CALVO CARAVACA cuando señala que «la significación o relevancia de tal elemento permitirá, después, fijar criterios legislativos y jurisprudenciales en la regulación de este tráfico /tráfico jurídico externo/ pero no en su identificación» (Cf. A. L. CALVO CARAVACA, *loc. cit.*, p. 9).

(28) *Vid.* esta idea en relación con la «calificación» en B. ANCEL, «L'objet de la qualification», *Journ. dr. int.*, 1980, pp. 227-268, *concr.* pp. 234-240, empleando una terminología tributaria de P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, París, 1973, p. 61, entre otras.

(29) Que el discurso no es baladí se pone de manifiesto en el trabajo de W. A. STOFFEL, «Le rapport juridique international», *Conflicts et harmonisation. Kollision und*

## B) En su función normativa

Relatividad del elemento extranjero por cuanto que no existe una homogeneidad en el grado de su concurrencia en cada situación dada. El objeto del DIPr puede exigir un juicio sobre el Derecho aplicable (entendiendo Derecho «estatal» aplicable) o simplemente implicar una «complicación en la aplicación de la ley del foro» (30). Esta *heterogeneidad estructural* de las situaciones con elemento extranjero (heterogéneas en sí mismas en cuanto a la procedencia de sus elementos en relación con varios sistemas jurídicos estatales) es algo que no resulta novedoso. Ya J. Jitta la ponía en evidencia con su clásica división entre *relaciones nacionales, relativamente internacionales y absolutamente internacionales* (31). Entre la doctrina española J. M. Espinar Vicente ha hablado de que las relaciones extranacionales pueden presentar en la práctica un *grado de extranjería* muy variable (32); J. D. González Campos alude a un *mínimo de extranjería y máximo de internacionalidad* (33); nosotros, al hilo del estudio de un sector muy concreto pero muy característico, el de la filiación natural, nos hemos referido al *grado de heterogeneidad* (34) de la situación privada internacional. Se trata de diversas formas de calificar la misma realidad: la estructura del objeto del DIPr puede presentarse bajo múltiples aspectos. Si se quiere, este fenómeno puede emparentarse —aunque no identificarse— con la por algunos reclamada relevancia del elemento extranjero y posee una importancia capital no en la *función identificadora* del objeto, sino en lo que podríamos denominar su *función reguladora o normativa*. No se trata de aseverar que las situaciones *relativamente internacionales*, aquéllas que presentan un mínimo de extranjería (35) o un bajo grado de heterogeneidad no sean objeto del DIPr y no sirvan a la función identificadora citada. La importancia de esta distinción radica en las distintas *exigencias de reglamentación* que

---

*Vereinheitlichung. Conflicts and Harmonization, Mélanges en L'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, 1990, pp. 421-451.

(30) Cf. G. VAN HECKE, «Principes et méthodes de solution des conflits de lois», *R. des C.*, t. 126, 1969-I, pp. 410-411.

(31) *Vid.*, J. JITTA, *op. cit.*, pp. 200 y ss.; distinción que ya adelanta en pp. 48-49.

(32) Cf. J. M. ESPINAR VICENTE, *op. cit.*, p. 30.

(33) *Cit.* en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1989, p. 30.

(34) S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza (Sistemas de DIPr y relaciones concernientes a la emigración española*, León, 1989. P. LALIVE se refiere a un «dégéré d'extranéité» (*loc. cit.*, pp. 77 y ss.); G. VAN HECKE a que el grado de perturbación introducido por el elemento extranjero es variable (*loc. cit.*, p. 409).

(35) *Vid.*, por ejemplo, *Sent. TS de 12 julio 1986*, y la nota de M. AMORES CONRADI, *REDI*, 1988-1, pp. 192-193. Se trataba de un problema surgido entre dos empresas españolas con sede social en España, donde se involucraba un transporte de mercancías con destino Berlín. El seguro también había sido concertado en España y el problema real se circunscribía a la determinación del Juzgado competente entre dos órganos judiciales españoles.



comportan, teniendo en cuenta la variada gama de situaciones intermedias que pueden producirse (36). Estas exigencias no pueden ser las mismas ante un problema de separación matrimonial de un francés y una española residentes en España que ante la misma cuestión involucrando a un francés y una española residentes en Francia.

Este grado de heterogeneidad tiene, como hemos señalado, una importancia decisiva en la configuración de las soluciones positivas; el mismo que posee el concepto de *proximidad*, con el que no llega a identificarse, pero de cuyas características y exigencias participa en buena medida (37). Sin embargo posee una capacidad *accessoria* en la reglamentación global de una situación; una capacidad que hace que no se agote su importancia en la subsunción del problema en un complejo normativo dirigido a disciplinarlo jurídicamente y concebido para ello (el sistema de DIPr). Se puede afirmar, además, que el objeto cumple, en función de su grado de heterogeneidad, una función *argumentativa* y legitimadora de primer orden en la obtención de una decisión, en la solución de una cuestión del Derecho, que puede y *debe* ir más allá de la previsión legal.

### C) *Manifestaciones concretas de la función normativa del objeto*

Por qué y cómo se manifiesta esta perspectiva dinámica del objeto. Las *razones* se encuentran, en nuestra opinión, en la aún constatable generalidad de las normas de DIPr (incluso cuando hablamos de *especialidad o especialización* en las normas de DIPr estamos siendo profundamente optimistas pues, al cabo, no se trata, en el mejor de los casos, sino de una generalidad atenuada) y en la gran zona gris que separa en DIPr las previsiones normativas de su efectividad en el caso concreto. Este más que posible divorcio entre letra de la ley y normativa aplicada, puesto de manifiesto desde diversas perspectivas y con distintas finalidades (38), presenta interesantes *manifestaciones*. Por una parte, desempeña un papel relevante en la solución de cuestiones problemáticas emparentadas con alguno de los denominados *problemas de aplicación*, aquéllos que surgen como consecuencia de la puesta en funcionamiento de tipos específicos de normas de DIPr, ya ofrezcan en sí mismas la respuesta a la cuestión debatida, ya —y sobre todo— se limiten a remitir a las que ofrecerán tal respuesta (principalmente, norma de conflicto). La exigencia de que para poder inaplicar una normativa extranjera en virtud de la noción de *orden público* haya

(36) Cf. J. M. ESPINAR VICENTE, *op. cit.*, p. 31.

(37) P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *R. des C.*, t. 196, 1986-I, pp. 9-237.

(38) F. K. JUENGER, «General Course on Private International Law (1983)», *R. des C.*, t. 193, 1985-IV, pp. 119-387; CH. ROCHAT, *La dislocation du statut personnel*, Lausana, 1986, pp. 315-317, entre otras.

de concurrir un cierto grado de proximidad, de vinculación de la situación con el foro, en nuestro caso, con nuestro orden jurídico (que no se confunde necesariamente con la vinculación que ha justificado, por ejemplo, la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales) es buena prueba de ello (39) (40).

Esta *función normativa* del objeto no se agota en la determinación de la norma y en su utilización como argumento expreso o subyacente en la solución de cuestiones jurídicamente controvertidas. A veces, llega a imponer un cierto comportamiento decisorio *junto a* la aplicación de la normativa *ad hoc* de DIPr. Es decir, las exigencias del objeto obligan al legislador a adoptar una determinada solución (adecuada, adaptada, especial) jurídico-positiva, pero no termina con ello su capacidad normativa que se proyecta, también, en el proceso interpretativo y aplicativo de dicha solución. Esta manifestación, que enmarca J. D. González Campos dentro de la relatividad del elemento extranjero, ha encontrado albergue en decisiones como las de la *Hoge Raad de 18 de*

---

(39) Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1991, p. 483, con matizaciones desde el punto de vista constitucional. La idea encuentra expresión en el concepto alemán de *Inlandsbeziehung* o *Inlandsberührung* (Cf. G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 7.<sup>a</sup> ed., Munich, 1987, p. 330) o en la doctrina y jurisprudencia suizas el equivalente *Binnenbeziehung* (Cf. A. BUCHER, *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht (aus kontinentaleuropäischer Sicht)*, Basilea y Stuttgart, 1975, p. 128; M. KELLER/K. SIEHR, *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurich, 1986, p. 544).

(40) Otro ejemplo, más concreto, manifestación de esta *importancia normativa* del objeto es apreciable en el tan traído y llevado tema de la necesidad o no de *exequatur* de sentencias de divorcio extranjeras para contraer nuevo matrimonio. No vamos a entrar ahora en la solución de una cuestión en la que se imbrican un sinfín de intereses. Tan sólo queremos llamar la atención sobre dos muy próximas decisiones de la DGRN, concretamente sus *Resoluciones de 1 de julio 1989 y de 10 de julio 1989 (RAJ, 1989, núms. 5947 y 5953, respectivamente*. La primera anotada por M. AMORES CONRADI en *REDI*, 1990-1, pp. 263-264) donde concurren datos significativos de cuanto decimos. En ambos supuestos un español divorciado en el extranjero pedía la inscripción del nuevo matrimonio contraído. En el primer caso se exige el *exequatur* de la sentencia extranjera que decretó el divorcio de un español y su primera esposa; el Órgano directivo incide sintomáticamente en el hecho de la nacionalidad española del marido y en la adquisición de esta misma nacionalidad por la mujer, como consecuencia del matrimonio (F. de Derecho cuarto); en otras palabras, la situación presentaba una vinculación especial con España. En el segundo, a pesar de la nacionalidad española de uno de los cónyuges, el divorcio pronunciado respecto de su anterior matrimonio no necesita previo *exequatur* (cierto es que no se plantea expresamente el problema) a la inscripción del segundo matrimonio, pues aquél se produjo, al parecer, siendo los contrayentes de nacionalidad marroquí; es decir, la situación presentaba una vinculación distinta (menor) con nuestro país: la solución, ¿por ello?, fue también distinta. Son dos manifestaciones de la importancia del objeto en su dimensión normativa cuando en puridad lógico formal nos encontrábamos ante un mismo problema. Piénsese en todo caso en lo poco satisfactorio de esta solución en el siguiente caso: español y francesa se divorcian en Francia contrayendo nuevo matrimonio con francesa y español, respectivamente. mientras en el primer caso la inscripción del matrimonio en el Registro debería precederse de *exequatur* de la sentencia extranjera, en el segundo no.

noviembre de 1983 y de 30 marzo de 1984 (41), mas no es un fenómeno reciente. Si bien en el contexto de una impugnación global del sistema positivo suizo anterior a la reforma operada en 1976 sobre la vieja LRDC (*Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour*, de 25 junio 1891), la jurisprudencia cantonal helvética no dudó en integrar en el Derecho aplicable normalmente competente (dentro de la heterodoxia de la impugnación citada) un Derecho estatal distinto, encontrándonos con supuestos en los que el Derecho suizo concurrió con el Derecho italiano o el español en la regulación global de una misma pretensión (42); concurrencia que en absoluto estaba legitimada por el sistema positivo de DIPr (43). Volveremos, no obstante, sobre estas exigencias suplementarias del objeto del DIPr al hilo de la que se ha dado en llamar *Zweistufentheorie* del DIPr (44) (45).

---

(41) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1989, pp. 27-28; *Vid.* un resumen y comentario de los hechos en H. U. JESSURUM D'OLIVEIRA, «Krypto-Internationales Privatrecht», *ZfRV*, 1986, pp. 246-262, esp. pp. 250-255.

(42) *Sent. Trib. de Distrito de Lausana de 8 febrero 1968, Sent. Trib. cantonal de Vaud de 29 de enero 1969, Sent. Trib. cantonal de Vaud de 7 febrero 1968; vid.* nuestras consideraciones en *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 90-106, 102-103 en especial.

(43) Hemos de reconocer, no obstante, que junto a razones inherentes a la propia estructura de la situación, a esta perspectiva que hemos llamado *normativa* del objeto, aquéllas propias a la defensa de concretos intereses, como el prevalente del hijo o el del nacional suizo, fueron las más decisivas en actitudes como las citadas.

(44) *Vid. infra* el último apartado del presente estudio.

(45) Al limitar nuestro estudio a las exigencias normativas derivadas de la peculiaridad de la situación privada internacional y al contraste parcial de diversas técnicas, eludimos un desarrollo que creemos importante, cual es el de la función o fines del DIPr. Adelantamos en este punto que partimos de una concepción indiferenciada de nuestra disciplina en relación con el resto del orden jurídico. Tal proceder, para P. LALIVE, es en cierto modo inevitable. En su reiteradamente citado Curso General pone de manifiesto la estrecha vinculación existente entre las funciones del DIPr y las concretas actitudes adoptadas frente al Derecho en general y al Derecho en las relaciones internacionales; frente, en definitiva, a una determinada concepción del mundo (*Cf.* P. LALIVE, *loc. cit.*, p. 36). ¿No es posible entonces identificar determinadas funciones propias del DIPr con independencia de la premisa iusfilosófica adoptada? Probablemente no; a salvo el generalísimo fin imputado a todo el Derecho de dar respuestas satisfactorias a las cuestiones de hecho «impregnadas jurídicamente», por utilizar la imagen de F. RIGAUX; a las cuestiones suscitadas por las situaciones privadas internacionales (o, siguiendo la terminología del mismo autor, *relaciones jurídicas transnacionales*: *Cf.* F. RIGAUX, «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale. Cours général de droit international privé» *R. des C.*, t. 213, (1989-I), pp. 84 y ss., conr. pp. 84 y 89-90). Nos encontramos con que la mayoría de los intentos de fijar unas funciones inmediatas al DIPr se queda en la enumeración de los que desde un punto de vista instrumental no dejan de ser *medios* encaminados a un fin. Se hable de cooperación internacional, de *coordinación* de ordenamientos jurídicos estatales, de armonía internacional de soluciones, etc., no se está haciendo mención sino a *medios* para la consecución de un fin mayor o, en el mejor de los casos, en «funciones» que inciden en la dimensión técnico-jurídica quedándose en la superficie (*Cf.* A. FLESSNER, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tubinga, 1990, p. 49; este

## II. OBJETO Y RESPUESTAS A LAS EXIGENCIAS DE SU CARÁCTER

### 1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Debemos precisar el cariz de la perspectiva que vamos a adoptar para dar respuesta a la pregunta planteada. Perspectiva valorativa que podría equipararse a *perspectiva metodológica*. Si no hemos adoptado esta segunda terminología es por el carácter complejo del significado plurívoco de *método*. Y, sin embargo, lo que nos proponemos es tratar de esclarecer en la línea argumental que mantenemos, el método (al menos aspectos generales —y necesariamente parciales— del mismo) a seguir para que el DIPr responda satisfactoriamente a su función general en relación con el objeto que le es propio.

Partiendo de la propia etimología del término, entenderemos por método la vía o camino a seguir para alcanzar una meta (46). Y el imperativo lógico de determinar la meta, objetivo o fin a obtener, imperativo que en los últimos años impide hablar propiamente de una metodología jurídica en favor de tantas metodologías como metas predeterminadas (47), habrá de identificarse con las funciones globales del Derecho en general. La cuestión en este momento sería determinar ¿cuál es la vía apropiada para que el sistema de DIPr dé cumplimiento,

---

autor pone de manifiesto la identidad de principio en las funciones del DIPr y la del Derecho privado en general —pp. 48-52—, aunque sobre la base de una unilateral concepción del Derecho en torno a la vieja idea de mecanismo de solución de intereses). La idea era puesta de manifiesto por H. E. YNTEMA en su clásico trabajo sobre los objetivos del DIPr. El primero de ellos (y asimilamos objetivo a función) es el de proporcionar seguridad jurídica: «*como el de todo Derecho*», diría el citado autor (Cf. H. E. YNTEMA, «Les objectifs du droit international privé», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, pp. 1-29). Ello nos ratifica en la importancia concedida al objeto del DIPr y, fundamentalmente, a la función normativa del mismo, en la importancia adelantada de su grado de heterogeneidad. Por lo tanto, en la labor de vislumbrar cómo debe ser o de qué manera el DIPr puede cumplir satisfactoriamente su función nos refugiaremos en el elemento diferenciador, la situación privada internacional, tratando de responder a la pregunta *¿cómo debe afrontar el DIPr, en relación con el objeto que le es propio (la situación privada internacional) y con el grado de heterogeneidad del mismo, el cumplimiento de las funciones encomendadas al ordenamiento jurídico en su conjunto*, sin que esta reducción quiera significar que el DIPr no es capaz de proporcionar una solución integral de la situación jurídica (en tal sentido se manifiesta P. MAYER, *op. cit.*, p. 10, para justificar su calificativo de Derecho *especial*). Tal idea está siempre en función de la técnica normativa empleada. Por supuesto, el recurso a la norma de conflicto no proporciona tal respuesta integral; la apelación a complejos normativos directos (DIPr por proyectarse sobre su objeto) puede que sí (por ejemplo, Derecho uniforme sobre materias exclusivamente internacionales).

(46) Cf. en tal sentido W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung I Rechtsmethodik früher und religiöser Rechte*, Tubinga, 1975, p. 22.

(47) Vid. en este sentido J. A. GARCÍA AMADO, *Teorías de la tópic jurídica*, Madrid, 1988, pp. 290-291.

en relación con el objeto que le es propio, a las funciones encomendadas al ordenamiento jurídico en el que el dicho sistema se integra? Por ello, cuando hablamos de método, estamos adoptando una visión del mismo similar a la que utilizan quienes inciden sobre cuestiones o, mejor, *opciones generales* en la reglamentación del tráfico jurídico externo (48).

Tal punto de partida nos exime de incidir en las numerosas «corrientes metodológicas» que se han sucedido a lo largo de la historia reciente. Con menos pretensiones, vamos a poner de manifiesto un número escogido de cuestiones que consideramos, y como tales han sido asumidas en los últimos tiempos, relevantes a la hora de interpretar, sistematizar y, sobre todo, *elaborar* o configurar un sistema de DIPr respetuoso con las peculiaridades de su objeto. Ello, ya desde el principio es, si pretendemos una visión general, una tarea condenada al fracaso o a la repetición de tópicos de todos conocidos. Aun conscientes de la imposibilidad de huir de estos últimos, vamos a limitar esta visión valorativa incidiendo solamente en aquellos aspectos de técnica jurídica (las distintas etapas del «camino» o «vía») que se refieren a uno de los dos aspectos con juego propio en el desenvolvimiento de la función del DIPr: el respeto por las características de su objeto, por su *grado de heterogeneidad*; eludiendo de forma específica (aunque lo presuponemos) el respeto por la dimensión general (no especial en relación con otras situaciones jurídicas) de la situación privada internacional, es decir, por las exigencias de justicia ajenas a la consideración del carácter transnacional de dicha situación. Como ya indicamos en otro lugar (49), esta división no es más que un mecanismo de reducción de la *complejidad expositiva* que supondría ser coherente con nuestra *visión unitaria de la justicia en DIPr*; con la negación, en fin, de una justicia material y una justicia conflictual, separables e independientes.

## 2. EXIGENCIAS DERIVADAS DE LA FUNCIÓN NORMATIVA DEL OBJETO DEL DIPR Y ESPECIALIZACIÓN

### A) *De nuevo sobre el grado de heterogeneidad de la situación privada internacional: primera exigencia de especialización*

Como es sabido, la norma de DIPr, en cuanto norma dirigida a una situación privada internacional, está, por hipótesis, concediendo rele-

---

(48) En este sentido, por ejemplo, E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récents du droit international privé en Europe*, París, 1987, o E. VITTA, «In tema di riforma del diritto internazionale privato», *Il foro italiano*, 1986 (nosotros manejamos una separata repaginada) o, mucho antes, J. JITTA, *op. cit.*

(49) Vid. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación...*, *op. cit.*, p. 30, entre otras.

vancia al elemento extranjero (cualquiera que sea su relevancia con independencia de la norma) que en ella se inscribe. Sin embargo, hasta la fecha esta relevancia se ve limitada por un factor que a pesar de su evolución positiva sigue siendo capital en la ausencia de un verdadero respeto por la peculiaridad sobre la que se proyectan las normas de DIPr: *insuficiencia cuantitativa* del material normativo de DIPr, generalidad del mismo y correlativa exigencia de *especialización*. Insuficiencia que debe ser predicada fundamentalmente del sector relativo a la identificación de la norma o el Derecho aplicables a la situación privada internacional que lo reclame. Ya nos refiramos a las denominadas normas de conflicto, ya a técnicas de reglamentación directas como las normas materiales especiales o normas materiales de DIPr, la evidencia de la multitud de supuestos que pueden presentarse para ser regulados por un puñado de normas repartidas aleatoriamente por diversos cuerpos legales descarta cualquier visión de respuesta satisfactoria. Esta descripción negativa se atenúa de forma importante en aquellos sectores en los que sólo concurren situaciones puramente internacionales que no tienen parangón a nivel meramente interno, así como respecto de aquéllos que han sido objeto de codificación internacional del DIPr o que han gozado del interés institucional del sistema comunitario. Mas, en el resto, los ejemplos más simples ponen de manifiesto la insuficiencia de la pobreza normativa que puede imputarse a nuestro sistema autónomo de DIPr.

Imaginemos un supuesto en el que un español en el extranjero testa de forma mancomunada. El art. 733 del C.c. prohíbe tal testamento «aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado». Y tal prohibición tiene la misma vigencia ya nos encontremos ante un español que realiza su testamento durante un viaje de vacaciones en Alemania, teniendo su residencia habitual, sus causahabientes, sus bienes, todo su centro de vida familiar y patrimonial en España, ya suceda todo lo contrario, es decir, lleve treinta años en aquel país, donde está casado con una alemana, siendo sus hijos de tal nacionalidad y poseyendo la mayoría de sus bienes en Alemania, con la salvedad de ciertos inmuebles situados en España como consecuencia de la herencia de sus padres (y sobre los que se suscita el problema). La paradoja se repite si tomamos como ejemplo un supuesto de filiación. La ley personal del hijo (su ley nacional) determinará, según el art. 9,4.º del C.c. cualquier problema relacionado con el carácter y contenido de su filiación. Si se trata de un francés, hijo de madre francesa y con residencia habitual en España que impugna la paternidad de otro francés (su actual padre «legal») residente en Francia la ley francesa determinará la pertinencia de la pretensión, del mismo modo que si se trata de un francés residente en España junto con su madre y su padre «legal», ambos españoles por haber adquirido la nacionalidad por residencia (pensemos, por ejemplo, que, además, el hijo está esperando al momento oportuno para optar a la nacionalidad española). En ambos casos (y los ejemplos podrían multiplicarse a otros ámbitos y con otras normas) la

misma respuesta no parece que satisfaga las exigencias de la *peculiaridad trasnacional* de la situación y para el segundo, surge, por ejemplo, la heterodoxia del *rattachement anticipé*, o conexión anticipada a la futura nacionalidad (50).

¿Qué consecuencias derivan de los ejemplos propuestos? Una evidencia parecería indicar que no es justo tratar supuestos tan desiguales de idéntica manera; consecuencia lógica sería la proposición de una norma concreta para cada supuesto. Sin embargo ello vulneraría uno de los objetivos inherentes a toda norma jurídica, cual es la necesaria previsibilidad jurídica que debe promover. Ni siquiera en otras ramas del orden jurídico la casuística total es admitida en el seno de ordenamientos que, como el nuestro, son fundamentalmente de base legal. La norma jurídica es consustancialmente *general y abstracta*. El fortalecer la fecundidad del legislador de DIPr es un recurso posible, incluso deseable, pero con unos límites precisos derivados de las exigencias del ordenamiento jurídico en su conjunto, unos, de la propia tradición jurídica del DIPr, otros, y del respeto por los grupos normativos (huída del fraccionamiento normativo sin adecuada reconstrucción del mismo), los terceros.

Partamos pues de una posibilidad limitada de especialización por razón de la *cuantía* de normas jurídicas desinadas a la regulación del tráfico externo (reténgase que codificaciones con pretensiones de exhaustividad como la suiza llegan —y no pasan— a los doscientos artículos). La respuesta a la necesidad de tener convenientemente en cuenta el grado de heterogeneidad de la situación privada internacional pasa a situarse en la propia norma individualmente considerada; y será ella de forma individual la que deba responder mediante su *multiplicación funcional* a dichas necesidades. Cómo un reducido grupo de preceptos legales pueden multiplicarse para ofrecer una diversidad de respuestas superior a su propio número es una cuestión llamada a responderse a través de su *grado de ductilidad*. Y en esta tarea, como el ejemplo propuesto da a entender, las exigencias de ductilidad pueden recaer tanto sobre normas que otorgan una respuesta material, directa y concreta a la situación jurídica que se plantea, cuanto sobre las que tradicionalmente han arrastrado la etiqueta de mayor abstracción y formalismo, las normas que remiten a otras para otorgar esa respuesta directa y definitiva, las normas de conflicto.

---

(50) Cf., en este sentido. A. E. VON OVERBECK, «L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit international privé de la filiation», *Liber Amicorum A. F. Schnitzer*, Ginebra, 1979, pp. 361-380, concr. p. 367. La jurisprudencia suiza relativa al ámbito de la filiación natural ofrece numerosos ejemplos de esta conexión anticipada, eso sí, justificada bajo los auspicios del *interés del hijo*, y con un solapado lefeorismo como telón de fondo (Vid. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza...*, op. cit., pp. 99-102).

En los últimos años, como reacción natural a una crisis recurrentemente anunciada del DIPr (51), crisis que, en realidad, se predicaba de la tradicional norma de conflicto, se han puesto de manifiesto las *bondades* de dicha opción en aras a la consecución de soluciones justas. Los aludidos desarrollos del carácter funcional de la norma de conflicto o del método de atribución parece que traten de poner de manifiesto las *virtudes ocultas* de la norma de conflicto y, sobre todo, de los mecanismos que rodean su puesta en funcionamiento, en aras al respeto por las exigencias *particulares* de cada situación privada internacional. En lo que concierne a esta segunda dimensión, la idea no es nueva y cuando nosotros mismos hemos recurrido a ella (52) no hicimos sino trasladar líneas argumentales ya presentes en el memorable curso de L. Raape de 1934 sobre las relaciones entre padres e hijos (53). Esta reacción, sin embargo, ha tenido como consecuencia la aparición de nuevas vías de razonamiento encaminadas a la consecución de resultados satisfactorios. A ellas haremos alusión a continuación.

Mas antes debemos poner de manifiesto que la polarización en torno a la «optimización», al máximo aprovechamiento del método conflictual ha desatendido, en cierta manera, y en lo que a los sistemas de DIPr autónomo concierne, la realidad de las normas materiales de DIPr especialmente encaminadas a resolver las cuestiones suscitadas por las situaciones privadas internacionales. Dejando de lado las llamadas normas materiales imperativas o normas materiales de aplicación necesaria, de creciente importancia en ámbitos como el del comercio internacional, lo cierto es que las normas materiales especiales de DIPr ocupan hoy en día un lugar destacado en la codificación internacional de determinados sectores del comercio como la compraventa internacional, el sector de los transportes..., pero carecen de relevancia en otros donde parece que la preeminencia del método conflictual desmiente la idea de crisis. ¿Es que no puede tomarse en cuenta suficientemente el carácter transnacional de una situación jurídica a través de una norma de regulación especial y/o directa (englobense tanto normas materiales especiales como normas materiales espacialmente autolimitadas como la del primer ejemplo propuesto)? Hasta ahora, si como requisito de juicio positivo exigimos la antecitada *ductilidad* que fomenta el respeto del grado de heterogeneidad de la situación, la respuesta sólo puede ser negativa. Respuesta negativa que no viene

---

(51) Quizá el curso de G. KEGEL en la Academia de La Haya sea una de las expresiones típicas de la misma (Vid. G. KEGEL, «The Crisis of Conflict of Laws», *R. des C.*, t. 112, 1964-II, pp. 91-168).

(52) Vid. por ejemplo el tratamiento de los tradicionales problemas de aplicación que realizamos en el Capítulo VI de nuestra obra *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*

(53) L. RAAPE, «Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé», *R. des C.*, t. 50, 1934-IV, pp. 401-544.



impuesta en modo alguno por una imposibilidad técnica, sino por el propio alcance normativo de este tipo de normas que generalmente *comparten* la regulación jurídica del supuesto global con otras técnicas normativas de DIPr. Ciertamente la respuesta no es negativa en aquellos sectores sobre los que se ha proyectado el Derecho uniforme o la acción general de la codificación internacional del DIPr o, incluso, de los sectores de los que se ha ocupado el llamado DIPr Institucional.

Y es en esas otras técnicas, fundamentalmente en las normas de conflicto y, en general, en las normas unilaterales que difieren en otras normas la respuesta final (por ejemplo normas de extensión) donde se han desarrollado mecanismos de flexibilización en beneficio de la satisfacción a la *función normativa* del objeto. El porqué de esta distinción hay que buscarlo en la propia evolución histórica del DIPr. Lo cierto es que la introducción de instrumentos como las denominadas *cláusulas de excepción* a la ley normalmente aplicable o la *especialización por razón del grado de heterogeneidad* de la situación privada internacional, mecanismos ambos respetuosos con la dimensión que analizamos en este momento y sobre los que volveremos, se inscriben en el seno del método de atribución y dentro de la tradicionalísima idea de la mejor localización (54).

#### B) *Las cláusulas de excepción como mecanismos que responden a los imperativos normativos del objeto*

Según C. E. Dubler «una cláusula de excepción propiamente dicha hace intervenir el poder moderador del juez, a fin de que la situación jurídica planteada sea sometida a la ley con la que presenta conexiones más estrechas» (55). Esta definición resalta una de las características identificadoras de la cláusula de excepción con relación a otras cláusulas correctoras: asegurar *exclusivamente* la remisión a la ley con la que la causa presenta las conexiones más estrechas; la otra nota característica es que sólo corrige o excluye el normal funcionamiento de una

---

(54) Claro está, ello no descarta la posibilidad de normas de regulación directa que mediante la utilización de categorías de contenido variable traten de lograr un respeto (directo) de ese grado de heterogeneidad, aunque, transformando el primer ejemplo en una posibilidad de este tipo vemos su atipicidad y quizá su ineficacia: por ejemplo, «No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero... *salvo que del conjunto de circunstancias se pueda desprender lo contrario*» (la finalidad ejemplificativa de este supuesto hace que hayamos obviado la reglamentación del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya, el 5 de octubre de 1961, *BOE*, 17-VIII-1988).

(55) Cf. C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Etudes suisses de droit international privé/Schweizer Studien zum internationalen Recht, vol. 35, Ginebra, 1983, p. 28.

norma de conflicto *stricto sensu* (56). Ello significa que la cláusula de excepción está, en principio, desprovista de toda connotación material o de favor hacia la consecución de determinados valores, protección de concretos intereses u obtención de resultados precisos, por más que la peculiar intervención del Juez a la hora de materializar el concepto de contenido variable «conexiones más estrechas» pueda derivar en lo contrario (57). Dicho esto, no debemos olvidar la estructura y trasfondo de nuestras consideraciones. Como señalamos en la introducción, la perspectiva *localizadora* no muestra sino una de las caras de obtención de una única solución justa; y, en este sentido, si la designación de una ley extranjera (o nacional) significa que ésta es (en principio) la más apropiada para regular la situación de que se trate, la cláusula de excepción posee, en esta medida, un alcance substancial (58).

La primera manifestación legislativa de este instrumento apareció con la reforma de la citada LRDC operada en 1976, que introdujo los arts. 8d y 8e en dicho cuerpo legal donde se insertó una cláusula de excepción *stricto sensu* que conducía a la aplicación de la ley con la que la causa presentase «rapports prépondérants». Tal inclusión fue resultado de las experiencias a que había conducido la extrema *rigidez* del primitivo art. 8 LRDC (59). Esta afirmación, que se corresponde en términos generales con la realidad (60), viene ya a poner en evidencia que el objetivo primario de la cláusula, la *voluntas legislatoris*, estaba encaminada más hacia la evitación de los resultados «indeseados» que hacia la consecución de una «justicia de Derecho internacional privado» (pero, ¿acaso son aspectos separables?).

Con posterioridad, diversas manifestaciones de cláusulas de excepción también especiales, es decir, referidas a concretas materias, han sido recibidas en diversos sectores y diversas sedes de la codificación

(56) *Ibid.*, pp. 30-31.

(57) Así hay que entender las no corroboradas previsiones de F. VISCHER, que veía en la introducción de una cláusula de excepción una vía de materialización de soluciones (Cf. «Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechtes. Gesamtkodifikation des internationalen Privatrechtes der Schweiz oder Revision des Bundesgesetzes betreffen die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (NAG)», *Z.Schw.R.*, 1971-II, pp. 1-106; *id.*, «Drafting National Legislation on Conflicts Laws: the Swiss Experience», *Law & Cont. Problems*, vol. 41, 1977, pp. 131-145, *concr.* pp. 138-140); previsiones que, al margen de la opinión mayoritaria rescata con posterioridad a la Ley suiza sobre el DIPr (Cf. F. VISCHER, «La loi fédérale de droit international privé. Introduction générale», *Le nouveau droit international privé suisse*, CEDIDAC, Lausana, 1988, pp. 11-26, *concr.* p. 15; *id.*, «General Cousse on Private International Law», *R. des C.*, t. 232, 1992-I, pp. 9-255, *concr.* p. 109.).

(58) Cf., en este sentido, B. AUDIT, *Droit international privé*, París, 1991, p. 82.

(59) Cf. A. E. VON OVERBECK, «Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé», *R. des C.*, t. 176, 1982-III, pp. 9-258, *concr.* pp. 202-203; S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza...*, pp. 176-179.

(60) *Vid.* al respecto nuestros desarrollos en *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, Capítulo II.

internacional del DIPr. Así, por ejemplo, los arts. 4,5.º y 6,2.º del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 19 de junio de 1980, recogen dos soluciones técnicas basadas en el principio de conexión más estrecha y que vienen a excepcionar o corregir (61) las soluciones primarias en materia de contratos en general y contrato de trabajo en particular. Del mismo modo, la Conferencia de La Haya ha optado por la solución de la cláusula de excepción parcial en el art. 8,3.º del Convenio sobre ley aplicable a la venta internacional de bienes muebles, de 22 de diciembre de 1986 (62) o en el art. 3,2.º del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, de 1 de agosto de 1989 (63).

En la actualidad, el paradigma positivo de las cláusulas de excepción se encuentra también en el DIPr helvético, consagrado concretamente en el art. 15 de la Ley sobre el DIPr (64). Con independencia de las condiciones y alcance de la aplicación de tal precepto (65), nos interesa poner de manifiesto en este lugar el aspecto o condición fundamental de la flexibilidad y operatividad de esta cláusula de excepción. Como también hemos señalado en otra ocasión (66) cualquier intento de abordar la manifestación peculiar del principio de proximidad a través de la cláusula de excepción positivizada en el art. 15 de la Ley suiza sobre el DIPr debe pasar, necesariamente, por la constatación de que existe un elemento cuyo protagonismo puede conducir a orientaciones muy dispares entre sí o a la adopción de una línea jurisprudencial unívoca; este elemento no es otro que la libertad del Juez en la determinación de la conexión. Tal libertad ha sido profusamente analizada como una de las orientaciones básicas de las codificaciones recientes (67) y parece que en la aplicación de las cláusulas de excepción deba estar limitada por esa dimensión de respeto por las peculiaridades estructura-

(61) No se trata en el primer caso tanto de excepcionar cuanto de corregir. La terminología utilizada por K. KREUZER, «Berichtigungsklauseln im internationalen Privatrecht», *Festschrift für Imre Zajtay*, Tubinga, 1982, pp. 207-235, se adapta en mejor medida a las soluciones del Convenio de Roma.

(62) *Vid.*, al respecto, M. PELICHET, «La vente internationale de marchandises et le conflit de lois», *R. des C.*, t. 201, 1987-I, pp. 9-210, conocr. pp. 153-157.

(63) *Vid.* P. LAGARDE, «La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, pp. 249-275, conocr. pp. 255-257, donde pone de manifiesto los intereses últimos presentes tras la redacción definitiva de la cláusula: intereses de determinados países (Estados Unidos, Reino Unido, la mayoría de países de *Common Law*, los países escandinavos y algunos de América Latina) que ponían en duda la adaptación de la solución general para cada circunstancia.

(64) «El Derecho designado por la presente ley será excepcionalmente inaplicable si, de conformidad con el conjunto de circunstancias, es manifiesto que la causa sólo posee un vínculo muy débil con el mismo y presenta una relación mucho más estrecha con otro Derecho.»

(65) *Vid.* C. E. DUBLER, *op. cit.*, *passim*; S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 182-188.

(66) S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 179-181.

(67) Es, junto con la aplicación preferente de la ley del foro, el otro pilar de la obra de E. VASSILAKAKIS, *op. cit.*

les de la situación contemplada: la cláusula de excepción guiaría la corrección en el sentido del exclusivo logro de la llamada «justicia conflictual», lo que supone que todo tipo de argumento material (aquéllos que en la satisfacción de la función global del Derecho se distinguen de la satisfacción particular de la especialidad impuesta por la presencia del elemento extranjero y el grado de heterogeneidad de la situación privada internacional) debe excluirse.

En la consecución del respeto por las características definidoras de la transnacionalidad de la situación privada internacional la cláusula de excepción cuenta en su contra con una presunción de proximidad en beneficio de las normas de conflicto. Y es en la veracidad de esta presunción en la que se encuentra la clave de la operatividad de la cláusula. Los criterios que integran los conceptos que nos ocupan (relación más estrecha, vínculo preponderante) han sido clasificados en dos grandes grupos que se corresponden con criterios objetivos y criterios subjetivos (68), con posteriores subdivisiones y subclasificaciones (69). No obstante es de mayor interés la *valoración* de esos criterios que su mera identificación; valoración donde serán de vital importancia aspectos como la *sectorialización* del DIPr (el mismo balance objetivo tendrá diferente alcance ya nos encontremos ante una materia familiar o personal, ya ante una cuestión de relaciones extracontractuales), la intensidad de determinados criterios frente a otros, etc. (70). Y en este hecho, en la correcta comprensión de este factor, es donde radica la operatividad mayor o menor de la cláusula. Porque, como ya hemos puesto de manifiesto en otra ocasión, la cláusula de excepción «relativiza todas y cada una de las soluciones positivas... puede operar tanto en la determinación del criterio de conexión primario, cuanto en la persona en que el mismo recae; igualmente tiene una operatividad potencial importante como factor de especialidad (incidencia en el supuesto de hecho contemplado) y, sobre todo, como factor de jerarquización de las soluciones, atendiendo a la peculiaridad de *cada situación*» (71). Todos los aspectos reseñados son importantes con vistas a tratar individualizadamente, de forma *especial*, cada situación privada internacional, pero quizá el que en mayor medida responde a las exigencias del grado de heterogeneidad de dicha situación sea el último referido: la multifuncionalidad (especialización funcional) frente a la llamada jerarquización de las normas de conflicto, ya que ésta es otro de los mecanismos idóneos para la obtención del fin perseguido.

---

(68) Vid. H. P. DIETZI, «Zur Einführung einer generellen Ausweichklausel im schweizerischen internationalen Privatrecht», *Festgabe zum schweizerischen Juristentag* 1973, Basel-Stuttgart, 1973, pp. 49-74, con.cr. p. 61.

(69) Vid. de forma general, C. E. DUBLER, *op. cit.*, pp. 92-97.

(70) *Ibid.* pp. 97-100.

(71) Cf. S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 293-294.

Por ello puede afirmarse que se trata del instrumento que en mayor medida colabora a la *multiplicación funcional* de la normativa de DIPr. La cláusula de excepción a la ley normalmente aplicable resulta un mecanismo óptimo de especialización por razón del grado de heterogeneidad; *diversificación que va más allá incluso de la que reflejan las normas a las que eventualmente excepciona*. La cláusula de excepción puede funcionar como tantas normas *distintas* cuanto situaciones distintas concurren. Ciertamente ello no va a ser así, puesto que el mismo límite cuantitativo que pesa sobre el legislador a la hora de elaborar normas de DIPr debe pesar sobre el intérprete y aplicador del sistema. Sin embargo la idea misma de *excepción* por razón de la dispersión de los elementos de la situación jurídica justifica la especialización (72).

---

(72) Especialización que, contrariamente a lo que se ha dicho, puede incidir también en la dimensión de *especialización por razón del problema o grupo de problemas* contemplados. No se trata de predicar distintas respuestas jurídicas para grados distintos de heterogeneidad de la relación privada internacional, sino de predicar soluciones distintas para problemas distintos aunque el grado de heterogeneidad de la relación jurídica que los plantea sea idéntico. Un ejemplo puede ayudar a asimilar esta idea que, por razones sistemáticas (no se trata de una consecuencia de la peculiaridad del objeto), no está suficientemente expresada en el apartado que hemos dedicado a la cláusula de excepción. Imaginémonos que el sistema jurídico español X arbitra una única norma para la determinación de la ley aplicable a la filiación (natural y adoptiva) que se remite a la ley nacional del hijo/adotando; imaginemos en este contexto las situaciones siguientes: padre legal ha adquirido por residencia la nacionalidad española, madre e hijo de nacionalidad francesa y con residencia habitual en España; adoptante de nacionalidad española y con residencia habitual en España. Si, en el primer supuesto, nos encontramos con una impugnación de la paternidad del padre legal, la hipotética norma conduciría a la aplicación de la ley nacional francesa del hijo y la existencia de una cláusula de excepción quizá no alterase el normal juego de dicho precepto. ¿Sería lo mismo si lo pretendido fuese —segundo supuesto— la constitución de la adopción por parte del adoptante español? ¿Acaso en este caso las posibilidades de actuación de la cláusula de excepción —en favor de la ley española— no serían mayores? El grado de heterogeneidad de la situación privada internacional es en términos generales el mismo. Cambia el problema. Y la cláusula de excepción puede tener cuenta del mismo, puesto que la valoración de los vínculos más estrechos está íntimamente ligada al problema, a la cuestión del Derecho (capacidad de especialización no por el grado de heterogeneidad). Sobre esta dimensión de la especialización, no por razón del grado de heterogeneidad de la relación jurídica nos permitimos remitirnos a las consideraciones, muy parciales por razón de la materia, que realizamos en nuestra obra *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 162-165 y, en especial a los trabajos de P. G. VALLINDAS, «La structure de la règle de conflit», *R. des C.*, t. 101, 1960-III, pp. 327-380, *concr. p. 360*; F. SCHWIND, «Aspects et sens du droit international privé. Cours général de droit international privé», *R. des C.*, t. 187, 1984-IV, pp. 1-144, *concr. p. 104*; B. AUDIF, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la "crise" des conflits de lois)», *R. des C.*, t. 186, 1984-III, pp. 223-397, *concr. pp. 361-362*; M. A. ASÍN CABRERA, «La technique des règles spéciales de rattachement dans les Conventions de La Haye de droit international: répercussions dans le droit international privé espagnol», *Perméabilité des ordres juridiques. Rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé*, Zurich, 1992, pp. 265-280; y las sintomáticas palabras de P. M. PATOCCHI, enlazando en parte las perspectivas sobre las que ahora tratamos al señalar que «especialización y flexibilidad de la norma de conflicto son fenómenos muy distintos; no obstante, su objetivo es común: se trata de conseguir una mejor localización»

Que el mecanismo es perfectamente asimilable por el intérprete continental es una primera impresión que puede legítimamente abstraerse de las primeras aplicaciones de la «cláusula de excepción» del Convenio de Roma (o de las normas que la habían *nacionalizado* con anterioridad a su entrada en vigor). Un análisis de la incipiente jurisprudencia alemana, francesa y belga arroja un balance provisional positivo; el mismo que la primera decisión del Tribunal Federal suizo que se consagra expresamente a las condiciones de aplicación *in casu* del art. 15 de la Ley sobre el DIPr (73). Las primeras decisiones alejan los temores de una utilización en función de un resultado sustancial preordenado así como la tendencia hacia un legeforismo artificial (74). De otra parte, el peligro de atentado a la previsibilidad que supuestamente asegura la tradicional norma de conflicto (75) choca tanto con la realidad jurisprudencial española y comparada que se aleja de aquélla, cuanto del valor que posee la jurisprudencia en el seno de nuestro orden jurídico.

Por otro lado y, a pesar de que intuitivamente estemos construyendo el discurso en torno al sector del Derecho aplicable, no cabe duda de que un mecanismo similar en el ámbito de la competencia judicial internacional cumpliría una función diversificadora como la que cumple la cláusula de excepción. El peculiar carácter unilateral de las normas estatales sobre competencia judicial internacional haría que la configuración técnica de tal cláusula adoptase una fórmula diversa, próxima a un *forum non conveniens*, por un lado, y a un foro de necesidad, a modo del art. 4 de la Ley suiza sobre el DIPr, por otro (76). Como hemos puesto de manifiesto en otra sede, el hecho de que la LOPJ no cuente con una previsión al respecto no supone en modo alguno su innecesidad. Los intereses que trata de proteger una fórmula flexible de foro de necesidad conciernen a la relación en sí misma considerada (a su grado de heterogeneidad y a su proximidad con el foro) y evitarían situaciones que rozan el derecho a la tutela efectiva reconoci-

---

(Cf. P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Etudes suisses de droit international/Schweizer Studien zum internationalen Recht, vol. 42, Ginebra, 1985, pp. 229-230).

(73) Cf. C. CAMPIGLIO, «Prime applicazioni della clausola d'eccezione "europea" in materia contrattuale», *Riv.dir.int.priv.pr.*, 1992, pp. 241-254. Respecto de la jurisprudencia suiza, *vid.*, la *Sent.Tribunal fédéral suisse (2e Cour civile)*, de 28 noviembre 1991, *Rev.crit.dr.int.pr.*, 1992, pp. 484-488, y la nota de F. KNOEPFLER, *ibid.*, pp. 488-495.

(74) C. CAMPIGLIO, *loc. cit.*, p. 254.

(75) Cf., entre las recientes manifestaciones, B. AUDIT, *Droit international privé, op. cit.*, p. 80.

(76) «Cuando la presente ley no prevea ningún foro en Suiza y un procedimiento [judicial o administrativo] en el extranjero aparezca como imposible o no pueda exigirse razonablemente, las autoridades judiciales o administrativas suizas del lugar con el que la causa presente un vínculo suficiente serán competentes». Como ejemplo positivo de *forum non conveniens* podemos aludir al derogado art. 8e 3 LRDC (*vid.*, sobre ambos, S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 124-130 y 138-139).

do en el art. 24 de nuestra Constitución (recordemos, derecho susceptible de invocación directa) como la que pudo presentar la *Sent. TS (Sala 1.ª) de 4 de noviembre de 1991* que, con independencia de lo discutible de su argumentación, ratificó las anteriores declaraciones de incompetencia en un supuesto ampliamente ligado a nuestro ordenamiento (77).

### C) *La jerarquización de las normas de conflicto*

Otra de las opciones tendentes al respeto del grado de heterogeneidad de la situación privada internacional, con especial relevancia en aquéllas que por su estructura permiten la *agrupación* de criterios a la hora de determinar su ley rectora es la que plantea la alternativa entre normas de conflicto con conexiones únicas y normas de conflicto complejas o con conexiones múltiples; más concretamente, con diversas conexiones entre las que se establece una jerarquía interna con base en la diversa fuerza localizadora de cada criterio. Tal opción tiene su epicentro, también, en la efectividad de la localización (78) o en el deseo de elaborar una «mecánica de precisión tan próxima como sea posible de la realidad» (79). La alternativa no se centra en la mayor o menor amplitud de la categoría empleada como supuesto de hecho de la norma, sino en la búsqueda de soluciones adecuadas para los distintos grados de heterogeneidad de una relación jurídica concreta. Ello no supone en modo alguno la concreción técnica de múltiples normas de conflicto para múltiples supuestos, sino el establecimiento de un *orden de preferencia* que, naturalmente, presupone una opción o un juicio de valor básico en torno al criterio o criterios asumidos como relevantes. Este dato debe servirnos para poner en entredicho, como se ha pretendido, la debilidad del valor localizador de las conexiones subsidiarias (80). Estas responden, *todas ellas*, al mismo interés por la localización más adecuada y se corresponden *in concreto* con *situaciones distintas*, como pone de manifiesto su propia subsidiariedad. La circunstancia de que concurriendo varios de los supuestos de hecho presentes en la norma de conflicto compleja, la jerarquía establecida excluya unas soluciones en beneficio de otras en nada empaña lo dicho. Las conexiones subsidiarias están concebidas para situaciones con un grado de heterogeneidad *concreto y distinto* (generalmente, conforme van entrando en

---

(77) *Vid. CCJC*, 1991, núm. 27, pp. 1057-1060 y el comentario de M. AMORES CONRADI, pp. 1060-1068. Aunque la visión del TS hubiera sido correcta (que, como manifiesta M. AMORES CONRADI, no lo es) las exigencias de los principios inspiradores del sistema español de competencia judicial internacional y las exigencias de la peculiaridad de la situación privada internacional juzgada hubieran debido conducir a un comportamiento judicial distinto.

(78) *Cf. P. M. PATOCCHI, op. cit.*, p. 229.

(79) *Cf. J. FOYER*, «Problèmes de conflits de lois en matière de filiation», *R. des C.*, t. 193, 1985-IV, pp. 9-117, concr. p. 54.

(80) *Cf. P. M. PATOCCHI, op. cit.*, p. 229.

juego las conexiones subsidiarias la dispersión de los elementos de la relación, su grado de heterogeneidad, es mayor o, al menos, es menor la presencia de aquéllos a los que las concepciones del foro otorgan una importancia mayor), y la entidad de su valor localizador debe juzgarse con base en tal presupuesto. El hecho de que este tipo de normas no se aparte de la ortodoxia conflictual clásica (son neutras y, en cierto modo, rígidas, asegurando una previsibilidad de resultados y una seguridad jurídica clara) no supone negar relevancia a la situación concreta de que se trate (81), sino, por el contrario, darle una relevancia importante desde el punto de vista de la dispersión de sus elementos en el espacio.

La presencia en un sistema de normas de conflicto con conexiones subsidiarias es un índice que permite valorar el grado de adaptación del sistema a la pluralidad potencial de supuestos reales, su grado de *especialización*. M. Keller y K. Siehr señalan convenientemente la idea. Ellos parten de un concepto de conexión subsidiaria distinto al que aquí hemos adoptado; distinguen entre las normas como las del art. 4 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (para ellos, típico ejemplo de norma con conexiones subsidiarias) y las denominadas conexiones en cascada (*Kaskadenanknüpfungen*), ya que parten de la idea de subsidiariedad emparentada a las funciones del orden público (conexiones subsidiarias impregnadas de un elemento material orientador). Nosotros, por el contrario, nos referimos a normas de conflicto con conexiones subsidiarias para hacer referencia, precisamente, a la cascada conflictual kegeliana. Pues bien, lo que nos interesa destacar, y para ello traemos a colación la opinión de los antecitados autores, es que estas conexiones subsidiarias determinan el Derecho aplicable a *distintas* situaciones de hecho (82).

Las normas con conexiones subsidiarias (en cascada) liberadas de connotaciones materiales, implican un respeto al grado de heterogeneidad de la relación jurídica y correlativamente un *factor de especialización* que no incide sobre el supuesto de hecho, sobre la mayor o menor generalidad de la categoría utilizada como tal, sino en la propia situación. A título de ejemplo puede repararse en el art. 10,5 del C.c., cuya descomposición siguiendo la línea que nos inspira nos llevaría a decir que «las obligaciones contractuales no mediando sumisión... se regirán por la ley nacional común...»; «las obligaciones contractuales respecto de las cuales las partes, sin poseer nacionalidad común, no hayan acordado expresamente la sumisión a una ley determinada con la que el negocio tenga alguna conexión, se regirán por la ley de la residencia habitual común de las mismas...», etc.

---

(81) Cf. PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, «Una perspectiva funcional...», *loc. cit.*, p. 93.

(82) Cf. M. KELLER/K. SIEHR, *op. cit.*, p. 284.



Esta variante de la especialización viene *impuesta* por la voluntad de acudir a criterios de conexión fuertes (que aseguren un alto grado de continuidad de la situación en el espacio, una fuerte validez internacional de la configuración jurídica que se efectúe a través de la norma) o a leyes aplicables que presenten una alta vinculación con la situación, lo que implica el recurso a la conjunción de elementos que no siempre concurren y a la paradoja de que cuando mayor sea el grado de heterogeneidad de la relación jurídica, es decir, cuanto mayor sea la dispersión de sus elementos en el espacio, la toma en consideración de esa peculiaridad redundará en una pérdida del interés por ofrecer soluciones acordes con la misma. Se suele producir una *desinternacionalización relativa* al recurrir a la ley del foro como si de situación puramente homogénea se tratase. El ejemplo del art. 107 C.c. es buena muestra de ello: la ley española —la misma que disciplina los supuestos puramente homogéneos— será la que regulará los supuestos de nulidad separación y divorcio en los que los cónyuges posean distinta nacionalidad y diferente residencia habitual. En otros casos, como pone de manifiesto la reciente reforma operada por la Ley 11/1990 con la conexión «lugar de celebración», se acude a conexiones de cierre que, aun no siendo coincidentes con la *lex fori*, no arrojan una vinculación suficiente con el supuesto de que se trate. El respeto por el grado de heterogeneidad será tanto mayor cuanto mayor sea la escalera conflictual.

#### D) Otras «excepciones» respetuosas con el grado de heterogeneidad

La especialización normativa en DIPr también se manifiesta a través de la progresiva diversificación de las categorías que se incluyen en las normas que componen el sistema. Sin embargo, que existan tres normas para determinar el Derecho aplicable al reconocimiento voluntario de filiación, a la filiación matrimonial o a la determinación judicial de la filiación es un hecho que, en principio no añade nada al respeto por el grado de heterogeneidad a que hacemos referencia. Otro tanto puede afirmarse de una distinción entre los diversos tipos contractuales, a modo de lo que dispone el Convenio de Roma de 1980 (por ejemplo, trabajadores, consumidores y contratos en general). La especialización a que nos referimos (que en modo alguno descarta aquella por razón de la cuestión jurídica) *tiene una dimensión localizadora* (al lado, no cabe duda, de una dimensión sustantiva). Las cláusulas de excepción son una muestra de la misma. La jerarquización de las normas de conflicto otra, así como las normas de extensión o los mecanismos de integración de normas pertenecientes a diversos órdenes jurídicos. En el sistema español de DIPr autónomo existen ejemplos de estas últimas.

Señalan J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo que las normas de extensión cumplen la función de exceptuar, para determinados supuestos la solución general contenida en la norma de conflicto en atención a peculiares intereses de política legislativa del legislador del foro o por la *especial conexión de tales supuestos con el ordenamiento del foro* (83). El ejemplo clásico del art. 1,4.º del Estatuto de los Trabajadores, limitando el general alcance del art. 10,6.º del C.c. y ofreciendo una solución *distinta* para un supuesto *concreto* de los, en principio, incluidos por la generalidad del citado 10,6.º, pone de manifiesto la idea que queremos destacar. Se trata de la adopción de soluciones diversas para situaciones que, refiriéndose a una *misma cuestión jurídica*, presentan una conformación estructural distinta en lo que a la distribución de sus elementos respecta. Ello, bien entendido, no es sino una muestra mínima de diversificación de las soluciones por razón de las peculiaridades de la situación jurídica. Se ofrecen *dos* soluciones distintas para un mismo grupo de problemas en función del grado de «transnacionalización» del mismo. Por supuesto, la unilateralidad de las normas de extensión sólo da respuesta diferenciada, como señalan los autores últimamente citados, a situaciones que encuentran un cierto grado (*alto* desde las concepciones del sistema) de proximidad con el foro.

Esta misma especialización por razón de la situación y no por razón del problema general contemplado se produce, aunque con peculiares manifestaciones, en aquellos casos en los que el sistema de DIPr, posibilita condicionalmente la concurrencia parcial de más de un sistema jurídico estatal en la satisfacción de una determinada pretensión; siempre que tal condición, claro está, se refiera a las peculiaridades estructurales de la situación. El art. 9,5.º del C.c. referido a la constitución de la adopción nos proporciona un ejemplo palmario: «La adopción constituida por juez español se regirá, en cuanto a los requisitos, por lo dispuesto en la Ley española. No obstante, deberá observarse la Ley nacional del adoptando en lo que se refiere a su capacidad y consentimientos necesarios: 1.º *Si tuviera su residencia fuera de España...*» El precepto puede justificar varias lecturas (84) pero de lo que no cabe duda es que se está diferenciando por razón del grado de heterogeneidad de la relación jurídica. Si integramos lógicamente la norma dotándola de contenido concreto en relación con lo establecido en el art. 22,3.º LOPJ, vemos que de los cuatro criterios de competencia que se determinan (nacionalidad o residencia habitual de adoptante o adoptando) la norma de derecho aplicable distingue entre aquél en el que el

---

(83) J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.*, 1991, pp. 411-415.

(84) *Vid.* PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, *La adopción internacional*, Oviedo, 1988, para una visión mucho más amplia y plural de la que aquí ofrecemos. *Vid.*, además, N. BOUZA VIDAL, «La nueva Ley 21/1987, de 11 de noviembre, y su proyección en DIPr», *RGLJ*, 1987, pp. 897-931.

adoptando tenga su residencia en España de los otros tres cuando no concurren con dicha residencia. En el primer caso (y a salvo, por el momento, la matización que sigue introduciendo el art. 9,5.º en lo que a la adquisición de la nacionalidad española por parte del adoptando respecta) es la ley española la competente; en el segundo, que presenta un grado de heterogeneidad *distinto*, la ley española va a concurrir parcialmente con la ley nacional del adoptando: existen dos soluciones en función del grado de heterogeneidad *actual* de la situación relativa a la adopción.

En la misma línea de razonamiento pero con un matiz interesante se encuentra el análisis de la otra «situación» que da origen a un tratamiento relativamente diverso: cuando el adoptando, aun poseyendo su residencia habitual en territorio español no adquiere la nacionalidad española como consecuencia de la adopción también «deberá observarse» la ley nacional del adoptando respecto de los extremos citados. El matiz al que nos referimos es que, en este caso el respeto por el grado de heterogeneidad de la situación jurídica se realiza en función de una estructura *futura*: si la nueva situación que resulta de la constitución de la adopción de conformidad con la solución normativa *X* tiene un grado de heterogeneidad *Y* la primaria solución no se modula en absoluto; si, por el contrario, la aplicación de la solución *X* implica un a situación con un grado de heterogeneidad *Z* dicha solución normativa pasa a ser *X + W*. Las soluciones son distintas en función del grado de heterogeneidad futuro resultante. Cuando decimos que en el ejemplo propuesto se produce una especialidad *relativa*, la presencia de un tratamiento *relativamente* diverso, queremos poner de manifiesto que en realidad las peculiaridades *actual* y *futura* inherentes a la situación privada internacional, reciben un tratamiento *distinto* con relación al resto de los supuestos pero *idéntico* una con relación a la otra. Ello, para finalizar, responde a la idea de respeto al grado de heterogeneidad *en función* de la consecución de un mismo objetivo de salvar en la mayor medida posible la discontinuidad en el espacio de la adopción constituida por el Juez español; de constituir, en fin, adopciones con un alto grado de validez internacional.

Se trata, en todo caso, tanto en este ejemplo como en el anterior, de manifestaciones incipientes y sumamente *débiles* (menos débil en el caso de la constitución de la adopción) de especialización por razón de la distribución de los elementos componentes de la situación privada internacional en el espacio (85).

---

(85) En un discurso que partiera no de la importancia y consecuencias del objeto del DIPr, sino de la importancia y consecuencias de sus funciones (o de ambos) deberían aparecer a continuación de este punto las respuestas a otras exigencias derivadas de las funciones generales del Derecho que competen al DIPr. Los límites del presente estudio hacen que los desarrollos sobre la traducción técnico positiva de dichas funciones, así como los mecanismos de optimización de las mismas, queden relegados. No obstante no podemos pasar sin siquiera hacer una brevísima referencia a técnicas como las denominadas normas de conflicto sustancialmente condicionadas o materialmente orientadas, manifestación más clara del compromiso entre toma en consideración del grado de heterogeneidad de la situación privada internacional y sus exigencias de acomodación a determinados valores superiores o a la protección de intereses considera-

### 3. EL LLAMADO «SEGUNDO ESCALÓN» DEL DIPr

#### A) Introducción y ubicación sistemática

Señalan M. Keller y K. Siehr que una vez determinado el Derecho aplicable a una situación privada internacional aún no existe funda-

---

dos como preponderantes. Según PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, este tipo normativo se enmarca dentro de la búsqueda del mejor resultado (consecución de la función pre-determinada) y dan respuesta a la incertidumbre que la libre actividad del Juez crea en la obtención de dicho resultado óptimo a través de su incidencia capital en los problemas de *aplicación* que rodean la puesta en funcionamiento de la norma de conflicto. Se garantiza así un cierto equilibrio entre seguridad jurídica y justicia en el resultado (Vid. PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, «Una perspectiva funcional...», *loc. cit.*, pp. 120-121), que para nosotros no es más que el resultado de la consciente asunción de la tarea funcional del DIPr en cuya consecución las normas de conflicto de contenido sustancial son el resultado de una depuración técnica media entre dos grados distintos de consecución de los mismos objetivos (Vid. más ampliamente P. M. PATOCCHI, *op. cit.*, *passim*) con una necesaria toma en consideración de la estructura de la situación sobre la que se proyectan.

El otro gran aspecto que deberíamos destacar y del que tan sólo rescatemos una de sus manifestaciones —quizá una de las más llamativas— es el relativo a la importancia de las labores de interpretación e integración del sistema de DIPr. Sin detenernos en ello, queremos dejar constancia de la existencia de una peculiar utilización de la *analogía* y de una analogía positivada en alguna de las soluciones recientes de la codificación del DIPr que abren perspectivas sumamente atractivas en el discurso que mantenemos. La integración por medio de una *analogía positivada* y, por ello, carente de la especificidad del método de razonamiento analógico (Seguimos en este punto a M. ATIENZA, *Sobre la analogía en el Derecho: Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986) viene a sumar una nueva vía de ampliación normativa, de *especialización de factó* del sistema. Preceptos como el art. 74 de la citada Ley suiza de DIPr («El art. 73/ relativo al reconocimiento voluntario de filiación/ se aplicará por analogía en materia de legitimación extranjera») llama la atención al incorporar soluciones específicas para otra institución a una que ha desaparecido de la regulación positivo-material del foro, pero que puede concurrir en el seno de una situación privada internacional. Sin embargo resulta más llamativa la apelación a la analogía que se realiza en preceptos como el 83,2.º (aplicación *por analogía* del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, para determinar los derechos de la madre a su sostén y al reembolso de los gastos del parto), el art. 85,2.º (que determina la aplicación *por analogía* del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, a la protección de mayores) o el art. 93,2.º (aplicación *analógica* del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, para cualquier tipo de disposición por causa de muerte). En ellos se ordena la aplicación *analógica* de convenios internacionales que, en principio, no se dirigen a regular los supuestos que regulan las citadas normas. No se trata ya de recurrir a otra norma o grupo de normas sino a todo un sistema convencional. Si la Ley suiza ha realizado por el intérprete ese juicio de semejanza entre las situaciones contempladas por los convenios y las que trata de regular, ¿estaría igualmente legitimado el intérprete? Y si la respuesta es positiva, ¿debería limitarse a los convenios que efectivamente obligasen al Estado o podría acudir a otros (Es realmente significativa a este respecto la *Sent. Aud. Prov. de Valencia de 16 mayo 1989* (RGD núms. 538-539, 1989, pp. 5022-5024), anotada por PILAR RODRÍGUEZ MATEOS, *REDI*, 1990-1, pp. 235-238, y el recurso argumental que de ella se realiza al Convenio de Bruselas).

mento alguno para lanzar un «eureka» jubiloso. En numerosas ocasiones los problemas comienzan, de verdad, tras el plano, escalón o nivel conflictual; en un nivel material, en un segundo escalón sobre el que se siguen proyectando exigencias derivadas del origen conflictual del razonamiento (86). Si la aplicación de un determinado Derecho presenta ya dificultades en relación con situaciones puramente homogéneas, situaciones que se vinculan de forma exclusiva con él, puede pensarse razonablemente en la multiplicación de esos problemas cuando *la misma normativa* ha de aplicarse a situaciones con un determinado grado de heterogeneidad. Los citados autores condensan bajo la problemática suscitada por este segundo escalón (de Derecho material) una serie de problemas presididos por la idea de *coordinación* material de sistemas, donde tienen cabida cuestiones ya estudiadas desde antiguo, como la trasposición o la substitución (87), junto a un «amorfo grupo de casos» (88) con el denominador común de dificultades de *interpretación* del Derecho material aplicable. A él dedicaremos las siguientes ideas.

El discurso que venimos desarrollando no puede pasar por encima de este nuevo dato para la reflexión, sistematizado hace algunos años bajo la forma de una *Zweistufentheorie* del DIPr (89). Esta teoría de un *DIPr. en dos escalones, en dos niveles*, trata de justificar la toma en consideración de una normativa distinta a la declarada aplicable por la

(86) Cf. M. KELLER y K. SIEHR, *op. cit.*, pp. 516-524, concr. p. 516. Nada sería más superficial, señalaba H. LEWALD, que tratar de aplicar una normativa material (aquella designada por la norma de conflicto del foro o de otro ordenamiento) a una situación heterogénea como si de una situación interna se tratase (H. LEWALD, «Règles générales du conflit de lois. Contribution à la technique du droit international privé», *R. des C.*, t. 69, 1939-III, pp. 1-147, concr. p. 126; *vid.* también H. BATIFFOL, «Réflexions sur la coordination de systèmes nationaux», *R. des C.*, t. 120, 1967-I, pp. 165-188, concr. pp. 168-171). Al hilo de esta idea añadíamos nosotros que «el grado de heterogeneidad de la relación jurídica, que juega un papel preponderante en su "localización" en un sistema concreto, no agota con ello su relevancia, puesto que habrá de ser tenido muy en cuenta a la hora de insertarse en ese sistema» (Cf. *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, p. 255).

(87) Entre una abundante literatura sobre el particular, sin duda no resulta en absoluto extemporáneo traer a colación el memorable curso de H. LEWALD, «Règles générales du conflit de lois...», *loc. cit.*, pp. 136-145; igualmente diáfanos respecto de las figuras señaladas son las explicaciones de G. VAN HECKE, «Principes et méthodes de solution...», *loc. cit.*, pp. 499-513.

(88) Cf. M. KELLER y K. SIEHR, *op. cit.*, p. 518.

(89) Cf. H. J. HESSLER, *Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht. Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrecht*, Munich, 1985, como uno de los trabajos más significativos. No obstante, la idea es muy anterior, como pone de manifiesto la propia bibliografía manejada en el citado trabajo y encuentra un parentesco evidente con la denominada *datum-theorie* de A. A. EHRENZWEIG. Precisamente la *Zweistufentheorie* del DIPr fue objeto de atención especial en el *Ehrenzweig-Symposium* celebrado el día 17 de julio de 1984 en el seno del Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht de la Universidad de Heidelberg, recogido en el texto *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht*, Heidelberg, 1986, obra que no hemos podido consultar.

norma de conflicto del foro, que se integra como elemento interpretativo de la ley material competente. En palabras de E. Jayme, «... se trata de que tras la decisión de la norma de conflicto, en el plano de la norma material [aplicable] se tome en consideración nuevamente un Derecho extranjero... en primer lugar se determina el Derecho aplicable. Posteriormente serán *transformadas* las normas materiales de tal Derecho, con ayuda de un Derecho extranjero cuya toma en consideración viene exigida por la finalidad de la norma material» (90). La justificación de incluir en este momento el análisis de un tal proceder deriva de que su razón última se encuentra en la peculiaridad de la situación privada internacional y, si bien no de forma exclusiva, en su grado de heterogeneidad. Con ello no queremos solapar ni esconder la opinión manifestada por quienes se han ocupado profusamente del tema, en el sentido de considerar que el *segundo peldaño*, el segundo nivel en el que se desenvuelve la interpretación de la norma declarada aplicable a la situación privada internacional (primer nivel conflictual), se corresponde con un deseo de consecución de la denominada *justicia material*, por oposición a la denominada justicia conflictual que quedaría reservada al primer nivel (91). Nuestra constatación se ve corroborada por una relectura del fondo de la argumentación doctrinal.

Así podemos interpretar las palabras de quienes, incluyendo la *Zweistufentheorie* entre las técnicas de integración entre norma material y norma de conflicto, la consideran preferible a una *cláusula de excepción*, entendiéndola más justificada la peculiar interpretación de la norma material para el caso concreto que la construcción de una norma de conflicto para casos excepcionales (92); el hecho mismo de la comparación pone de manifiesto la eventual proximidad finalista de los mecanismos (93). En igual sentido traemos a colación la postura de H. U. Jessurum d'Oliveira bajo la terminología de *Kripto-Internationales Privatrecht*. A pesar de que también este autor manifiesta explícitamente que el *Kripto-IPR* colabora en la consecución de una justicia material para la que no existe apenas lugar dentro del proceso de averiguación de la normativa aplicable (tradicional norma de conflicto) (94), lo cierto es que una lectura pausada de su desarrollo puede arrojar un balance más próximo al aquí sustentado. El autor explica el mecanismo (similar al de la *Zweistufentheorie*) como un medio de desarrollo y metamorfosis del Derecho (interno), motivado por el carácter multicultural, multiétnico, pluralista en definitiva, de la so-

---

(90) Cf. E. JAYME, «Internationales Familienrecht heute», *Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels*, Baden-Baden, 1986, pp. 341-375, concr. p. 369.

(91) Cf., H. J. HESSLER, *op. cit.*, p. 168.

(92) Cf. E. JAYME, *loc. cit.*, p. 370.

(93) Así podría entenderse también la alusión que E. JAYME realiza a la limitación que impone H. J. HESSLER a la teoría sólo para las situaciones de tensión derivadas de una falta de armonía material (*ibíd.*, p. 369, nota 152).

(94) Cf. H. U. JESSURUM D'OLIVEIRA, *loc. cit.*, p. 262.

ciudad (holandesa). Desarrollo que orienta la norma (a través de su peculiar interpretación en la que se involucra un Derecho extranjero) hacia la consecución de una solución justa, una decisión aceptable que considere los aspectos sociales (problemas de comprensión, analfabetismo, diferencias culturales y religiosas...) de la situación privada internacional (95). A pesar de esta idea como derrotero, toda su construcción está impregnada de la importancia de esta situación privada internacional; con irónicas alusiones a la homogeneización de situaciones jurídicamente heterogéneas a través de la «varita mágica de la norma de conflicto» (96); de la importancia del «élément d'extranéité» (retenido en su terminología francesa) que, aunque puede no tener capacidad para desplazar el Derecho normalmente aplicable, sí la conserva para mantener el *status quo* dentro del mismo (97); con el reconocimiento de que no puede olvidarse que a pesar de la aplicabilidad de un Derecho material nacional, el supuesto juzgado no pierde la cualidad y peculiaridades propias de una situación privada internacional (98).

### B) Alcance y significación

Señalada la razón sistemática del tratamiento de un proceder similar al que estamos analizando, abundaremos en el alcance y significación de dicha «doctrina» sobre la base de la sistematización realizada por H. J. Hessler. Esta, como hemos adelantado, parte de la justificación del método conflictual y de la necesidad de incorporar valores sociales en un campo tan sumamente sensible a los mismos como el de la familia. Además, parte de una situación privada internacional llamada a regularse por la *ley del foro*, en cuya aplicación una ley extranjera será reclamada como elemento interpretativo (como dato) para garantizar un resultado justo (99). Una síntesis de tal proceder extraída de las conclusiones de su tesis señala lo siguiente:

---

(95) *Ibid.*, p. 258.

(96) *Ibid.*, p. 247.

(97) *Ibid.*, p. 255.

(98) *Ibid.*, p. 260, parafraseando a M. KELLER y K. SIEHR, *op. cit.*, pp. 516 y ss., con los que se muestra absolutamente de acuerdo.

(99) H. J. HESSLER comienza apoyándose en diversos supuestos, sumamente representativos y sintomáticos, para ilustrar su construcción. El primero de ellos hace referencia a la situación creada por un matrimonio pakistani que se divorció en la RFA mediante *talaq*, que fue registrado en Rawalpindi. Ante la denegación del reconocimiento solicitado por el marido, éste hubo de solicitar de nuevo el divorcio ante las competentes autoridades alemanas con el asentimiento de su esposa. El Tribunal alemán declaró la disolución del matrimonio en aplicación del Derecho material alemán (§ 1565,2.º BGB), a pesar de que las partes aún no llevaban un año separados, como era exigido por la ley alemana. El fallo consideró que «la conservación del matrimonio supondría una irrazonable inconveniencia para las partes» (*Sent. AG Munich, de 5 de diciembre de 1980, IPRax*, 1982, pp. 250-251), tomando en consideración la situación

«El Derecho extranjero *desechado* [por la norma de conflicto] es tenido en cuenta en un plano material, como elemento racional en la interpretación de la cláusula general [material] interna. No es necesaria una orden de aplicación porque *la norma extranjera no es aplicada*: [sólo] es tomada en consideración en el *proceso interpretativo*, porque a causa de su vinculación personal o territorial (al menos derivada del Derecho nacional de uno de los litigantes) contiene la valoración reclamada en la integración de una cláusula general interna, actuando como un dato» (100).

Esta construcción, que circunscribe o limita su ámbito al Derecho de familia, a los supuestos en los que el Derecho aplicable es el Derecho material del foro y el Derecho *considerable* es un Derecho extranjero, que restringe su operatividad a los supuestos en los que el *considerado* Derecho extranjero integra la interpretación de una *cláusula material general* de la *lex fori* y que justifica toda la operación en la búsqueda de una *solución material justa*, como hemos visto, puede legítimamente extenderse en sus postulados y justificarse *además* y, al menos, conjuntamente, desde la perspectiva del respeto por el grado de *heterogeneidad* de la situación privada internacional: el DIPr en dos niveles, puede también encontrarse en todos aquellos supuestos en los que en la aplicación de la *lex causae* (sea la ley del foro o una extranjera (101)) se introduzcan elementos provenientes de otra u otras leyes vinculadas con el supuesto; y ello con independencia de que se trate de

---

consolidada para el Derecho pakistaní. La misma fuerza gráfica posee el supuesto resuelto por la *Sent. BGH (RFA) de 26 de mayo de 1982*: una alemana contrajo matrimonio con un francés, adquiriendo la nacionalidad francesa del marido y perdiendo la nacionalidad alemana. Tras varios años de matrimonio y tras una serie de desavenencias conyugales, el marido interpuso una demanda de divorcio, pendiente la cual la esposa solicitó y obtuvo la recuperación de la nacionalidad alemana. El Tribunal alemán, en virtud del (anterior a la reforma de 1986) art. 17 III EGBGB aplicó a las consecuencias del divorcio la ley alemana, que por mediación del § 1587 BGB otorgaba a la ex-esposa un beneficio en función de las expectativas a la consecución de una renta o pensión creadas durante el matrimonio. No obstante, tal beneficio puede no ser exigible si así se deriva del conjunto de circunstancias (§ 1587 c núm. 1 BGB). El BGH utilizó el Derecho francés, considerándolo como un dato, para la interpretación del § 1587 c 1 BGB, al considerar injusto la absoluta aplicación del Derecho alemán como consecuencia de la adquisición por parte de la mujer de la nacionalidad alemana pendiente el proceso (*Sent. BGH (RFA) de 26 de mayo de 1982*, IPRax, 1983, pp. 180-184). Un tercer ejemplo en materia de adopción internacional puede consultarse en H. J. HESSLER, *op. cit.*, pp. 3-4.

(100) Cf. H. J. HESSLER, *op. cit.*, p. 178 (los énfasis y los incisos entre corchetes son nuestros).

(101) Así se manifiestan también, M. KELLER y K. SIEHR, *op. cit.*, p. 522-523; E. LORENZ, «Zur Zweistufentheorie des IPR und zu ihrer Bedeutung für das neue internationale Versorgungsausgleichsrecht», *FamRZ*, 1987, pp. 645-653, concr. p. 646; H. U. JESSURUM d'OLIVEIRA, *loc. cit.*, p. 259, aunque preguntándose cómo podrá realizar el Juez del foro esa *creación* del Derecho sobre cimientos extraños (creemos que esa situación es tan sólo una dificultad, en modo alguno una imposibilidad).



la interpretación de cláusulas generales o no; si bien no puede desconocerse que la existencia de tales cláusulas facilitan el desarrollo de la *Zweistufentheorie* (102). Y la justificación de este proceder en relación con el grado de heterogeneidad del objeto del DIPr no resulta en absoluto lejana a la evidencia. Como señala al respecto E. Lorenz, en la aplicación de la norma material (no sólo cláusulas generales) declarada competente por la norma de conflicto a supuestos internacionales (supuestos heterogéneos) es preciso tener en cuenta que el supuesto está *vinculado fundamentalmente pero no exclusivamente* con la *lex causae* (103).

Puede así considerarse que el funcionamiento de la *Zweistufentheorie* es, pues, tributario del grado de heterogeneidad de la situación contemplada: creemos que a mayor grado de heterogeneidad, menores son las posibilidades de actuación de la misma: la dispersión absoluta de los elementos de la relación hace que las *desechadas* leyes sean numerosas y (aquí sí) la *proximidad* (porque ha de existir un cierto grado de proximidad) con una de ellas no sea lo suficientemente intensa para justificar su *toma en consideración*. Por el contrario, la polarización de dicha dispersión entre dos órdenes jurídicos (situación con un bajo grado de heterogeneidad) hace que pueda existir una *proximidad* pareja (o suficiente) con ambos; si la norma de DIPr se ha decantado (por las razones que sean) por uno de los dos, el otro puede legítimamente conservar su vocación de aplicación o, al menos, toma en consideración. Ahora bien, ésta no tiene por qué ser la única explicación de las relaciones entre *Zweistufentheorie* y grado de heterogeneidad. Al lado de esta opinión, debemos dejar constancia también de la parcialmente diferenciada de E. Lorenz. Para éste, cuanto más precisa sea la norma de conflicto en el primer nivel para encontrar el centro de gravedad de la situación heterogénea, menor será la posibilidad de (interpretar) aplicar el Derecho material competente de forma distinta a como sería (interpretado) aplicable a una situación puramente homogénea conectada exclusivamente con ese Derecho. Lo contrario (es decir, relevancia importante del *segundo nivel*) sucede cuando la norma de conflicto designa un Derecho con el que la situación jurídica presenta un vínculo débil.

Que estas consideraciones no son exclusivas del Derecho de familia y pudieran legítimamente generalizarse queda ratificado por los ejemplos antecitados de las *Sents. Hoge Raad de 18 de noviembre de 1983 y de 30 marzo de 1984*, donde también se puede ver una respuesta en dos niveles: a la luz de lo determinado expresamente por el sistema de DIPr del foro y a la luz de un Derecho (no contemplado por dicho sistema) que reivindica su *consideración* en función de una *solución*

---

(102) E. LORENZ, *Ibid.*

(103) *Ibid.*, (el énfasis sobre la idea de *vinculación* [y no de *materialización*] es nuestro).

*justa* (¿una solución acomodada al grado de heterogeneidad de la situación privada internacional?). En el ámbito del Derecho laboral internacional, soluciones satisfactorias para el supuesto de trabajos desempeñados temporalmente fuera del lugar habitual de prestación de los mismos, pueden acomodarse sin traumas a la *Zweistufentheorie*, haciendo que se *integre* el Derecho no retenido por la norma de conflicto dentro de la aplicación de la ley competente (104).

Nos encontramos, en todos estos supuestos, en una potenciación de la fase de *interpretación* de la ley normalmente aplicable que viene a suplir, en alguna medida, la pobreza normativa de los sistemas autónomos de DIPr a la que hacíamos alusión. El intérprete suple la existencia de una cláusula general que le habilite para la «aplicación simultánea» de dos órdenes jurídicos distintos (en la materia laboral últimamente referida puede verse tal posibilidad, si bien limitándose a las normas penales, de policía y de seguridad pública, en la salvaguarda de las mismas efectuada en el art. 10,6 C.c. (105)) o, al menos, para la toma en consideración de un orden jurídico distinto del legalmente aplicable. Que la jurisprudencia en la que los autores que han estudiado este fenómeno utilice una argumentación valorativa sustantiva (se habla de *equidad* o de evitar una *irrazonable inconveniencia* o de *injusticia*) no enmaraña, en nuestra opinión el peso relevante de la internacionalidad de la situación, de su grado de heterogeneidad, que no sólo posee capacidad para reclamar una respuesta legislativa concreta (y no otra), sino que hunde sus peculiaridades en el proceso interpretativo y aplicativo del Derecho para exigir, adicionalmente, un también concreto comportamiento decisorio. Se trata de una especialización funcional (una multiplicación de soluciones) en la fase de interpretación no ya, o no sólo, del sistema de DIPr considerado, sino de la ley material en definitiva competente. Especialización funcional, derivada de la peculiaridad de la situación privada internacional, que puede concurrir con el resto de las técnicas de especialización, incluso con la cláusula de excepción (106), pues supone una nueva técnica, no necesariamente contradictoria.

Hablar o no de un nuevo método ajeno a la localización clásica de la ley aplicable, creemos que puede desbordar la importancia de tal proceder. Que sea una manifestación, una prueba, de la insuficiencia

---

(104) Cf., en este sentido, E. LORENZ, «Das objektive Arbeitsstatut nach Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts», *Recht der Arbeit*, 1989, pp. 220-228, concr., p. 224. Resulta también significativo que los tres casos con los que H. U. JESSURUM d'OLIVEIRA ilustra su exposición correspondan al ámbito del Derecho laboral internacional (*loc. cit.*, pp. 250-255.).

(105) Resulta significativo el emparejamiento que H. U. JESSURUM d'OLIVEIRA establece entre esta técnica y la de las normas materiales imperativas de un tercer Estado, no idénticas pero comparables (*loc. cit.*, p. 256).

(106) Estamos de acuerdo con E. LORENZ, *loc. cit.*, pp. 647-648.

del método de atribución y la neoestatutaria (107) no supone que se trate de una alternativa; más aún, es una consecuencia del carácter insatisfactorio del método de atribución pero lo presume. Que, al igual que alguno de los conocidos *problemas de aplicación* de dicho método, adquiera carta de naturaleza en la práctica jurídica de DIPr, es, en nuestra opinión, más que seguro. Las distintas técnicas ya asentadas de adaptación e integración de diversos órdenes jurídicos poseen un cierto parentesco con esta teoría. Por otro lado, recuérdese que la *Zweistufentheorie* surge inequívocamente en el seno de un proceso de *interpretación* que se corresponde con «...todo el conjunto de actividades que han de ser puestas en práctica para llevar a cabo la investigación o la búsqueda auténtica del derecho o de lo que “es derecho”, es decir, del “iustum” concreto» (108); que la interpretación en DIPr posee una importancia histórica innegable; y que el valor de la jurisprudencia, sin salirnos de nuestro propio sistema y sin entrar en la vana polémica de si el DIPr es o no un Derecho judicial (109), es una cuestión que hay que analizar alejándonos de viejas clasificaciones y atendiendo a los que consideramos datos capitales, al menos en nuestro orden jurídico: la prohibición de *non liquet* que hoy ampara el art. 1,7 C.c. y, sobre todo, la disposición del art. 1692,4.º LEC, que posibilita un recurso de casación por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la *jurisprudencia* (110). A partir de ellos, no puede descartarse la consolidación de un proceder aplicativo del DIPr (sobre todo por parte de las autoridades judiciales) que, orientado hacia un *modelo abierto*, supla, la *imprevisión* legislativa, en unos casos, y la *imposibilidad* técnica de adaptación perfecta de la legislación a su objeto social, en otros. El peligro de manipulación de la técnica (111) no es mayor que el que pesa sobre otras muchas técnicas de DIPr. En contrapartida, supone un grado más de especialización, mucho más abierto, al no estar constreñido por el marco formal de una norma; al situarse en la fase de interpretación. En otro contexto y para otro tipo de situación, señala M. Virgos Soriano que «...La interpretación debe partir de la norma a in-

---

(107) Así H. U. JESSURUM D'OLIVEIRA, *loc. cit.*, p. 262.

(108) Cf., L. DÍEZ PICAZO, *Experiencias jurídicas...*, *op. cit.*, p. 231.

(109) *Vid.* ya P. LALIVE, *loc. cit.*, pp. 63 y ss.

(110) La construcción que, sobre este dato y en íntima relación con la doctrina de las fuentes, realiza IGNACIO DE OTTO es sumamente expresiva de una realidad innegable por encima de calificaciones y clasificaciones: «...lo determinante —señala— a la hora de determinar el valor vinculante de la jurisprudencia no es en modo alguno el calificativo que se le aplique, sino las consecuencias que se conecten a su infracción... el ordenamiento jurídico establece que la sentencia que la infrinja podrá ser sancionada con la anulación, lo que sólo es posible porque el ordenamiento considera que la sentencia es antijurídica y, por tanto, que la jurisprudencia forma parte de las normas cuya infracción acarrea una consecuencia, esto es, del derecho» (Cf. IGNACIO DE OTTO y PARDO, *Derecho constitucional y sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, p. 298).

(111) En tal sentido se manifestó A. E. VON OVERBECK en el citado *Ehrenzweig-Symposium*, Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht, *op. cit.*, p. 165 (referencia tomada de E. LORENZ, *loc. cit.*, p. 648).

tegrar (la de DI privado) y de la nueva realidad a regular (la del tráfico externo, sus intereses y problemas) y no de la norma integradora (la del Derecho material en función auxiliar) y la realidad antes regulada (la del tráfico interno)» (112). La idea es más que adaptable a la situación contemplada. De lo que se trata en este momento es de interpretar la norma material según las exigencias de la nueva realidad a regular (la situación privada internacional, del tráfico externo, sus intereses y problemas) y no de la realidad para la que la norma material fue concebida (la situación homogénea o meramente interna, la del tráfico interno).

### III. CONCLUSIONES

Hablar de objeto del DIPr en los tiempos que corren puede parecer un ejercicio estéril o trasnochado. Incidir en la *juridicidad y normatividad* del DIPr en la misma medida que la del resto del ordenamiento jurídico, una evidencia sin mayores consecuencias. Sin embargo, cuando objeto y norma se confrontan para comprobar la incidencia de uno sobre otro, y de tal confrontación derivan consecuencias directas que aconsejan una determinada *actividad legislativa, judicial o interpretativa* en general, la esterilidad deja paso a un discurso fructífero. Este discurso es el que hemos pretendido realizar. En él, por razones expositivas, hemos prescindido de un desarrollo que creemos sumamente importante, cual es el que se cimenta en la idea de *sistematicidad* y todas las consecuencias que se derivan de la misma. Asimismo, no hemos puesto especial énfasis en los aspectos relacionados con la llamada *materialización* del DIPr, con independencia de haber reiteradamente advertido que nuestro discurso los presupone.

Siendo el DIPr parte de un orden jurídico determinado, participa necesariamente de las funciones a que ese orden se orienta. Mas comprobar que el DIPr responde a las funciones generales del Derecho sí que es un resultado estéril si no se ve acompañado de algún tipo de matización que justifique su estudio individual, que justifique la idea de sistema. Y en este punto la especificidad funcional del DIPr aparece dirigida a la satisfacción de las funciones generales del Derecho (y en última instancia la función de alcanzar una *solución justa*) en *relación con el objeto que le es propio*. La importancia del objeto se revitaliza tras la visión de la función.

El *grado de heterogeneidad* de la situación privada internacional, de ese objeto, impone una respuesta diferenciada para una situación

---

(112) Cf. M. VIRGÓS SORIANO, *Lugar de celebración y de ejecución...*, op. cit., p. 22. Vid., del mismo autor, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, 1993, pp. 148-150.

asimismo diferenciada. La realidad sigue siendo mucho más rica que la norma y su evolución problemática mucho más veloz que la legislativa. Por ello, esa realidad plural reclama una *especialización* normativa. Especialización como un mecanismo de máximo aprovechamiento de las respuestas jurídicas que el sistema de DIPr debe aportar. Especialización que en el discurso realizado ha adoptado variadas perspectivas: en primer lugar, una *multiplicación cuantitativa* de las normas de DIPr con independencia de la concreción técnica de que se trate: normas materiales especiales, normas de extensión, normas de conflicto. No cabe duda de que esta vía resulta, al menos teóricamente, apta para ofrecer esa diversidad de respuestas que la diversidad de problemas plantea; la *especialización por el supuesto de hecho de la norma de conflicto*, es decir, la disección de las categorías generales que lo integran en otras menos generales es una manifestación de esta perspectiva (en la que no hemos reparado suficientemente al no venir determinada por el grado de heterogeneidad de la situación privada internacional). En segundo lugar, una *multiplicación funcional* de las normas de DIPr. Partiendo de la imposibilidad de ampliar indefinidamente el sistema de DIPr, lo cual más que reducir la complejidad llegaría a un grado en que la aumentaría de forma considerable (piénsese en la también multiplicación de los problemas calificadorios y, sobre todo, de delimitación del ámbito de aplicación de cada norma), se trata de arbitrar mecanismos que favorezcan el resultado último de «plegado», de acomodación a las exigencias del problema. En otras palabras, el DIPr se ha servido y debe servirse de técnicas que sin implicar un aumento cuantitativo del material normativo sí respondan a una diversificación funcional.

En esta tarea de especialización creemos que debe apoyarse decididamente alguna de las técnicas expuestas cuyo estudio hasta la fecha no ha puesto suficientemente de relieve sus posibilidades en este sentido: dos ejemplos característicos (no únicos) son las normas de conflicto con conexiones en cascada y las cláusulas de excepción a la ley normalmente aplicable. Las primeras, como hemos puesto de manifiesto, se convierten en un índice que nos permite valorar el grado de adaptación del sistema a la pluralidad potencial de supuestos reales; las conexiones principal y subsidiarias de una norma de este tipo determinan el Derecho aplicable a *distintas* situaciones de hecho por poseer distinto grado de heterogeneidad. En nuestro discurso nos hemos contentado con poner de manifiesto, describir esta perspectiva. Las segundas son un elemento idóneo de especialización (no sólo, aunque sí fundamentalmente, por el grado de heterogeneidad de la situación privada). No encontramos argumentos (temores) fundados que impidan su recepción positiva como cláusula general en el sistema autónomo español. Por otro lado, la orientación de la codificación internacional del DIPr hace que el intérprete español esté llamado indefectiblemente (y no a largo plazo) a operar con cláusulas de excepción especiales (*ad ex* las contenidas en el Convenio de Roma sobre ley aplicable a las

obligaciones contractuales o las introducidas o que se vayan introduciendo en la labor codificadora de la Conferencia de La Haya).

Otro tanto debemos decir de mecanismos como el de la denominada «conexión anticipada», garante de una especialización en función del *grado de heterogeneidad futuro* de la situación privada internacional. Especialmente idóneo en relación con la conexión nacionalidad en el ámbito de la familia, puede operar en igual sentido respecto de otro tipo de conexiones personales e, incluso, territoriales. Una respuesta próxima a esta idea se encuentra en el art. 9,5 C.c., en materia de constitución de la adopción y debe ser saludada.

Por último, la idea de especialización no debe contentarse con la exigencia de un *determinado* material normativo. La revitalización de la fase de *interpretación* de la normativa de DIPr y el tratamiento del Derecho material efectivamente aplicable con asunción de un proceder similar al propugnado por los defensores de la *Zweistufentheorie* del DIPr es una actitud sólo heterodoxa desde una perspectiva clásica; desde una visión formal (formalista) del proceso clásico de averiguación de la ley aplicable, sobre cuyas carencias no es necesario abundar. Es una de las muestras más llamativas de un proceso interpretativo donde se han consolidado manifestaciones o *teorías* menos «naturales» (*¿quid* de la teoría de la *cuestión previa* o del mismo expediente del *reenvío*?). En tanto que este *modus operandi* responda a las exigencias normativas del objeto (y ya hemos visto que se muestra altamente operativo para la protección de concretos intereses «sustantivos») el problema que supone la necesidad de *adaptación* de normativa perteneciente a dos órdenes jurídicos distintos inherente a la *Zweistufentheorie* se compensa sobradamente con el mayor grado de especialización que supone la elaboración de una solución *ad hoc*, aun a costa de negar la nitidez (no su funcionalidad) de la localización y de la idea de «centro de gravedad» de la situación privada internacional.



# El pacto de la «Lex Commissoria» en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno

FRANCISCO JAVIER ROVIRA JAÉN

Notario

*A Juan Vallet de Goytisolo.*

*como homenaje tardío a su colosal  
personalidad de jurista y de hombre.*

**SUMARIO:** I. Introducción.—II. Precedentes históricos en España. A. Derecho romano. a. Clásico. b. Postclásico o vulgar. c. Justiniano. B. El derecho medieval español: Escuelas históricas. C. Período visigodo. a. Código de Eurico. b. Liber Iudiciorum. D. La Reconquista Española. a. El del Fuero Juzgo y Fuero Real. b. Castilla y León. c. Aragón y Navarra. d. Cataluña. E. La recepción del derecho común. Las Leyes de Partidas. a. El contrato de compraventa. b. La resolución de los contratos. c. El pacto de la «lex commissoria». d. La doctrina de los autores castellanos de derecho común. F. La práctica jurídica. a. Pedro de Sigüenza. b. Melgarejo. c. Febrero.—III. Antecedentes históricos de derecho antiguo y moderno en Francia. A. En el antiguo derecho francés. a. Derecho bárbaro. b. Derecho canónico. c. Derecho feudal. d. Droit coutumier. e. Droit écrit. f. Aplicación a la venta de bienes inmuebles. B. Code Napoléon. a. La compraventa real. b. La resolución legal: condición resolutoria sobreentendida. c. Resolución convencional.—IV. Epoca de codificación en España. A. Derecho tradicional español. B. Los Proyectos de Código civil. Proyecto de 1836. Proyecto de 1851. Proyecto de 1882. C. La doctrina contemporánea del Código civil.—V. La Resolución de la Venta Inmobiliaria en el Derecho Moderno Español. A. La resolución judicial y la convencional. B. El pacto comisorio expreso (art. 1504) y la resolución legal implícita (art. 1124). a. La Teoría unitaria. b. Teoría dualista. C. La autonomía de la voluntad: hipótesis de cláusulas resolutorias. a. Venta sin pacto resolutorio. b. La cláusula resolutoria sin requerimiento. c. La cláusula del requerimiento resolutorio. d. Cláusula de resolución. e. La cláusula de condición resolutoria expresa.—VI. La condi-



ción resolutoria. A. Teorías que niegan el carácter de condición resolutoria. a. Teoría de la facultad jurídica. b. Teoría del derecho potestativo. B. Teoría de la condición resolutoria. C. Teoría de la condición potestativa resolutoria. D. Nuestra opinión.—VII. El poder resolutorio. A. La inscripción de la condición resolutoria. a. La inscripción especial. b. La posposición del rango. B. Renuncia al poder resolutorio. a. La renuncia en el aspecto material o extraregstral. b. La renuncia en el aspecto meramente regstral. C. El poder resolutorio temporal. D. Cesión del crédito del precio aplazado y el poder resolutorio. a. Introducción. b. Su posibilidad. c. Su inscribibilidad. E. Conclusiones.—VIII. La asunción de la deuda del precio aplazado.—IX. La cancelación de la condición resolutoria. A. Por extinción del derecho inscrito. a. El pago por reconocimiento del vendedor. b. El pago y su justificación por el comprador. c. Por la prescripción extintiva del crédito por el precio aplazado. d. Por la caducidad pactada del poder resolutorio. B. Por extinción del asiento regstral. C. Conclusiones prácticas.—X. El ejercicio de la resolución de la venta. A. La Constitución en mora del comprador. a. El cumplimiento del vendedor. b. La suspensión del pago del precio. c. El incumplimiento del comprador: la voluntad deliberadamente rebelde. d. Extensión del impago: precio, intereses, impuestos, letras de cambio. B. El requerimiento de pago y la notificación resolutoria. a. Antecedentes. b. Doctrina de Manresa. c. La Jurisprudencia. d. La doctrina española. e. Teoría del requerimiento de pago y la notificación resolutoria. f. El requerimiento de pago art. 1504 y el comiso enfiteútico. g. El requerimiento de pago y la Compilación Navarra. h. La cláusula «sin requerimiento». i. Las formas del requerimiento. j. El requerimiento y notificación a terceros. k. La oposición al requerimiento. l. Efectos de la constitución en mora. C. La consignación del precio recibido y la cláusula penal. a. La consignación del art. 175.6 RH: génesis y evolución. b. La Jurisprudencia regstral. c. La consignación y los terceros. d. La consignación y su ámbito cuantitativo. e. La consignación de las letras.—XI. Efectos de la resolución. A. Eficacia liberatoria y restitutoria de la resolución. B. Eficacia retroactiva de la resolución. C. Retransmisión de la finca al vendedor. a. La retransmisión automáticamente o mediante escritura de retransmisión. b. Retraso del comprador en la restitución de la posesión del inmueble vendido una vez resuelto el contrato. D. Restitución de los frutos e intereses. E. Los deterioros sufridos en la finca y las mejoras. F. El pacto de no indemnizar las construcciones fijas realizadas por el comprador. a. En el ámbito del Código civil. b. El pacto de mejoras en Cataluña. G. La moderación judicial de las penas contractuales.—XII. El pacto de la «lex commissoria» y la Ley de Defensa de los Consumidores. A. En cuanto a la posibilidad de ejercitar el vendedor unilateralmente el poder resolutorio. B. El pacto de mejoras en la condición resolutoria. C. La cláusula estrictamente penal. —XIII. Ensayo de una cláusula resolutoria. A. Condición resolutoria. B. Cesión del crédito y asunción de deuda aplazada. C. Ejercicio del poder resolutorio. D. Cancelación de la condición resolutoria.—Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

La condición resolutoria en la venta de bienes inmuebles ha sido víctima de un deterioro creciente, tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por la Dirección General de los Registros y del

Notariado, así como por un amplio sector doctrinal, que hacen una lectura de los artículos 1504 y 1124 Cc, en el sentido de complementarse mutuamente, imponiendo al art. 1504 unos requisitos que no constan en la ley, ni en la tradición histórica, como es la exigencia de que el impago por parte del comprador, no baste la mera pasividad, sino que se precisa la voluntad deliberadamente rebelde del comprador; se impone la obligación de consignar el precio recibido por parte del vendedor, para poder realizar la resolución de la venta; se impone siempre la intervención judicial, y se aplica la prohibición del comiso de los negocios de garantía, a las ventas en función de garantía.

El recelo de la jurisprudencia actual por el posible perjuicio al comprador, como la parte mas débil en la contratación inmobiliaria frente al poderoso promotor vendedor, lleva a la consecuencia de que la condición resolutoria, debe ser objeto de una interpretación restrictiva, que llega a ahogar por asfixia el pacto de la «lex commissoria», y pasa a formar una pieza de museo en la historia del derecho privado. Nuestro estudio se dirige a colocar esta institución, que ha desempeñado un papel válido, lícito y útil a lo largo de siglos de existencia, en el lugar que le corresponde dentro de la actual situación histórica y social. Para esto, vamos a intentar analizar la institución del pacto de la «lex commissoria», a través de la evolución histórica, no sólo dentro de España donde se desarrolló siguiendo la tradición romana de Las Partidas, interpretada por los grandes juristas castellanos del derecho común, y que estuvo vigente hasta la publicación del nuestro Código civil, sino también analizando la tradición del antiguo derecho francés, que cristalizó en el Code de Napoleón, siendo éste último el antecedente inmediato de nuestro art. 1504 Cc.

Un error de planteamiento ha sido acudir a la doctrina italiana, en cuyo derecho no existe un precepto semejante al art. 1656 del Code, 1504 de nuestro Código civil, y se ha elaborado la doctrina del «cláusula resolutoria expresa» recogida en el art. 1456 del Código italiano, llegando a decirse que existe «una identidad sustancial de este precepto italiano con el art. 1504 Cc» (Ruiz Martínez, Precio aplazado..., p. 601, y R. Adrados, con ciertas salvedades, en «Algunos aspectos...», p. 64). Nuestro estudio va a consistir en el análisis de esta institución buscando su identidad española en relación con su antecedente francés.

Este estudio tiene además, una finalidad práctica, puesto que por la vía del pacto de la «lex commissoria», y como una solución de autotutela privada, se pretende ponerla a salvo de los ataques y de las incomprensiones de la doctrina actual. La autotutela privada ha sido el elemento jurídico útil en los períodos históricos de convulsión social y jurídica, como lo fue a la caída del Imperio Romano, se repitió a la caída del reino visigótico, y en los momentos actuales, la institución que pretendemos salvar del naufragio, puede actuar fomentando la seguridad jurídica privada, y aliviando el quehacer de nuestros congestionados tribunales de justicia.

El análisis de los precedentes históricos, quizás parezcan excesivos al tratar de la evolución histórica del mismo contrato de compraventa,

pero es fundamental analizar el entramado donde se teje el pacto de la «lex commissoria», para comprender mejor sus perfiles y efectos. Me he detenido en el examen de nuestras fuentes jurídicas, con el fin de resaltar la identidad de cada una de las zonas geográficas españolas, pero al estudiar la Recepción del Derecho Común (romano y canónico), a través de nuestros grandes juristas del Siglo de Oro español, he podido recordar, de la mano de nuestros historiadores, que el movimiento de la Recepción, no es español exclusivo, sino procedente de una cultura europea, que tendía a interpretar los derechos locales o nacionales, con el criterio unitario del derecho romano y canónico. Como dice un insigne jurista, el Derecho Común se ha desvirtuado su verdadero significado y en la actualidad se ha intentado estudiar, desde un punto de vista localista y parcial, cuando su esencia era otra, europeo y universal, acorde con las tendencias supranacionales de nuestro tiempo.

## II. PRECEDENTES HISTÓRICOS EN ESPAÑA

El estudio del pacto de la «lex commissoria» lo vamos a desarrollar desde una perspectiva histórica, en dos vertientes. Una, va a recoger la tradición romano española, los Fueros medievales, Las Partidas, y la doctrina de los autores del Derecho Común hasta la vigencia del Código civil.

La otra vertiente es la derecho antiguo francés, a través del derecho feudal y canónico, del «droit coutumier» y «droit écrit», y la doctrina de los autores del Derecho Común, hasta la publicación del Code de Napoleón (1804). Este último Code es el inspirador inmediato de nuestro Código civil.

### A. DERECHO ROMANO

#### a. *Derecho romano clásico.*

En un principio no existía una acción general de resolución del contrato por incumplimiento de una de las partes, de manera que el contratante que incumple, sólo podía exigir el cumplimiento de la obligación incumplida, pero no la resolución.

Pero la posibilidad de resolver los contratos se introdujo a través de estos dos procedimientos: en los contratos innominados del tipo «do ut des», y en la compraventa mediante el pacto de la «lex commissoria». Veamos como se produce la resolución.

1.— En los contratos innominados del tipo «do ut des», «do ut facias», el convenio de voluntades y la entrega de la cosa no crea una relación obligatoria, de manera que el incumplimiento de una de las

partes, no faculta al «praestans» a exigir el cumplimiento a la otra parte, sino sólo a que se le restituya la cosa prestada.

Estos contratos no se perfeccionan hasta que una de las partes ha cumplido su prestación. Siguiendo a Capitán, la causa es el objeto de la obligación de cada parte, es decir, la prestación que ha prometido hacer («condictio ob causam datorum», «causa data causa non secuta»); las palabras «causa» y «res» se emplean indistintamente una por otra («datio ob causam», «datio ob rem». Te doy, para que me des, y si no me las das, se dice «causa non est secuta», de manera que el «prestans» no tenía acción para obligar al «accipiens» a ejecutar su promesa (porque la entrega de la cosa y el convenio de voluntades no creaban la relación obligatoria), sino que sólo se le concedía una «condictio» para constreñirle a la restitución de la cosa entregada, que los compiladores del Digesto llaman «condictio causa data, causa non secuta» (D. XIII; 4 C. IV, 6). Esta acción se concedía, por razones de equidad, para evitar un enriquecimiento injusto del «accipiens», que se produciría, si éste pudiera conservar el beneficio de la prestación, sin entregar nada a cambio. La «condictio» se aplicó dentro de los límites de la «actio praescriptis verbis» cuando la inexecución provenía de culpa del «accipiens» (Digesto, lib. XIX, tit. V. 1.) (1).

2.— El contrato de compraventa sin pacto «lex commissoria», no era resoluble, por incumplimiento de una de las partes.

La compraventa es un consensual, que es el convenio de voluntades y entrega de la cosa que sí crea la relación obligatoria, a diferencia de los contratos innominados.

Pero la venta consensual se perfecciona por dos contratos verbales: el vendedor estipula el pago del precio, y el comprador se hace prometer la entrega de la cosa. Es un contrato generador de dos obligaciones, que tienen conexión en su origen, pero no lo están en su ejecución:

— En su origen, el vendedor, se obliga a entregar la posesión pacífica y definitiva de la cosa, «habere lícere», y el comprador se obliga a pagar el precio; el vendedor debe la cosa, y el comprador debe el precio. El comprador no adquiere la propiedad de la cosa, sino un derecho de crédito que le faculta para exigir al vendedor que cumpla su obligación; es decir, que le entregue la cosa en posesión pacífica, no que le entregue el dominio de la cosa vendida («actio emptio»). El vendedor tiene el derecho de crédito que le faculta para reclamar el pago del precio («actio venditi»).

No es necesario que el vendedor sea propietario de la cosa vendida. Es válida la venta de cosa ajena.

---

(1) CAPITÁN, *De la causa de las obligaciones*, pp. 110 y ss.

— Pero este contrato tiene una segunda fase, que es la de la ejecución de estas obligaciones. El comprador tiene que entregar el precio inmediatamente después de la celebración del contrato, o en el plazo que se haya estipulado; la entrega del precio determina el momento, a partir del cual el comprador puede exigir que le sea entregada la cosa. La entrega de la cosa (la «traditio») determina el momento a partir del cual el comprador adquiría la propiedad («Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur.» Código de Justiniano, II, 3, de pactis 20 Diocleciano y Maximiano.).

En la ejecución, la obligación del vendedor y la del comprador no tenían conexión entre sí, y de esta falta de conexión se deriva:

— La regla «res perit emptoris», de manera que cuando, antes de la entrega de la cosa, y ésta en manos del vendedor, perece la cosa por caso fortuito, el comprador tenía que pagar el precio.

— La otra consecuencia, es que no se admitía uno de los contratantes pudiera pedir ante los Tribunales la resolución del contrato cuando la otra parte rehusaba a cumplir su obligación. El vendedor sólo podía pedir el cumplimiento de la obligación del comprador, pero no podía pedir la liberación de lo que quedó obligado por el convenio.

3.— La «lex commissoria».

Pero las fuentes romanas admiten la resolución de la venta mediante el pacto de la «lex commissoria» que tuvo una gran importancia como se aprecia al dedicarle el Digesto todo un título (18, 3). Es fundamental un texto de Pomponio (D. 18. 3. 2), que dice así «Cuando el vendedor del fundo con el pacto de esta ley, expresa que si no se ha pagado su importe hasta cierto día, se tenga por no comprado el fundo.

«Quum venditor fundi in lege ita caverit: “Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit”, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur; nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecunia iemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.» (D. 18, 3, 2).

En este marco de la venta romana clásica concebida como un contrato consensual es donde aparece el pacto de la «lex commissoria» (2).

En el caso de haberse fijado un término, la resolución de la venta tenía lugar de pleno derecho por el vencimiento del día pactado sin que el comprador realizase el pago. El vencimiento del término, se considera que constituye en mora al deudor comprador, sin necesidad de una

---

(2) Ha hecho notar WIEACKER, que la «lex commissoria», es una necesidad «des Synallagmas des klassischen Konsensualkaufs», y que resultaba superflua en el marco de la venta real en que el paso de la propiedad se hacía depender del pago del precio (Lex commissoria, en Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen. Berlin 1932, pp., 11 y 19, citado por ARCHI, en *Il trasferimento della proprietà...*, pp. 116 y 119).

interpelación o intimación al pago. Esto último dio lugar a la regla «dies interpellat pro homine». La «interpellatio» o puesta en mora, sólo era necesaria cuando falta la fijación del plazo.

Si después del día señalado en el pacto de la «lex commissoria», el vendedor pidiese el precio, parece que renunció a ella y no puede variar o usar del beneficio de la ley (3).

En el mismo caso de haberse fijado el término, y después de su vencimiento, mientras el vendedor no se pronunciara sobre la determinación a tomar (pedir el cumplimiento o la resolución), tenía que respetarse esta determinación, y el comprador, aun transcurrido el término no podía hacer la oferta del precio; pero la oferta tenía eficacia jurídica sólo en el caso en que el comprador no pudo hacer el pago dentro de plazo por culpa del vendedor (4).

En el derecho romano, el pacto de la «lex commissoria» entraña una verdadera condición resolutoria de la venta, la cual se producía de modo automático al cumplirse el «factum» de la condición, que es el impago del precio en el tiempo convenido.

#### b. *El derecho romano posclásico*

También se llama «Derecho romano vulgar», (5).

Se llama derecho romano vulgar al que se elaboró en los últimos años del Imperio Romano, a partir del siglo IV, por la concesión general de ciudadanía hecha por Caracalla, y el reconocimiento del Cristianismo, por el Edicto de Milán del Emperador Constantino (año 312).

El sistema de la transmisión de la propiedad en la época postclásica, se opera sobre el engranaje clásico de algunas formas de «traditio ficta» y esencialmente sobre el modelo del «constitutum possessorium» causal. Apareció un proceso de espiritualización de la «traditio» unido a la tendencia de convertirla en un negocio abstracto, y paralelamente se operó un proceso de publicación y formalización de la «tradi-

(3) DIGESTO, 18. 3. VII: «Post diem commissoriae legi praestitum si venditor pretium petat, legi commissoriae renunciatur videtur, nec variare et ad hanc redire potest». De manera que una vez hecho el requerimiento de pago, el vendedor sólo podía pedir el cumplimiento del contrato, y no podía variar pidiendo el beneficio de la «lex commissoria» de resolver la venta.

(4) «Marcellus libro vigésimo dubitat, commiso utrum tunc locum habet, si interpellatus non solvat, an vero, si non obtulerit. Et magis arbitror, offerre eum debere, si vult ex legis commissoriae potestate solvere; quodsi non habet, cui offerat, posse eum securum.» ULPIANO (D. 18. 3. 4. 4.).

(5) Para la redacción de este apartado se ha utilizado las obras de: FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa en el derecho medieval español», en *AHDE*, XXV, 1955. MEREJA, PAULO, «Sobre a compra em venda na legislação visigótica», en *Estudos de direito visigótico*, Coimbra, 1948. ERNST LEVY, *West Roman Vulgar Law*, Filadelfia, 1951, que recoge FERNÁNDEZ ESPINAR. G. G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934.

tio» reducida para ciertas transmisiones inmobiliarias a la «traditio chartae». Se llegó a eliminar la traditio mediante la admisión, sin limitaciones, del «constituto» posesorio, ya que bastaba que el enajenante declarase que se constituye en detentador de la cosa en nombre del adquirente.

Desde el Emperador Constantino, se encuentra la tendencia a considerar la compraventa distinta a la dogmática clásica. Ya no son dos actos (contrato obligacional y traditio), sino que se considera la compraventa como un acto único del cual resulta directamente un efecto traslativo, con lo que la venta retrocede a su concepción primitiva o quiritaria de transferencia al contado; directamente produce el cambio de propiedad, y deja de ser únicamente su causa, como en el derecho romano clásico. La venta tiene el significado de cambio o trueque (6).

La entrega de la cosa, o «traditio», deja de ser elemento esencial para la transferencia de la propiedad, y cada vez se generaliza más el hecho de que la propiedad pasara al comprador incluso sin necesidad de traditio. La traditio aparece con un doble significado: unas veces se refiere a la tradición efectiva y corporal, y otras a la conformidad de las partes, pero sin transferencia (7).

El pago del precio es requisito esencial de la compraventa. Según Levy, los autores de la «Interpretatio» y del «Breviarium Codex Theodosianus», demuestran el carácter esencial del precio, al interpretar la Novella 32, de Valentiniano, y otros textos como las Sentencias de Paulo y el Epítome de Gayo (8).

(6) MEREJA, lo demuestra con gran número de ejemplos, y especialmente el que ofrece el estudio comparativo del «Epítome de Gayo», y el texto original de la «Instituta». En la «Instituta», el jurisconsulto GAYO, distingue claramente entre las causas y los modos de adquirir la propiedad. El autor del Epítome no comprende las sutilezas de la dogmática clásica, de distinguir entre causa y modo de adquirir, y se reduce sólo a los modos de adquirir, que en el Epítome son la donación y la venta; de esta manera, confunde los actos de obligación con los actos de enajenación. Las causas o motivaciones de esta confusión, según Merea son de tipo interno: decadencia de la cultura, por una parte, y por otra, el predominio de una mentalidad popular.

(7) Según LEVY, la práctica está recogida en los documentos de venta de Ravena, parte de ellos escritos bajo dominio de los visigodos y parte bajo los bizantinos, y redactados por notarios, siguiendo los requisitos exigidos por Constantino y Valentiniano (*ob. c.*, p. 136).

(8) La Novella 32, de Valentiniano III: «Censeo igitur, ut in quibuslibet administrationibus officiis, in quoquomque militiae gradu positus emendi qui ceteris copia sit, dummodo emptio et venditio celebretur iure communi... Volenti vendere definitam et conscriptam pecuniam oportet inferri. Videam instrumentorum scriptor... Nihil refert quis emat, cum público fide pretium venditor consequatur».

Brev. Interpretatio, Sententiae, Paulo, II, 18, 10: «In contractibus empti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci».

GAYO, *Epítome*, II, 9, 14: «Emptio igitur et venditio contrahitur, cum de pretio inter emptorem et venditorem fuerit definitum; etiamsi pretium non fuerit numeratum,

Si el comprador no pagaba el precio, según se había estipulado en la escritura, la venta era nula, y se consideraba realizada como fraude o por fuerza. Cuando el comprador pagaba el precio adquiría la propiedad de la cosa. Sin embargo, no era necesario el pago del precio total, sino que era suficiente el pago parcial (9).

Como consecuencia del carácter real de la compraventa, no se pueden vender las cosas ajenas, y en la «Interpretatio» de las Sentencias de Paulo, se declara expresamente la nulidad de los pactos que versen sobre cosas que no son propiedad del vendedor:

«Si inter aliquos conveniat aut admittendo.... aut de rebus alienis, aut de bonis ventis aliquid passciantur, haec pacta valere non possunt», (Interpretatio Pauli Sententiae, 1, 1, 2).

Según D'Ors, en la época postclásica, se aprecia un predominio del documento notarial. Así como en la época clásica, la elegancia del jurista tenía desde por los «facta», y la redacción del documento correspondía al tabelion. Pero en la época postclásica, el jurisconsulto desaparece y su papel conductor de la vida jurídica recae en otras manos, y entre ellas las del notario que redacta los documentos, quienes relevan a los juristas en su función jurisprudencial. En esta época aparece una nueva forma vulgar que es el documento (10).

El problema que plantea esta nueva concepción jurídica de la venta como contrato real, que transmite la propiedad de la cosa cuando se pague el precio, tiene relevancia en caso de impago de una parte del precio de la venta con «lex commissoria». Dice Wieacker, que la «lex commissoria» es una necesidad de la venta consensual clásica («des Synallagmas des Klassischen Konsenskaufs»), mientras que si en la venta real posclásica el vendedor continúa siendo propietario de la cosa vendida mientras no se pague el precio, parece inútil el pacto de la «lex commissoria», puesto que ésta autoriza al vendedor a resolver una cosa que le pertenece (11).

---

nec pars pretii aut arra data fuerit». Según ARCHI, el momento de la redacción del documento, es el momento de la perfección de la venta del inmueble, y elemento necesario para proceder al pago del precio; y el pago del precio que se expresaba en el documento era requisito de la adquisición del inmueble. (*Il trasferimento...*, p. 175).

(9) Pauli Sententiae, II, 17,7: «Ex die emptionis, si pars pretii numerata sit, et fructus et operae servorum et fetus pecorum et ancillarum partus, ad emptorem pertinent».

(10) Documentos y notarios en el derecho romano postclásico. Centenario de la Ley del Notariado. I Estudios Históricos. Madrid. 1965, pp. 79 a 163.

(11) WIEACKER, «Lex Commissoria», in *Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen*. Berlin, 1932, pp. 11 y 19, citado por ARCHI, *ob. c.*, p. 116.



### c. *Derecho romano justinianeo*

El estudio del pacto de la «*lex commissoria*» en esta época, se complica por la nueva reforma del régimen de las arras instaurado por Justiniano y los elementos introducidos en título del Digesto «*de lege commissoria*» por los bizantinos, ha dado lugar a una fusión de elementos romanos y helenísticos, que obscurecen esta figura jurídica, (Archi, «*il trasferimento...*», p. 233).

Las arras del derecho romano anterior a Justiniano, tenían una función confirmatoria, o de prueba de la celebración del contrato, como se aprecia en las Instituciones de Gayo, III, 139, «*Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit, nam quod arra nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contracta*».

Las arras justinianeas, se regulan en la Instituta III, 23, pr. y en el Código, IV, 21, 17, y su naturaleza ha dado mucho que hacer a los tratadistas sin que se haya llegado a esclarecer en forma satisfactoria estos textos.

D'Ors, observa que ha sido el término «penitencial», lo que ha enturbiado su naturaleza y sintetiza los textos romanos de esta manera: Penitencial quiere decir que existe un arrepentimiento, pero la posibilidad del arrepentimiento no depende de la intervención de las arras, sino de la imperfección del contrato. En un contrato imperfecto, como es la venta antes de la escritura que se ha de hacer, hay posibilidad de arrepentimiento. Si en esta venta imperfecta median arras, su función es penar el arrepentimiento posible, no hacer factible tal arrepentimiento, y por tanto, estas arras tienen una función penal. En una venta perfecta, como es la venta sin escritura o con escritura completa, la misma perfección del contrato impide la posibilidad del arrepentimiento. Si en esta venta perfecta median arras, tiene una función de penar el desistimiento. La parte contra la que se rehusa el cumplimiento puede optar entre exigir el cumplimiento o permitir la resolución de la venta, que si fuera el comprador perderá lo que haya dado, y si fuere el vendedor deberá restituir el duplo.

Por consiguiente, para D'Ors, es mejor hablar solamente de arra penal. El arra penal puede intervenir tanto en un contrato imperfecto, como perfecto, y en ambos tiene la función de penar el desistimiento. Lo que varía es que el desistimiento es lícito en el precontrato, e imposible en la venta perfecta, a nos ser que la parte contraria opte por no exigir el cumplimiento, sino permitir la resolución de la venta con el juego de las arras. (Iura 6 (1935), pp. 149-152).

Cuando la venta se pacte con «*lex commissoria*» y además, se estipulan arras, la confusión es todavía mayor en la doctrina.

Un texto muy discutido es el de Scaevola, (Digesto, 18, 3, 6), que dice así:

«*De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos*

inemptos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esse, apud venditorem remansurus».

La expresión del texto «id, quod arrae vel alio nomine datum esse» ha suscitado problemas. La hipótesis de que se trata de un arra penitencial, se debe descartar por el hecho de que el derecho clásico no conocía tal especie de arra, sino solo el arra confirmatoria (Gaio, III, 139); además, el arra penitencial supone que el comprador puede resolver la venta perdiendo lo pagado, mientras que en la *lex commissoria*, la decisión de resolver solo corresponde al vendedor. Por esto, el arra penitencial y la venta con «*lex commissoria*», son instituciones diversas.

Wieacker, (ob. cit., p. 82, n.º 8) para superar esta dificultad defiende la hipótesis de que se trata de una venta griega con arra penitencial, puesto que el texto ha sido alterado por los compiladores bizantinos para trasladarlo al título «De lege commissoria» (12).

Contesta Archi, que la frase «de lege commissoria» en el texto del Digesto 18, 3, 6 es correcta, puesto que la frase, «si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit», es la nota característica del pacto comisorio, por lo que excluye la hipótesis de la venta con arra penitencial, y presenta dos soluciones:

— Que se trata de una venta con arra confirmatoria, destinada a ser restituida si las partes desistían del contrato, como defiende Grosso. Pero contesta Archi, que la venta «*lex commissoria*», no se resuelve por mutuo consenso, sino por la sola voluntad del vendedor por incumplimiento del comprador.

— La otra hipótesis que defiende Archi, es que la expresión «arrae», haya sido interpolada por los bizantinos, al ver éstos en todo pago parcial anticipado un caso de arras según el concepto griego. La expresión de arras debe ser sustituida por la de «vel alio nómine», que significa pago parcial. Y concluye Archi, que en el caso de resolución de la venta con «*lex commissoria*», el arra confirmatoria o el pago parcial no deben, según Scaevola, ser restituidas (13).

La problemática que plantea la resolución de la venta real postclásica y las arras justinianas la vamos a estudiar a continuación en el derecho medieval español, donde se apreciará según el maestro Merea, que además de las arras confirmatorias romanas, también triunfaron las arras penitenciales del derecho vulgar en el derecho consuetudinario de la Reconquista española («Novos Estudos de História do Direito», p. 169).

---

(12) La venta griega, era la venta real, o la «Barkauf», o venta al contado. La venta romana clásica era el contrato consensual productor solamente de obligaciones, y sólo admitía las arras confirmatorias. La venta griega, era la venta real, de manera que antes de la entrega del precio no existe ninguna obligación; por la entrega del precio el comprador adquiría inmediatamente un derecho de propiedad sobre la cosas más o menos eficaz; este tipo de venta admitía el arra penitencial. En este sentido, también, MEREAS, («A arra penitencial no direito hispânico anterior á Recepção», en *Estudos de direito hispânico medieval*, I, p. 51.

(13) ARCHI, *La restitutione dei frutti...*, pp. 354 y ss.).

## B. EL DERECHO MEDIEVAL ESPAÑOL: ESCUELAS HISTÓRICAS

El estudio de ésta época de nuestro derecho ha dado lugar a dos fundamentales escuelas históricas, la germanista y la romanista, que discuten, tanto el valor jurídico de nuestras fuentes, como la raíz genética de los elementos que lo integran, tanto el elemento germánico de los invasores visigodos, como el derecho romano de los invadidos.

Dice Merea, que existe una corriente histórica germanista que estudia el derecho, desde la caída del Imperio Romano, atraídos por la fascinación del derecho germánico, y preocupados exclusivamente por el derecho romano clásico, y por la caza de las interpolaciones e investigación papirológica. Es la escuela de Mitteis, en Alemania, seguida por Schröder, Richart, en su obra «Lehrbuch der deutschen Rechtsge-sichte», Berlin-Leipzig, 1922. Esta misma escuela tiene sus representantes en España, con Hinojosa. «El elemento germánico en el derecho español». Madrid, 1915. Ureña, Rafael, «Legislación gótico-hispana, Estudio crítico», II, Madrid. 1906 (14).

La otra corriente histórica es la romanista, que estudia el derecho durante los últimos siglos de la dominación romana, como un derecho activo y productivo, que es el derecho postclásico occidental o derecho romano vulgar. Es la escuela de Riccobono (profesor de Palermo), y de Paulo Merea (profesor de Coimbra), que enlaza la legislación visigótica con el derecho romano vulgar. (Codex Theodosianus, Pauli Sententiae, Gai Epítome...).

En la exposición del período comprendido entre el siglo IV hasta el siglo XII, se entrecruzan los puntos de enfoque de ambas escuelas al analizar el tema de nuestro estudio. La escuela romanista es la más adecuada para nuestro derecho y en ella se encuadran Paulo Merea en su obra «Sobre a compra en venda na legislaçao visigótica», en Estudios de direito visigótico. Coimbra. 1948 y Fernández Espinar, «La compraventa en el Derecho medieval español», en Anuario de Historia de Derecho Español. XXV. 1955. pp. 293 a 528.

## C. PERÍODO VISIGODO

### a. *El Código de Eurico*

La mayor parte de los datos sobre la venta en este período en relación con la resolución de la venta se encuentra en este Código, del que vamos a estudiar estos temas:

---

(14) También sigue esta orientación, GARCÍA G. VALDEAVELLANO, en «Estudios Medievales de derecho privado». Sevilla. 1977.

### 1. Su vigencia.

Este Código, según García Gallo, tuvo carácter territorial, y se aplicaba conjuntamente a hispanorromanos y godos; éste fue desplazado por el Breviario de Alarico; éste por el Código de Leovigildo, y éste a su vez por el Liber Iudiciorum.

Sin embargo, para Aquilino Iglesias, el Código de Eurico, estuvo vigente con el Breviario de Alarico, el primero para la población visigoda y el segundo para la población hiponorromana («Lecciones de Historia de Derecho español», Barcelona. 1989).

### 2. Influjo del derecho romano vulgar.

El profesor Paulo Merea, ve el origen de la compraventa visigoda en el derecho romano vulgar. En el C. de Eurico, la venta es firme desde que se entrega el precio; de manera que la entrega del precio es el punto primordial del acuerdo, el requisito esencial que perfecciona la venta, el que determina el momento culminante del acuerdo.

La venta produce efectos traslativos del dominio desde el momento en que se efectúa la entrega del precio. La pervivencia del pacto de la «lex commissoria», aparece en los capítulos siguientes, en relación con la venta real, el precio parcial y las arras.

### 3. La venta real.

El capítulo 286 (Liber Iudiciorum 5, 4, 3) es la fuente inmediata de la regulación de la venta. Dice así:

«Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. Si etiam scriptura facta non fuerit, datum pretium testibus comprobatur, et emptio habeat firmitatem.»

Que quiere decir, que para que la venta se considere perfecta, es suficiente el que tenga lugar la redacción de la correspondiente escritura, o si no, que al menos se pueda probar la entrega del precio hecha al vendedor por medio de testigos. De manera que según esta ley, la venta se perfecciona por escritura o por el precio entregado ante testigos.

Según Merea, este capítulo, responde a la misma idea expresada en la Interpretatio de las Sentencias de Paulo (II, 18, 10), del derecho romano vulgar, que concibe la venta como un «acto instantáneo», y no como un simple acto productor de obligaciones. Esto equivale a decir que la «plena firmitas» de que habla el legislador envuelve el reconocimiento de la propiedad del comprador como efecto inmediato de la compra.

Según Alvaro D'Ors, —frente a la tesis de Levy, que deduce de ésta ley que el requisito esencial que perfecciona la venta, es la entrega del precio, llega a la conclusión de que, por un lado cabe una venta con escritura que se perfecciona por la escritura misma, aunque el precio no haya sido realmente pagado, y por otro, aun sin escritura, la venta se perfecciona por un pago en dinero que no requiere sea completo, puesto que se da entrada a la compraventa con la entrega de arras y con el pago parcial a la que se considera perfecta. Por esto, añade, D'Ors,

que en el capítulo 286 se declara suficiente la escritura y subsidiaria la entrega del precio, por lo que la ley avanza más allá del contrato real y lo convierte en uno literal que presupone el consentimiento previo para redactar el documento. Puede que no se llegue a la plenitud consensual; pero subyace en el fondo. En la actualidad del Código civil, la venta es consensual, pero si hay un documento, en él se alude también a la entrega de la cosa y del precio (15).

#### 4. El pago parcial y la «lex commissoria»

La admisión del pago parcial se encuentra en el capítulo 296 del Código de Eurico (*Liber Iudiciorum*, V, 4, 5), que dice así:

«Si pars pretii data est, pars promissa, non propter haec vindictio facta rumpatur; si emptor ad placitum tempus non exhibuerit praetii relinquam portionem, pro parte, quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte convenerit, ut res vendita reformetur.»

Dice Fernández Espinar: «Cuando en el momento de realizar la venta se entrega parte del precio, ésta es firme y no puede anularse. En cuanto al resto del precio, el comprador tiene que hacer promesa de abonarlo, dentro de un plazo determinado. Si el comprador no comparece y hace efectivo el resto del precio en el plazo que prometió, no por ello, puede anularse la venta, a no ser que así lo hubieran acordado comprador y vendedor, sino que el vendedor puede exigir al comprador la cantidad que dejó de abonar, además de los intereses correspondientes». (*ob. cit.* p. 360).

Este texto es estudiado por los autores de manera distinta, según las escuelas históricas.

Para Gierke, fiel a su doctrina del contrato real («Realvertrag»), cree que el comprador debe pagar el resto del precio desde el momento en que el vendedor le hace entrega de la cosa vendida. («Schuld und Haftung», p. 88).

Para Schröder, por el contrario, cree que es necesario para que el comprador quede obligado a entregar el precio restante, el haber efectuado una promesa formal, («wadiatio»), y en caso contrario, el vendedor puede exigirle la restitución de la cosa, como es propio de los negocios germánicos. («Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte», Leipzig, 1922, p. 325).

Ambas hipótesis son rechazadas por el maestro portugués Merea, cuyos argumentos transcribo a continuación: No le parece que el legislador haya querido una verdadera promesa formal respecto de la parte de precio aplazado, porque el verbo «promitere» tiene un sentido general en las leyes visigodas como en las fuentes romanas. Las categorías de «contrato real» del derecho germánico no tienen aplicación aquí. El texto de Eurico se interpreta dentro de la lógica del derecho romano y afirma: La venta produce sus efectos desde el momento en que se efectúa la entrega de su precio, aunque solo sea parcial. Ahora bien, como

---

(15) D'ORS, ALVARO. «El Código de Eurico». Edición, palíngenesia, índices (Roma-Madrid 1960, en *Estudios visigóticos*, II), p. 218.

el vendedor no ha recibido íntegramente la prestación, tiene un derecho de crédito respecto a la parte de precio no pagado, pero no tiene la facultad de resolver la venta por falta de pago y exigir la devolución de la cosa vendida.

Únicamente podría resolverse, si el comprador no completa el pago y si así lo hubieran *pactado expresamente* comprador y vendedor, («niso hoc forte convenerit, ut res venditae reformetur»). «A esta cláusula, continúa Merea, que es la misma que en Derecho romano se conoce con el nombre de “lex commissoria”, hacen referencia las últimas palabras del fragmento “ut res vendita reformetur”, que debe traducirse «que la cosa vendida no sea restituida», es decir, que por lo que respecta a la parte de precio, cuya entrega fue aplazada, todo se realiza de acuerdo con las reglas del derecho romano» (16).

También rechaza Merea, la otra solución que hace depender la transferencia de la propiedad del pago íntegro y total del precio, lo que equivaldría a reconocer al vendedor la facultad de reclamar al comprador la cosa vendida, ya que sigue siendo suya. Pero esta solución es contraria a la jurisprudencia postclásica, que equipara el pago parcial al pago total (17). «El legislador visigodo siguiendo esta dirección no dejó lugar a dudas», («o legislador visigodo, dentro desta orientação, pos termo a todas as duvidas»).

En materia de intereses, añade Merea, que en cuanto a la parte de precio no pagada, tiene el vendedor derecho a los intereses correspondientes («usurae»), pero a diferencia del derecho romano vulgar, el Código de Eurico solo se refiere a los intereses de la mora:

«Si emptor ad placitum tempus non exhibuerit pretii relinquam portionem, pro parte, quam debet, solvat usuras». (Código de Eurico, cap. 286).

##### 5. Las arras y la resolución de la venta.

El párrafo primero del capítulo 297 C.<sup>o</sup> Eurico, dice así:

«Qui arras pro quacumque acceperit re, pretium cogatur implere, quod placuit. Emptor vero, si non occurrerit ad diem constitutum, arras tantummodum recipiat, quas dedit, et res definita non valeat.»

Este primer párrafo ha sido muy debatido en la doctrina y algunos autores llegan a la conclusión que está mal redactada, la palabra «pretium implere», puesto que parece hacer al vendedor responsable del pago del precio, cuando lo mas lógico es que lo sea el comprador. Por esto, Von Schverin entiende que debe sustituirse la palabra «pretium», por la de «negotium» y estaría mas acorde con la función de las arras

(16) En este mismo sentido, WIEACKER, *ob. c.*, p. 109.

(17) PAULI SENTENTIAE, II, 17,7: «Ex die emptionis, si pars pretii numerata sit, et fructus et operae servorum et fetus pecorum et ancillarum partus, ad emptorem pertinent».

germánicas, en que su entrega vincula al comprador e incorpora en sí una función de garantía («wadia»). («Notas sobre la historia del derecho español mas antiguo». AHDE, XVI, 1945, p.).

Para otros autores toman como base el texto tal como está redactado. La opinión mas seguida es que el texto que comentamos es la expresión de la primitiva función del arra germánica. Así Heusler y Gierke, dicen que el vendedor queda obligado por la aceptación del arra («Haftung»), pero que no vinculaba al comprador, de manera que, si éste no cumplía debía de serle restituida el arra.

Stobe, da otra interpretación del texto y lo expresa así:

«En mi opinión, la ley, despues de haber establecido esta primera regla que por el arra el contrato queda perfecto, continúa indicando cuales son las consecuencias de la mora del comprador: si no paga el precio al término fijado, el vendedor puede resolver el contrato, pero esta facultad sólo se le concede en el caso en que restituya la suma recibida; pero si retiene el arra, sólo puede pedir la ejecución del contrato». (Reurecht und Vertragschluss, traducido por Esmein y citado por Merea, *ob.c.*, p. 98).

Modernamente, Mayer, interpreta el texto, de acuerdo con la *Lex Baiuvariorum*: el comprador queda vinculado por la entrega del arra, pero apenas respeta la mora del comprador (cuando éste no paga el día convenido), reconociendo al vendedor el optar entre exigir el precio, conservando el arra como la pena de la mora del comprador, o desistir de la venta devolviendo el arra (18).

Señala Merea, que Stobe, no explica el título del vendedor para conservar el arra, en el caso de exigir la ejecución del contrato. Sin embargo, Meyer fundado en la ley bávara entiende que el arra es una pena de la mora, lo que significa en otras palabras, que el vendedor puede exigir el precio integral; por otra parte, el comprador puede desistir de la venta mediante el abandono del arra, que según Meyer aparece en el derecho de la Reconquista española, como expresión genuina de la regla germánica de las arras.

Para Merea es inaceptable la tesis de Meyer, y el capítulo que comentamos nada tiene de arras en sentido germánico, sino mas bien es la expresión de un derecho romano degenerado de su pureza clásica. Lo que parece leerse a primera vista en el cap. 297.1 C.É, es esto: que el arra es una prueba o señal confirmatoria de que el contrato de venta se hace perfecto, en otras palabras, que se da el mutuo consenso, y por tanto, si el comprador paga el precio, el vendedor se obliga a cumplir su parte. Sin embargo el arra, no figura aquí como una prueba del acuerdo sobre el precio, sino como un elemento formal del contrato, que en el derecho vulgar

---

(18) MAYER, *El antiguo derecho español de obligaciones*, p. 26. en la traducción española. Barcelona, 1926.

opera la existencia jurídica del contrato. De esta manera, al lado de la venta como «acto sintético» real, el derecho visigótico admitía la venta de efectos obligacionales derivada del contrato consensual romano, que adquiriría existencia jurídica desde el momento en que el acuerdo de las partes se concretase en la entrega de una arra o en la redacción de una escritura.

En el caso de haberse entregado las arras y el comprador no acudiera a pagar durante el tiempo pactado, el párrafo segundo del capítulo 297 del C.º Eurico dice así:

«Emptor vero, si non occurrerit ad diem constitutum, arras tantummodum recipiat, quas dedit, et res definita non valeat.»

Stobe, interpreta esta norma en base al respeto a la mora del comprador. Si el comprador no paga en el término fijado, el vendedor puede optar, entre exigir el precio conservando el arra como pena de la mora del comprador, o desistir de la venta devolviendo el arra, (*ob. c.*, por Merea, p. 99).

Como dice Merea, este párrafo plantea el caso del comprador que no acude a completar el precio en el plazo estipulado. Dentro de los principios clásicos romanos, que no admitía la condición resolutoria tácita, el vendedor debería continuar obligado. Pero el legislador visigodo optó por la solución contraria, tal vez por la influencia de la práctica de la «lex commissoria», de reconocer al vendedor la facultad de resolver la venta, y en este caso, el comprador solo tiene derecho a reclamar el arra entregada.

Las palabras «et res definita non valeat», no significan que el comprador no quede vinculado, sino que *por la mora del comprador* cesa la obligación del vendedor.

Cosa similar, añade Merea, se da con la fórmula de la «lex commissoria» recogida en el Digesto 38, 3, 2: «si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit», que significa, no que la falta de pago queda deshecha la compra, sino que el vendedor puede optar por la rescisión, (*ob. c.*, p. 103).

Estos son los preceptos fundamentales de la materia que estudiamos en el Código de Eurico y que sintetizamos así:

La resolución de la venta puede tener lugar, no solo cuando se pacta la «lex commissoria», sino también, cuando se hubieren pactado las arras, y el comprador no paga en el plazo convenido, en cuyo caso, el vendedor puede resolver la venta y el comprador retomar las arras. Subrayamos la importancia de las arras visigóticas en orden a la resolución de la venta fuera de la «lex commissoria», que la veremos acogida en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real.

#### b. *El Liber Iudiciorum*

En el siglo VII (año 654), tras haber sido revisada por el Concilio VIII de Toledo, el rey Recesvinto (el Justiniano visigodo), promulga la



gran compilación de leyes con carácter territorial para godos e hispanorromanos que constituye el *Liber Iudiciorum*. Este es el único libro de leyes que puede invocarse ante los Tribunales de Justicia, y su finalidad era rechazar la voluntad de los poderosos, y admitir la equidad del juez. Después de la caída del Reino Visigótico, el *Liber Iudiciorum* pervivió en la Alta Edad Media, para la población mozárabe, como un principio de autotutela del propio derecho, ante las dificultades y carencias de acudir a tribunales de justicia. Se tradujo a lengua romance con el nombre de *Fuero Juzgo*.

Este recoge un conjunto de leyes antiguas, entre las que figuran, dos leyes, una se refiere a la señal, y la otra a la parte del precio de la venta, proveniente del Código de Eurico, antes comentado.

— La señal de la venta.

Ley 4, tit. 4, Lib. V. «Que interviniendo señal en la venta, el vendedor no se puede arrepentir. *Leouigildi*. Quien toma señal por alguna cosa deue cumplir lo que prometió, e si el comprador per enfermedad, o por otra coyta grant, non podiere pagar el prazzo, enbie otro quien quisiere que compra por el, e si non fur, o nom quisiere embiar, perda so señal que dio, e non vala la vendición».

— El pago parcial.

Ley 5, tit. 4, Lib 5. «Ley antigua. Eurici. Que habiéndose pagado parte del precio, aunque non se haya pagado todo, sea firme la venta. Si la una partida del precio es pagada, e la otra partida finca por pagar, non se deue por ende desfazer la vendición. E si el comprador non pagare el otra partida del precio al prazzo, pague las usuras de daquela partida que deue; fuera *si fuere pleyteado que la vendición fuesse desfecha*, si non pagasse el precio al plazo» (19).

#### D. LA RECONQUISTA ESPAÑOLA (20)

Se comprende en este epígrafe la época comprendida desde el siglo VIII, con la caída del reino visigótico por la invasión árabe y la forma-

(19) El texto latino tiene esta redacción. «Antiqua. Eurici. Si pars pretii data non fuerit. Si pars pretii data est, et pars promissa non adimpletur, non propter hoc venditio facta rumpatur. Sed si emptor ad plácitum tempus non exhibuerit pretii relinquam portionem, pro pretii parte quam debet, solvat usuras; nisi hoc forte convenerit, ut res empta venditori debeat reformari». (V. IV-5).

(20) Este período ha sido estudiado a base de estos trabajos: FERNÁNDEZ ESPINAR, «La compraventa en el derecho medieval español», en *AHDE*, XXV, 1955. AQUILINO IGLESIA, «Lecciones de historia de derecho español». Barcelona 1989. «El cartulario de San Cugat del Vallés del *Liber Iudiciorum* al *Corpus Iuris Civilis*». Universidad de Barcelona, 1985. «La Cataluña altomedieval y el Código de Justiniano». R. J. de Cataluña, 1983. MAYER, E., «El antiguo derecho español de obligaciones». Barcelona, 1926. GARCÍA DE VALDEAVELLANO, «Compra a desconocidos y compra en el mercado, en el mercado en el derecho español medieval», en *Homenaje a Ramon Carande*. Madrid, 1962, pp. 392 a 445. «Sobre la prenda inmobiliaria en el derecho es-

ción de los primeros núcleos cristianos de la Reconquista, hasta la recepción del derecho comun a principios del siglo XIII. Esta época se caracteriza por el pluralismo normativo y por la disparidad de la raíz genética que rigió en las distintas zonas geográficas de España, aunque en buena parte de ellas actúa como agente unificador el *Liber Iudiciorum*.

El Derecho medieval ha dado lugar a dos concepciones distintas en orden a los ingredientes germánicos en el derecho español y a la vigencia del *Liber Iudiciorum*.

La tesis germanista, defendida por Ficker en su obra «Untersuchungen zur Erbenfolge der Ostgermanischen Rechte». Innsbruck, 1891, y por Hinojosa en «El elemento germánico en el derecho español», de 1910, que parten de la semejanza de las costumbres germánicas y el derecho medieval español de la Alta Edad Media. Esta tesis fue refrendada por Menéndez Pidal, («Los godos y el origen de la epopeya española», 1955, al ver el derecho germánico en las costumbres de la Reconquista, como la venganza de la sangre, el duelo judicial), y luego rehabilitada por Sánchez Albornoz, («Tradicción y derecho visigodos en Leon y Castilla», 1970).

Por el contrario, a partir de los años 40, toma impulso la tesis romanista de Merea, García Gallo, D'Ors, y Aquilino Iglesia, que rechazan el carácter necesariamente germánico del derecho altomedieval, y defienden la pervivencia del derecho romano vulgar en las leyes godas y en el *Liber Iudiciorum*. La persistencia romanizante del *Liber* actuó como agente unificador en el pluralismo altomedieval de las zonas geográficas españolas.

El desarrollo del contrato de compraventa y su resolución lo vamos a examinar, en esta época de la Reconquista, señalando la gran variedad de fuentes legales, locales, territoriales, y haciendo los siguientes grupos.

#### a. *El del Fuero Juzgo y Fuero Real*

Ambos siguen las mismas orientaciones del derecho visigótico.

---

pañol medieval», en sus *Estudios medievales de derecho privado*. Sevilla, 1977, pp. 364 a 386. ARIAS MONET, J. A., «Recepción de formas estipulatorias en La Baja Edad Media», en *Boletín Faculdade Direito Universidade de Coimbra*, XLII, 1986, pp. 5-57. NUÑEZ LAGOS, «La estipulación en Las Partidas», en *Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1950. ALONSO, MARÍA LUZ, «La compraventa en los documentos toledanos de los siglos XII-XV», en *AHDE*, XLIX, 1979, pp. 455-417. OTERO, A., «Las arras en el derecho español medieval», en *AHDE*, 1955, XXV, pp. 189-210. SALINAS QUIJADA, FRANCISCO, *Derecho Navarro*. MEREJA, P., «A arra penitencial no direito hispânico anterior à Recepção», en *Estudos de direito hispanico medieval*. Coimbra, 1953.

La compraventa es real y hace hincapie en la entrega del precio como elemento que determina la perfección de la venta.

El Fuero Juzgo, en la Ley 5, 4, 5, transcribe el sistema visigodo de la «pars pretii», que admitía el pago parcial, y la resolución de la venta cuando se pactaba expresamente. Y en la ley 5, 4, 4, que acoge el arra visigótica, que podía generar la resolución de la venta, cuando median arras, aun sin pacto «lex commissoria».

El Fuero Real, refunde las leyes del Fuero Juzgo anteriores en una sola, que es la 3, 10, 2, que dice así:

«Si el home alguna cosa vendiere, e tomare señal por la vendida no pueda desfacer la vendida; e si el comprador no quisiere pagar el precio, pierda la señal que dió e non vala la vendida.; e si el comprador non diere señal por la vendida, e diere alguna partida del precio, non se debe desfacer la vendida, fuera por avenencia por ambas partes.»

El contrato de compraventa se perfila así:

«Como toda vendida fecha por escripto debe valer. Toda vendida que fuera fecha por escripto, vala despues que el escripto fuere fecho: cualquier de las partes puedala desfacer ante que el precio sea dado, o parte dellos: y esto si la vendida no fuera fecha por miedo, o por fuerza, no deba valer, ni vala.»

El F. Real, 3, 10, 9, proscribe la venta de cosa ajena «Como ninguno puede vender lo ageno sin mandado de su dueño».

## b. *Castilla y León*

### 1. El contrato de compraventa.

El sistema castellano, según Merea y Fernández Espinar, es una continuidad del Derecho romano vulgar, de concebir la compraventa como acto instantáneo de permuta inmediata del objeto por el precio, y de ninguna manera un negocio jurídico que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades.

El Fuero viejo de Castilla, IV, 1, 2, refleja ésta concepción real de la compraventa, ya que en él, se hace depender la perfección del contrato de la entrega de la cosa, y la compraventa la denomina, en alguna ocasión, cambio, «maguer que el cambio sea fecho» (21).

---

(21) F. Viejo de Castilla, IV, 2, «Ninguna eredad non se deve vender de noche, nin de día a puertas cerradas. E la vendida que así fuer fecha, non puede toller suo derecho al pariente, o a quien pertenesce la eredad por raçon del patrimonio, o del avolengo, maguer quel cambio sea fecho». En la nota que colocan a este precepto Asso y Manuel en la p. 103 dicen: «Es notable que aquí, se exprese el contrato de venta y compra con la palabra general de cambio, pues por ella podemos asegurar que aquel contrato era aún en este tiempo entre los nuestros como una especie de éste, según el parecer de los mejores juristas».

La entrega del precio tiene gran importancia porque determina el momento a partir del cual no se puede deshacer la venta. Por esto, lo normal es que el precio se abone antes de la redacción de la escritura. Pero se permite que el precio sea aplazado, y entonces el comprador tiene que salir como deudor y fiador del precio; pero si el vendedor teme que el comprador no le pagará «ad placitum», en este caso debe exigirle «superlevador» (22).

## 2. Las arras y la resolución de la venta.

Según Merea, en las fuentes del derecho peninsular medieval, se encuentran unos textos la expresión de las arras con función vulgarmente llamada penitencial. Su origen no se encuentra en las arras justinianas, ni en el derecho germánico, sino en unas costumbres populares enraizadas en la tradición peninsular y en el Sur de Francia, de procedencia oriental del derecho griego, durante la última fase de la dominación romana. El arra penitencial así importada se mantuvo como costumbre durante la dominación visigótica frente a la legislación del Código de Eurico que contiene una regulación distinta. Las arras que se encuentran en los Fueros de la familia de Cuenca, proceden todos de una época en la que no es probable el influjo del derecho justiniano, por ser anteriores a la Recepción. («A arra penitencial no direito hispánico anterior á Recepção», pp. 33-38).

Sin embargo, para Otero, no le convence el origen oriental y la transmisión del derecho romano vulgar que Merea ha ideado para explicar la existencia de las arras penitenciales en el derecho de la Reconquista., y entiende que existe una gran semejanza entre el arra justiniana y la de los Fueros castellanos.

Así en el Fuero de Cuenca, la ley 165 contiene una regulación del arra igual a la justiniana. En caso de arrepentimiento el comprador perderá el dinero que hubiese dado, y el vendedor pagará el doble del dinero que hubiese recibido. El término «pecuniam» es poco afortunado, y es evidente, dice Otero, que «se debe entender como parte del precio entregado a título de señal. El poco cuidado en la utilización del término nos revela que el redactor no tenía en cuenta o no conocía los efectos de la entrega como “pars pretii” en el derecho visigodo». («Las arras en el derecho español medieval», pp. 201, 202).

## c. Aragón y Navarra

### 1. El contrato de compraventa.

En Aragón se hace depender la eficacia de la venta de la redacción de la carta: toda venta, después de hecha la carta, es firme y tiene validez para siempre.

---

(22) Fuero de Cuenca, XXXII. r. De fere venditionis et emptionis et impignorationis...

Fuero de Jaca. 64. «De uentes. Tota uenta que se fa ab uerdadera carta aya ualor et bona fermeza; mas si alguna uenta se fa forçadamente o a tort et pot estar prouat no aya valor».

En la práctica la entrega del objeto precedía a la carta, y por esto, se redactaba en preterito, «accepí, accepimus». Si no ha precedido la entrega de la cosa, ésta queda subsumida en la redacción de la carta, lo cual convierte a este acto en el momento decisivo para que el dominio de la cosa enajenada se transfiera al adquirente sin necesidad de acto alguno externo; es decir, que tiene lugar una «traditio per cartam» (23).

En Navarra, en la época alto medieval, dice el profesor Escudero, que se advierte la penetración del derecho aragonés (Fuero de Jaca), y de la extremadura castellana (Fuero de Soria). Fernández Espinar, estudia el derecho navarro de ésta época juntamente con el aragonés, con el que coincide en lo fundamental.

## 2. Las arras y la resolución de la venta.

En el Fuero de Jaca, existía el uso denominado «mercat de palmada» regulada en la Ley 67, que decía: si en una compraventa las partes convenían el precio, y para hacerlo mas firme se daban un apretón de manos, «si lo comprador se tira atrás et non vol tenir lo mercat paguia V soltz (cinco sueldos) al vendedor, et altresí lo vendedor si non vol lo mercat tenir».

El Fuero de Navarra, en su ley 3, 18, 18, tiene una regulación similar, si hay avenimiento en el precio y mediare palmada por ser firme, «si por aventura el vendedor, o el comprador se tornasen de la conveniencia, segun el fuero deve dar aquell que se repentira al otro cinco sueldos por la palmada, et si prisso señal, deve doblar la señal», al Rey, una vez descontado el diezmo a la Iglesia. Encontramos vestigios de la resolución de la venta en el capítulo 297. «De compra que faz un vecino d'otro». «Nuille vezino que venda a otro hereditat o ganado a dos plazos o tres, por aventura si non puede pagar, con iura, aqueill qui fizo la compra, que torne la compra el seynnor qui la vendió et pierda lo que ha pagado. Esto mandó el rey Don Sancho que nuil ombre que a plazo vendía, que usura era».

Lacarra, ha rectificado la afirmación de Hinojosa, de que el derecho navarro medieval se había visto libre de influjo romano-canónico. Para Lacarra, el «ius commune», se abrió camino por dos vías: la canónica, en base a las relaciones de los obispos pamploneses con Francia y a la presencia de clérigos juristas; y la judicial del tribunal de la Cort Mayor, donde figuraban juristas formados en las universidades extranjeras. El derecho romano no penetró en los códigos, pero sí en las sentencias judiciales.

---

(23) Observancias del Reino de Aragón, IV, 1. De pactis inter emptorem et venditorem. Nam in Aragonie in contractibus habitur cum carta, etiam sine traditiones transfertur dominium.

Salinas Quijada, recoge como antecedente histórico el derecho romano del Digesto.

No obstante el gran influjo del derecho común, los autores de la Recopilación Privada, dedican dos leyes bajo el epígrafe «Venta con condición resolutoria», y en la ley 498, se dice que el pacto comisorio resuelve la venta, «en los términos y con los requisitos fijados para la venta con pacto de retro». El Fuero Nuevo dedica otras dos leyes, bajo el epígrafe «De la venta con pacto comisorio», y que expondremos al tratar del derecho moderno (24).

#### d. *Cataluña*

##### 1. Pervivencia del Liber Iudiciorum.

A raíz de la conquista musulmana, la población visigoda se rigió por su propio derecho y mantuvo, en consecuencia el Liber Iudiciorum, cuyo régimen jurídico hemos expuesto con anterioridad. Tal régimen prosiguió durante la etapa de la Marca Hispánica, en que esos «hispani» dependieron de la monarquía franca, por lo que los reyes ultrapirenaicos dictaron sus propias disposiciones, como un Capítular de Carlomagno de 812, otro de Ludovico Pío de 815, y otro de Carlos el Calvo de 844, en las que se reconoce la vigencia del Liber Iudiciorum, pero el derecho consuetudinario de los «usatges», según el profesor Aquilino Iglesia, conduce a su agonía, aunque la tradición jurídica visigoda persista como derecho supletorio de las nuevas «costums» locales, hasta el año 1251 en que una Constitución de Cort de Barcelona prohíbe la alegación en juicio de este Código visigótico.

##### 2. Los Usatges.

La singularidad mas notable de esta etapa la constituye la aparición de un derecho nuevo a través de los «usatges», estrechamente vinculado a las instituciones políticas y la regulación de la estructura feudal propia de Cataluña.

El profesor Hinojosa, destacó que en la segunda mitad del siglo XII, por el flujo de clérigos de Gerona, y cercanía a los territorios del Midi francés e italianos, se advierte una temprana recepción del derecho romano. Pero esta recepción opera a través de las costumbres locales, como las Consuetuts de Barcelona, al admitir la aplicación del «dret comú, equitat e bona rahó».

---

(24) Este capítulo del derecho navarro, ha sido redactado en base a estos autores: ESCUDERO, JOSÉ ANTONIO, *Curso de historia del derecho*, Madrid, 1985. SALINAS QUIJADA, FRANCISCO, *Instituciones de derecho Navarro*. LACARRA, J. M., «En torno a la formación del Fuero General de Navarra», en *AHDE*, 1980, tomo 50, pp. 93 y ss. FERNÁNDEZ ESPINAR, *La compraventa...*, ya citada.

### 3. Recepción del derecho común.

Aquilino Iglesia, estudia la recepción del derecho romano en Cataluña. En la Alta Edad Media, parece que la Compilación de Justiniano no llegó a los terrenos conquistados por los bizantinos en el sur de la península. La ley por antonomasia era el *Liber Iudiciorum*.

Estudia este profesor de Barcelona, la posible recepción anticipada del derecho común en la Alta Edad Media catalana a través de las modificaciones que experimenta la estructura de los contratos de compraventa en los documentos procedentes de San Cugat del Vallés desde el año 900 hasta el 1250.

De estas investigaciones, resulta que la compraventa en Cataluña, era igual que en el derecho castellano, tenía carácter real, es decir, que se perfecciona y transmite la propiedad de la cosa vendida desde su entrega y el pago del precio.

Pero la venta existe, desde que se redacta por escrito, aunque no se haya pagado el precio. La recepción del derecho común penetró en Cataluña, a través de la Escuela de Bolonia del siglo XIII. Las Leyes de Partidas, aunque no fueron un texto legal en Cataluña, como dice Martí Miralles (25), tuvieron una autoridad doctrinal innegable por su gran valor científico y su forma de Código.

### 4. La tradición catalana y el pacto de la «lex commissoria».

De la materia sobre el pacto de la «lex commissoria», no encontramos una regulación específica, que haya pasado a la vigente Compilación de Cataluña. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1983, declara que por las Disposiciones Finales 1.º y 2.º de la Compilación, se debe acudir al Código civil, y más concretamente al artículo 1504.

Sin embargo, en las Resoluciones DGR, de 8, 9, 10, 11, 14 de octubre de 1991, el Registrador de la Propiedad, Juan Manuel García García, defiende una interpretación restrictiva del pacto comisorio en Cataluña, en base a la tradición específica catalana en esta materia. Algunos de sus argumentos están contestados en éste trabajo. La tradición catalana se apoya en estos textos:

a.— La Instituta de Justiniano, (2, 1, 41), cuyo texto se reproduce en este trabajo, (la venta en Las Partidas), por el cual el pago del precio determina la adquisición de la propiedad de la cosa vendida.

Según Arangio Ruiz, esta conclusión se debe a una errónea interpretación de las afirmaciones de la Instituta de Justiniano. Según este romanista, la necesidad del pago para la transmisión del dominio fue desconocida en la época clásica, y que apareció en la época postclásica por influjo, a su vez del derecho griego. Por esto, vino a cooperar en esta errónea interpretación, el conservar en la Instituta un texto del anti-

---

(25) MARTÍ MIRALLES, «La excepción non numerata pecunia y su renuncia», en *RJC*, XVIII, 1912, pp. 72-77).

guo derecho romano de las XII Tablas, o Quiritario, en el que se expresaba que el precio había de pagarse, si tras de celebrada entre el vendedor y comprador una «mancipatio», éste último quería exigir del primero una responsabilidad por «autoritas». La incorrecta interpretación de la Instituta pudo lugar a esta afirmaciones. («La compravendita nell dirito romano». Napoli, 1965).

Según Arias Ramos, los Glosadores de Bolonia se atuvieron también a esta exigencia del pago del precio para el pase del dominio, entre ellos, el jurista boloñés Azón, el principal inspirador de Las Partidas, las cuales recogiendo esta interpretación errónea, la plasmó en la Partida III, 28, 48 ... «si el comprador no oviesse pagado precio o dado fiador, o tomado plazo... non pasaría el señorío de la cosa fasta que el precio se pagasse», (La compraventa en Las Partidas. Centenario Ley del Notariado. II. 1965).

Por tanto, la interpretación alegada, no es específica de la tradición catalana, sino, idéntica a Las Partidas, y tanto una como otra, estuvieron vigentes hasta la publicación del Código civil.

En el «Manual de derecho civil vigente en Cataluña». Barcelona, 1864, de José Antonio Elías y Esteban de Ferrater, en la página 441, dice así: «No satisfaciéndose el precio por completo, no se adquiere el dominio pleno de la cosa comprada, a menos que se preste fianza, hipoteca o se designe un plazo cierto para el pago (Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 29 de marzo de 1858, 14 de diciembre de 1861, y 12 de abril de 1864).

La consecuencia de García García, de que los intereses no tienen nada que ver con la transmisión del dominio de la cosa es cierto, porque el precio es a la transmisión cosa, lo que los frutos a los intereses.

2. El Código de Justiniano (Libro IV, título 38, —de contrahenda emptione et venditione— norma 8.º. Es un texto del derecho romano clásico, que significa que si no se paga el precio, el vendedor puede reclamar el precio y no resolver la venta. La afirmación de Pella y Forgas de que esta regla romana es opuesta al art. 1124 Cc. es cierta, porque la resolución no se sobreentendía en el derecho romano, por ser una creación del «droit coutumier» como se desarrolla en este estudio. Pero la argumentación es incompleta, por también el Digesto reglamenta el pacto de la «lex commissoria» favorable a la resolución de la venta. (D. 18.3.2).

3. El Recognoverunt Proceres (Libro IV, título XXXI, constitución 3, vol. 10. Es cierto que suprimió el comiso. Pero también es cierto, que en Castilla, como decía González Serrano, comentador de las Leyes de Toro, el comiso era una institución en desuso y aún dudaba que se hubiera aplicado nunca en la práctica. La sentencia de 29 de abril de 1868, dejaba al arbitrio judicial que se aplicara o no el comiso. Los criterios de ambas tradiciones en los usos prácticos eran idénticos, y no se logró obtener de los redactores del Código civil la supresión de una institución tan odiosa (Castán, *Derecho civil*, 1950, p. 609).



El *Recognoverunt* suprime el comiso, pero lo sustituye por un doble *laudemio*. Como dice Mirambel Abancó, «se suprime la pena del comiso y la sustituye por otras penas». En este aspecto es favorable a la admisión de la cláusula penal.

## E. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO COMÚN

El derecho común, está constituido por el ordenamiento romano, a través de la Escuela de Bolonia, el derecho canónico, a través de la *Decretales* de Gregorio IX, y los *Glosadores* que incorporan textos de derecho feudal de Lombardía.

Esta Recepción se inicia en España a partir del siglo XIII, en los reinados de Alfonso X, de Castilla y León y Jaime I de Aragón. Su influencia se hace notar hasta la época de la codificación.

Siguiendo a Pérez Martín, se ha de manifestar el carácter provinciano, nacionalista con que se conciben estos estudios en España. El derecho común no es una cultura nacional española, sino que fue una cultura jurídica vigente en toda Europa. La investigación del derecho común se ha orientado preferentemente a los textos legales, y la mayoría de las veces se ha pasado por alto la fuente principal para conocer el pasado del derecho, que es la literatura jurídica. «Cuando, dice este autor, uno tiene presente la literatura jurídica producida en España desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII, se da cuenta de que la cultura jurídica dominante en España en todos esos siglos no fue una cultura jurídica nacional, específicamente española, sino que fue la cultura jurídica vigente entonces en toda Europa, es decir, el Derecho común. De éste modo, desde el desconocimiento intencionado de los fundadores de nuestra disciplina, se ha llegado al olvido inconsciente o ignorancia del presente. La difusión de esta cultura se llevó a cabo fundamentalmente por la enseñanza y por la práctica judicial y notarial» (26).

El derecho común, pues, fue una cultura común europea, que en cada país adquiría unas particularidades concretas al ponerse en contacto con el derecho particular (municipal o real), y que a su vez era interpretado como una variante dentro del marco y con las características del Derecho común.

## LAS LEYES DE PARTIDAS

La recepción del derecho común se opera a través de la obra legislativa de Alfonso X el Sabio, principalmente con el *Fuero Real* y las *Partidas*.

---

(26) PÉREZ MARTÍN, «El estudio de la recepción del derecho común en España, en *I Seminario de derecho y derecho privado*», Bellaterra, 1985, p. 243.

Las Partidas introdujeron el derecho romano justinianeo, a través de la Escuela de Bolonia del siglo XIII. Para el desarrollo de esta materia vamos a seguir la obra de Arias Ramos y Arias Bonet, «La compraventa en las Partidas». Un Estudio sobre los precedentes del título V, Partida V. Centenario del Notariado, 1965.

Para el profesor Arias Ramos (27) los legisladores castellanos no consultaron directamente los textos justinianos, ni la Glosa, sino que la fuente casi única se encuentra en la obra del jurista de Bolonia Azón, «Summa Codicis», que sintetizaba la compilación justiniana. La similitud de sus textos con Las Partidas, ponen de manifiesto este aserto, que dicho profesor lo atribuye a la mediocre formación romanística de los legisladores castellanos, sin que esto haga desmerecer el gran valor de esta obra.

Veamos como se configura el contrato de compraventa y el pacto de la «lex commissoria», en Las Partidas, a través de los clásicos castellanos.

#### a. *El contrato de compraventa*

Se configura, siguiendo la tradición del derecho romano justinianeo como un contrato consensual, en el que las partes se obligan respectivamente; el vendedor, a la entrega de la pacífica y definitiva posesión de una cosa, el «habere licere», y el comprador a pagar el «pretium». El comprador no tiene la obligación de entregar el dominio de la cosa, sino simplemente la pacífica posesión.

La Partida V, 1, 5, dice: «Vendida es una manera de pleyto que usan los omnes entre sí; e fazese con consentimiento de las partes, por precio cierto en que se avienen el comprador y el vendedor».

La relación entre la compraventa y transmisión de la propiedad, se refleja en varias leyes, que establecen que el pago del precio es requisito para que pase el dominio al comprador, como se reconocía en el derecho romano postclásico o vulgar y en los Fueros castellanos; distinto del derecho romano clásico del contrato y la tradición.

La relación entre compraventa y transmisión de propiedad se refleja en varias leyes:

En la Partida III, 28, 48, se dice que «El apoderamiento o tradición de la cosa vendida transfiriere su dominio al comprador; pero si el comprador no oviesse pagado precio, o dado fiador, o tomado plazo para pagar; por tal apoderamiento como éste non pasaría el señorío de la cosas, fasta que el precio se pagasse». «Mas si el fiador o peños oviesse dado, o tomado plazo para pagar, o si el vendedor se fiasse

---

(27) ARIAS RAMOS, «La compraventa en las Partidas. Un Estudio sobre los precedentes del título V, Partida V», en *Centenario del Notariado*, 1965.

en el comprador del precio, entonces pasaría señorío de la cosas a él por el apoderamiento, magüer el precio non oviesse pagado. Empero tenuto sería de lo pagar».

Ley 50. «De la cosa que se vende dos vegadas a dos hommes... adquirirá el dominio el que primero hubiera recibido la posesión de la cosa y pagado su precio».

En estas leyes el pago del precio es requisito para que pase el dominio al comprador. Según Arangio Ruiz (*ob. cit.*, p. 276) la necesidad del pago del precio para la transmisión del dominio fué desconocida en la época clásica, apareciendo posteriormente en la época postclásica por influjo, a su vez del derecho griego. Pero también, como dice éste romanista, vino a cooperar el antiguo derecho romano de las XII Tablas, o Quiritario, al haberse conservado viejos textos en los que se expresaba que el precio había de pagarse, si tras de celebrada entre el vendedor y comprador una «mancipatio», éste último quería exigir del primero una responsabilidad por «autoritas». La incorrecta interpretación de las Instituciones de Justiniano (Instituta, 2, 1, 41), pudo dar lugar a estas afirmaciones (28).

Los Glosadores de Bolonia se atuvieron también a ésta exigencia, entre ellos, el jurista Azón, que fue el principal inspirador de las Partidas.

De esta manera, se puede afirmar, que el pago del precio es requisito para que pase el dominio al comprador. Pero si tomó plazo para pagar, pasa el dominio sin el pago, como ocurre en el caso del pacto «lex commissoria».

#### b. *La resolución de los contratos*

Las Partidas siguen a la legislación romana y consideran la resolución de los contratos como algo excepcional. Las dos acciones que dimana de un contrato bilateral se consideran hasta cierto punto independientes, de manera que cuando una de las partes incumple, la otra solo puede pedir el cumplimiento, pero no la resolución por no existir un nexos entre ambas obligaciones.

1.— En los contratos innominados del tipo «do ut des», como no existía un vínculo obligatorio entre las partes, el «praestans», que había cumplido, no puede exigir a la otra parte que cumpliera lo que le incumbe, sino solo podía pedir la restitución de lo que había entregado. No tenía, pues, acción para pedir el cumplimiento, al no existir la causa

---

(28) ARANGIO RUIZ, *La compravendita nell diritto romano*. Napoli. 1956. ARIAS RAMOS, «La compraventa en Las Partidas», en *Centenario Ley Notariado*, II, 1965. El texto de la Instituta, 2, 1, 41. «Pero de las cosas que se venden y entregan al comprador, no adquiere éste el dominio hasta que hubiere pagado el precio, o satisfecho de otro modo al vendedor, presentándolo, por ejemplo, un razón, que dimana del derecho de gentes, es decir, del derecho natural. Mas si el vendedor lo ha dejado, debe decirse que adquirió éste la cosa desde luego».

civil de obligar, porque no existía nada mas que un «nudum pactum». De esta manera se producía una especie de resolución del contrato.

Un caso de contrato innominado se regula en la Partida V, XIV, ley 41, pero a diferencia del derecho romano, da a los nudos pactos igual fuerza que a los contratos y por tanto, con la facultad de pedir el cumplimiento:

«Como, si un omme quitasse a otro el pleyto que le oviessse fecho, por otra cosa que le oviessse de dar, o de fazer, e si non gela diessse, o cumpliesse, qual dellas puede demandar» ...si uno no cumple, «en su escogencia, es del otro, de fazerle cumplir lo que prometió a postremas, o de demandar quel cumpla el primer pleyto, en la manera en que era tenuto de lo cumplir ante que gelo quitasse...».

2.— En el contrato de compraventa, solo se admite la resolución de la venta, en el único caso en que la falta de cumplimiento recayese sobre condiciones o pactos, sin los cuales absolutamente no se hubiera contratado («causa finalis»).

La ley 58, tit. V, Partida V, («Como se puede desfazer la vendita si el comprador non guarda el pleyto que se puso sobre ella») dice en sustancia que, si no se observa el pacto puesto en la venta, y sin el que no se habría celebrado, puede ésta «desfazerse». Pero si la venta fue hecha señaladamente por razón del pacto inobservado, queda válida, y solo puede pedirse el cumplimiento del pacto con los daños y menos cabos, si los hubo.

Esta ley no tiene ningún comentario por parte de Gregorio López.

Hermosilla, se expresa así:

1. «Ex qua nota quod, si non servetur pactum appositum in venditione, sine quo non fuisset venditio celebrata, venditio resolvitur.

& quod ex defectu causae finalis liceat contrahentibus a contractu recedere, late comprobant.

& quando implementum respicit causam finalem contractus per eius contractus nominatus rescinditur. Hanc conclusionem de iure communi probari. De iure nostro Regio per hanc legem haec conclusio probatur.

2. Si pactum non dedit causam contractui venditionis, non potest rescindi, etsi non servetur; sed tantum datur actio ad interesse.

3. Limita nisi ope exceptionis de non implemento opponatur; nam tunc rescinditur etiam nominatus.

4. Ex qua dicatur causa finalis: causa enim finalis in hoc casu dicitur illa, sine qua quis alias non esset contracturus.

& causam finalem etiam dicit, quando quis alias fuisset contracturus, sed non eo modo: ut puta volebam ego vendere fundum meum iusto pretio, sed minori pretio vendo ob obliquam causam, quae respicit meum commodum.

& illa dicitur causa finalis vendendi minore pretio, sed non est causa finalis vendendi.&

& in hoc casu defectus causae parit conditionem ob causam in contractibus innominatis.

5. Quae actio detur in hoc casu ad repetendam rem traditam?: actionem ex vendito competere resolvit» (29).

Como se verá mas adelante, esta doctrina de la «causa finalis», que nuestros clásicos castellanos, elaboran en base a la 58 de la Partida V, título V, es muy similar a la que se expondrá al tratar del derecho francés de costumbres, por Dumoulin, por la cual se amplía la posibilidad de resolver a los contratos nominados, por incumplimiento de esa causa pactada, sin la cual no se hubiera celebrado el contrato («causa finalis»).

La dificultad estaba en juzgar acerca de la intención de las partes contratantes, y en hacer la prueba de esa intención cuando sobre el particular no hubiere una cláusula resolutoria expresa en la escritura. El que pretenda la resolución deberá probar la existencia de esta condición, porque al ser la resolución una excepción, la presunción está por la no existencia de de tales condiciones.

3. Las arras y el arrepentimiento.

La Ley 5, 5, 7, hace una formulación del arra justiniana que dice así:

«Señal dan los omes unos a otros en las compras, e acaesce despues que se arrepiante alguno. E por ende dezimos, que si el comprador se arrepiante despues que da la señal, que la deve perder. Mas si el vendedor se arrepiante despues deve tornar la señal doblada al comprador, e non valdrá despues la vendida.»

«Pero cuando el comprador dió la señal, dixo así: que la dava por señal, e por parte del precio, o por otorgamiento, entonces non se deve arrepentir ninguno dellos, ni desfazer la vendida, que non vala.»

En el párrafo primero se recoge claramente el arra justiniana. Pero en el párrafo segundo, recoge el Fuero Real la doctrina del pago de parte del precio («pars pretii») de raigambre visigoda, solo que omite la frase de que pueda desfazarse la vendida por avenencia de ambas partes, que era una clara alusión a la «lex commissoria», por tener una reglamentación especial, como vamos a ver a continuación (30).

(29) GASPARE HERMOSILLA, *Adiciones, Notae, Resolutiones...*, II, pp. 340, 341. COVARRUBIAS, lib. 1, *Variarum. Resolutionum...*, c. 14, n. 6 in fine... GUTIÉRREZ, *Practicarum Quaestionum Civilium*, lib. 7, q. 52, n. 7 et 9.

(30) ANTONIO GÓMEZ, expone las distintas interpretaciones del arra justiniana. «Si contractus non fuit perfectus et absolutus, sed tantum intervenerunt verba praeparativa contractus, vel dictum et conventum fuit quod fieri scriptura; tunc quaelibet pars potest receder a cobtractu, et perdit arram quam dedit: et si pars quae recepit poeniteat, perdit eam duplicatam; quia tenetur redere arram quam recepit, et tantundem ex suo patrimonio. & Si vero contractus fuit perfectus et consummatus, et ultra hoc intervenit etiam arra, sunt dubiae et diversae opiniones. Prima, quod si aliqua pars vult recedere, ammittit arram, et tenetur ad totale interesse. Secunda principalis opinio est, quod pars quae contradicit et vult recedere a contractu, perdat arram, et teneatur ad interesse, sed arra debet in eo computari: et istam tenet Azo, et alii quod refert Glossa ordinaria....»

c. *El pacto de la «lex commissoria»*

Se regula en la Ley V, V, XXXVIII:

«Si el vendedor, o el comprador ponen pleyto entre sí, que el comprador pague el precio a día señalado, e si non lo pagare aquel día, que sea desfecha por ende la vendida; que tal pleyto como éste es valedero: e gana por ende el vendedor la señal, o la parte del precio que le fue dado, si al plazo no le fue hecha la paga, toda, o la mayor parte de ella: e desfazese la vendida. Pero con todo esto, en su escogencia es el vendedor, de demandar todo el precio, e fazer que vala la vendida; o de reuocarla, teniendo para sí la señal, o la parte del precio, segund que de suso es dicho. E después que ouire escogido una destas cosas dar por no celebrada la compraventa».

De la ley 38, no es posible deducir, si el vendedor, caso de optar por la resolución, dispondrá de una acción reivindicatoria para lograr la restitución de la cosa (según la venta real postclásica), o una acción personal (según la venta obligacional clásica). Veamos como interpreta estos preceptos la,

d. *La doctrina de los autores castellanos de derecho común*

La configuración del contrato de compraventa y del pacto comisorio establecido en Las Partidas, fue desarrollado por nuestros clásicos castellanos a la luz del derecho común, que era el derecho romano justinianeo y el derecho canónico (31).

---

BARTOLO, BALDO, PAULI DE CASTRO... qui dicit esse communem opinionem. Tertia opinio est, quod imo indistincte quaelibet pars possit licite recedere, et tantum perdat arram quam dedit, vel teneatur redere arram quam recepit, et tantumdem de suo patrimonio.... et istam etiam opinionem tenet Azo sibi contrarius... pto qua est hodie elx 7, tit. 5, Partit. 5». (*Variae Resolutiones...*, t. I, c. II, p. 442).

(31) Para la redacción de éste apartado hemos consultado los siguientes autores, cuyos datos biográficos han sido tomados de De Castro (D.<sup>o</sup> Civil de España, 1949, I, p. 158). GREGORIO LÓPEZ, nace en Puebla de Guadalupe en 1497 y muere en 1560 «Las Siete Partidas § Glosadas § por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de su Magestad», Salamanca. 1555, 1565, 1576, 1580. Edición de Valladolid, 1580, 1587, y hasta unas 25 ediciones, entre la siguiente: «Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX», con la glosa del Lic. Gregorio López, y adiciones de Sanponts, Martí de Eixalá, y Ferrer Subirana. Barcelona, 1843. ANTONIO GÓMEZ, «Variarum Resolutiones Iuris Civilis Communis et Regii», en *Cum Additiones Joannis de Ayllon Laynez*. Matriti, 1653. Según De Castro, esta obra se imprimió la primera vez en 1552, y reimpresa en 1579, 1584. En Venecia en 1582 y 1602. En Lyon en 1602. En Ginebra en 1628 y 1629. Antonio Gómez ha sido uno de los juristas de mas autoridad en España y su obra comprende casi todo el derecho civil (D.<sup>o</sup> Civil de España, 1979, p. 148, nota 4.). Vallet de Goytisolo le llama «príncipe del derecho». DIEGO COVARRUBIAS Y LEYVA (1517 a 1586). «Variarum Resolutionum». Con *Additiones, Observationes et notae De Faria*, Lugduni, 1701. Es el representante mas brillante de la escuela humanista en España, erudito y hombre de extraordinario significado en la vida política de su tiempo. JOANNE BAPTISTA LARREA, *Novarum Decisionum, Sacri Regii Senatus Granatensis Regni Castellae*, Lugduni, 1729. GASPARE A. HERMOSILLA, «Additiones, Notae, Reso-

En la exposición de éstas materias, vamos a seguir principalmente a Hermosilla, en sus Adiciones a la Partida V, tit. V, ley 38, p. 187, analizando estos puntos:

1.— Validez del pacto «*legis commissoriae*».

Es válido el pacto entre vendedor y comprador, que si en dos meses el precio de la cosa vendida no fuera pagado, la cosa no fue comprada («*res sit inempta*»). En Las Partidas «desfázese la vendida», es decir quedaba la venta resuelta «*ipso iure*», de pleno derecho, sin interpelación o requerimiento. Subsiste el principio romanista del «*dies interpellat pro homine*».

También éste pacto de derecho común se llama «*lex commissoria*», porque se concibe bajo condición, que incumplida opera efectos enérgicos.

En el contrato de compraventa éste pacto «*legis commissoriae*» es válido, sin embargo, está prohibido en las prendas (32).

La razón de admitirse en las ventas, es porque interviene el justo precio y es equitativo; y no hay precio si lo retiene el comprador, y por esto es justo que la cosa vendida vuelva al vendedor. Sin embargo, en la prenda, con el mismo pacto se esconde la iniquidad de los acreedores y la avaricia de los prestamistas, y usurpaban las prendas en perjuicio de los deudores (33).

2.— Necesidad de pacto expreso.

Se puede pactar de dos maneras: «*aut verbis directis, aut verbis obliquis*».

El pacto con «*verba directa*», tiene lugar cuando se expresa, que si el comprador no paga el precio, en el tiempo fijado, «*res sit inempta*»; pero estas palabras no son sustanciales al pacto, sino todo aquello que denote la resolución del contrato «*ipso iure*», así como que el contrato sea tenido «*pro infecto, vel habeatur pro nullo, irrito ipso iure, vel quod possit venditor rem ipsam adsumere, possidere, frui propria auctoritate*».

El pacto con «*verba obliqua*», tiene lugar, cuando se dice, te vendo el fundo, y si en dos meses no pagaras, «*res redatur, seu restitatur*».

luciones, ad 7 Partit, Glos. et cogita Doct. Gregorii Lopetii», 1634. JOANNIS GUTIÉRREZ, (1577 a 1618). *Practicarum Quaestionum Civilium Circa Leges Regias Hispaniae*, Lugduni, 1730. Es el comentarista de la Nueva Recopilación y su autoridad fue muy grande en España hasta la publicación del Código civil.

(32) «*Pactum legis commissoriae si in contractu pignoratío adjiciatur, est omnino vetitum. Sed in venditionibus omni iure sustinetur*», Covarrubias. *Variae*. p. 77).

(33) «*Commissoriam legem in venditionibus admitti, quia iustum pretium intervenit... ex equitate scilicet... pretio careat, emptore utrumque retinente; ideo iuste convenit, ut pretio intra tempus concessum ad solutionem non numerato, res vendita suo domino pristino cedat. In pignoribus vero sub eadem pactione latet iniqua creditorum, seu foeneratotum avaritia, dum pignora pro credita pecunia ad diem praescriptum non exhibita usupabant cum ingente debitorum laesione*», (COVARRUBIAS, *Variarum...*, p. 78).

Entre estos dos pactos establecen los Doctores estas diferencias en sus efectos:

El pacto «*verbis directis*», opera la resolución del contrato «*ipso iure*»,

& la traslación del dominio al vendedor se opera sin nueva tradición,

Covarrubias, *ob. c.*, «*huius pactionis effectus talis est, ut si emptor statuta die pretium non exhibeat, dominium rei venditae absque traditione ad venditorem legis ministerio revertatur*».

& para que el dominio vuelva al vendedor, no es necesario que preceda un requerimiento.

Cobarrubias, *id.*, «*ut dominium ad venditorem redeat, opus non est quod praecedat interpellatio*»

& cumplida la condición se puede ejercitar la acción reivindicatoria. Pero la traslación del dominio «*ipso iure*», precisa que se pacte «*in continenti in ipso contractu apponatur*», no despues, «*postquam ius tertio fuit quaesitum, nihil operare*».

En el pacto «*verbis obliquis*», no se opera la traslación del dominio «*ipso iure*», sino por el ejercicio de la acción «*ex vendito, vel prescriptis verbis ad observatiam contractus*».

### 3.— La opción del vendedor.

En Las Partidas, el vendedor tenía la opción («escogencia»), de elegir entre el pago del precio o revocarla

«*in eius electione esse statim agere ad pretium, vel commissoriam exercere*», (Hermosilla).

Si el vendedor escoge una de estas cosas, no se puede después arrepentir.

«*Si venditor post die statutum solutioni pretium petat, videtur pacto legis commissoriae renuntiare, & ubi idem esse dicit, si usuras pretii non soluti petat. Amplia idem esse, si post commissam lege venditor partem pretii acceperit. & qui semel elegit agere ad rescisionem contractus, vel ei stare, non posse variare*», (Hermosilla).

Gregorio López, glosando la frase de Las Partidas «que sea desfecha», dice:

§ «que éstas palabras no son de la sustancia del pacto, de modo que sin ellas no se verifique la traslación del dominio; sino que el mismo efecto producirán otras equivalentes». § «que el efecto de la devolución del dominio a la persona de la cual procedía, no es peculiar del pacto de la «lex commissoria», sino que resulta de todos los pactos que tienen fuerza resolutive, segun Bartolo y Paulo de Castro, donde dice, que si se convino que no cumpliendo lo prometido el que recibe la co-



sa, se tenga la entrega por no hecha, podrá instituirse la acción reivindicativa; porque semejante pacto tiene fuerza retroactiva, lo mismo que el de la ley commissoria y el de la addictio in diem, y porque hay la misma razón que en estos, y además tiene a su favor la equidad.

§ Para que se produzca la reversión del dominio del vendedor, es preciso que se imponga en el momento mismo del contrato, es decir, antes de que en virtud de éste resulte adquirido derecho alguno.

§ A lo que se dice en esta glosa que el pacto «legis commissoriae» produce «ipso iure» la reversión del dominio al vendedor, se opone directamente la 1. 3 C. «de pactis inter empt. et vend. con estas palabras». «Quia ea lege proedum vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esse, ad se reverteretur: si non precariam possessionem tradidit, reivindicacionem non habet». Por tanto, el vendedor no podrá dirigirse contra un tercero poseedor.

§ Se presumirá haber renunciado al pacto de la lex commissoria, si pasado el término prefijado demanda el precio (Digesto, lib. 18, tit. 3, ley 7).

Antonio Gómez, declara que el pacto «legis commissoriae», se debe convenir con palabras directas «verba directa», como estas «Res sit inempta, contractus non valeat», y se deben poner al mismo tiempo de celebrar el contrato, para que la resolución de lugar a la transferencia del dominio al vendedor. Sin embargo, cuando se pacta «verba obliqua», como estas «ut res reddatur, restituatur», es un pacto de retroventa, que no transfiere «ipso iure» el dominio, sino que confiere una acción personal al vendedor para exigir el cumplimiento del pacto.

Adiciona Ayllon Laynez, al texto de A. Gómez: que si en el tiempo fijado no se realizara el pago, sea rescindida la venta «ipso iure», y el dominio de la cosa sea transmitido al vendedor, sin nueva tradición, cuando se pacte la lex commissoria directamente: sin embargo, cuando se pacta de manera indirecta, no se readquiere el dominio «ipso iure», sino que debe el vendedor ejercitar la «actio ex vendito» (34).

4.— Los efectos de la resolución de la venta.

El comprador debe restituir al vendedor, no sólo la cosa vendida, sino también los frutos percibidos de la cosa comprada:

«non solum rem vendicat venditor, sed etiam fructus ex ea per emptorem perceptos consequitur». (Covarrubias).

---

(34) «Quod pactum legis commissoriae directis verbis conceptum operatur resolutionem contractus ipso iure, traslationem domini in venditionem absque nova traditione; it agi poterit rei vindicatione, conditione adveniente: secus vero quando verbis obliquis conceptum fuit praedictum pactum; quia tunc non transfertur Dominium ipso iure, sed debet agi actione ex vendito, vel prescriptis verbis ad observationem contractus», *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii*. Matriti. 1794. p. 500. De empitione § Venditione, cap. II, n.º 31.

Si el vendedor quiere que el comprador le restituya los frutos debe abonarle los gastos de la recolección.

«si venditor velit emptorem ei fructus restituere, tenetur solvere emptori sumptus factos in eorum collectione». (Hermosilla).

Si por culpa del comprador ha sido deteriorada la cosa vendida, debe de satisfacer el daño al vendedor.

«si culpa emptoris res vendita deterior facta sit, tenetur venditori damnum satisfacere». (Hermosilla).

Si el comprador durante la condición hipoteca la cosa vendida, una vez resuelto el contrato quedará extinguida la hipoteca:

«et si emptor rem hypothecavit durante conditione, resoluta contractu hypotheca extinguitur». (Hermosilla).

## F. LA PRÁCTICA JURÍDICA

La práctica notarial que se desarrolla en los siglos XVII y XVIII, instrumenta el pacto comisorio en el sentido de imponer la resolución «ipso iure», y la eficacia real como lo entienden los clásicos castellanos. Veamos algunos formularios:

### a. *Pedro de Sigüenza*

En el Tratado de Cláusulas instrumentales de Pedro de Sigüenza (de 1627) encontramos lo siguiente: Pacto de lege commissoria, si es lícito, y con qué cláusula se ha de otorgar. 8. Y en cuanto a la segunda condición, y pacto de lege commissoria, para su distinción y declaración hemos de suponer, que la dicha venta fue celebrada con la cláusula siguiente:

«Con condición, que si para tal día no me dieredes y pagaredes el precio de la dicha heredad, que por el mismo hecho quede la dicha venta por nula, sin tener obligación a dar, ni restituir las arras y señal.»

Explica las palabras «por nula» y «las arras o señal»:

«Ibi: Por nula. Y es de tal natural este dicho contrato, que si para el día señalado no se consignare, y entregare el precio, quedará por nulo el dicho contrato, como si verdaderamente no se huviesse celebrado. Por lo cual consta, que en ningún tiempo se tranfiere el dominio de la cosa vendida en el comprador, hasta que de su parte cumpla lo que prometió, y assí no se prefieren los demas acreedores del comprador en esta dicha heredad. o cosa vendida.

Ibi: Las arras y señal. Y si el vendedor quisiere obligar al comprador a que passe por la venta, ha de ser apremiado a ello, por dársele elección en este caso al dicho vendedor la señal que el comprador hubiere dado, aunque desta pena, o obligación en dicho contrato no se hubiere tratado.

Y si passado el tiempo de la dicha paga, pidiere el dicho vendedor el precio de la cosa vendida, no puede tratar de rescindir, ni retractar el dicho contrato de venta, porque por el mismo hecho fue visto renunciar, y apartarse del otro derecho.

Finalmente se concluye en este segundo pacto y condición, que todos los frutos que huviere cogido, y gozado el dicho comprador de la cosa que assi fué vendida, se han de restituyr, y entregar al dicho vendedor, pagando, y entregando el dicho vendedor la dicha señal.

El autor transcribe a la letra la Ley de Las Partidas V, V, XXXVIII, antes expuesta, como base legal de sus fórmulas instrumentales (35).

#### b. *Melgarejo*

En los Formularios de Melgarejo, (de 1733) encontramos la siguiente cláusula:

«Que si para tal día en que se destina el plazo, no se hiciere la paga, sin que haya menester pedírsela, ni hacer ninguna diligencia judicial, esta venta sea en sí ninguna» (36).

#### c. *Febrero*

La venta se configura con carácter real, que transfiere la propiedad de la cosa con el pago del precio. De conformidad con la Partida. 3, t. 28, ley 46 dice: «Aunque el vendedor apodere de la alhaja al comprador, no se transfiere a ésta su dominio hasta que le paga el precio en que la ajustó».

La fórmula del pacto de la ley comisoría:

«Cuya casa la vendo por mil reales de vellon con la condición de que para tal dia de tal mes y año me los ha de satisfacer, y poner íntegros en una sola partida en mi casa, y poder en buena moneda de plata, u oro usual, y corriente, y pasado dicho término sin verificarse su total solución, que-

---

(35) Tratado de cláusulas instrumentales, útil, y necesario para Jueces, Abogados y Escribanos destos Reynos, Procuradores, Partidores y Confessores, en lo de Justicia y Derecho. Por PEDRO DE SIGÜENZA. Madrid. 1627.

(36) PEDRO MELGAREJO, *Compendio de contratos públicos, autos de particiones executivos y de residencias*, Madrid, 1733.

da por el mismo hecho como desde ahora doy por nula esta venta: ha de ser visto no habersele transferido el dominio de dicha casa, y que no se celebró este contrato: y no he de poder ser compelido, ni estar obligado a restituírle total ni parcialmente tanto, que me entrega en señal; y si intentare que se lo devuelva, no ha de ser admitido en Tribunal alguno...»

Comenta Febrero, que el pacto es lícito y válido, y no cumpliendo el comprador se anula el contrato, y no se le transfiere el dominio de la alhaja, ni sus acreedores adquieren derecho a ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra, o señal; bien que puede elegir, o pedir el precio y subsista el contrato, o no querer que éste valga, pero no arrepentirse después de hecha la elección (37).

Esta configuración de la venta según las Partidas continuó vigente durante todo el siglo XIX, y la exigencia del pago del precio para que opere la transmisión de la propiedad, fue plasmado en el Código de Comercio de 1885, en el art. 909.8, cuando reconoce al acreedor del quebrado, la «separatio ex iure domini», respecto de los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte.

Sin embargo, esta tradición se rompe, como veremos, en la Epoca de la Codificación. Los legisladores fascinados por el Código Francés, vienen a transcribir sus preceptos en la materia del pacto de la ley comisoría. La doctrina española no ha sido del todo consciente del cambio radical que sufrió nuestro pacto en el Código civil, y continuó buscando la interpretación en nuestra tradición española, cuando la realidad es que había que volver los ojos a su inspirador inmediato, que era el Code de Napoleón. Por esto, para comprender la génesis de esta materia vamos a estudiar su historia en derecho francés.

### III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE DERECHO ANTIGUO Y MODERNO EN FRANCIA

#### A. EN EL ANTIGUO DERECHO FRANCÉS

La doctrina de la resolución de los contratos del derecho romano, experimenta importantes modificaciones, por el mayor rigor que se produce en los efectos penales en virtud de un convenio privado de las partes; con el tiempo la penalidad disminuye, y el pacto comisorio por el influjo favorable del «droit coutumier», llega insensiblemente a generalizarse y a imponerse el principio de la resolución legal por incumplimiento. El desenvolvimiento histórico que vamos a exponer a

---

(37) FEBRERO, *Librería de Escribanos*, Madrid, 1789, I. 2, p. 365. Edición facsimilar de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1991.

continuación, va recoger la marcha secular a través del derecho bárbaro, canónico y feudal (38).

#### a. *Derecho bárbaro*

La resolución de los contratos por incumplimiento tiene un ámbito muy restringido. Se encuentran casos de resolución, en materia de censos y de donaciones.

En la venta por impago del precio no había resolución de contrato, en el Edictum Teodorici § 147: «Placita bona fide et definitiva venditio a venditore rescendi non potest: sed pretium quod ab emptore debetur repetendum est». Sin embargo, en la *Lex Wisigothorum*, se autoriza al vendedor a reservarse, mediante una cláusula especial, el readquirir la cosa vendida si no ha sido pagado en el término convenido: «Si pars pretii data est et pars promissa non adimpletur, non propter hoc vendita facta rumpatur.... nisi hoc forte convenerit ut res empta venditori debeat reformari». (L. 5, V-4) (39).

Las consecuencias de la resolución por incumplimiento tienen un predominante carácter de penalidad. El antiguo propietario recobra la cosa en el estado que tenía en el día del contrato, y el comprador que deja de pagar debe «ipso iure» los intereses del precio. La máxima «resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis», se aplica con toda su energía.

En las *Compilaciones visigóticas*, se observa una tendencia exagerada a la ejecución forzosa y a la imposición de una pena a la parte que ha faltado a su palabra, en provecho de la parte que la cumple; es la aplicación a todo convenio en general de la «*Stipulatio Aquilianna*» (40) y del *Rescripto Imperial de Arcadio* «*Si quis maior*» (41).

(38) La exposición histórica francesa y las citas que se expresan estas tomadas de esta bibliografía: LOUIS NAZ, «*Essai sur l'histoire de la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix*», Paris, 1870. VICTOR FOTESCO, «*Vente de meubles et immeubles pour défaut de paiement du prix*», Paris, 1807. *Tesis doctoral*. FELIX-JEAN-BAPTISTE-BIENVENU MARTÍN, «*De la lex commissoria dans la vente en droit romain et de la resolution de la vente pour défaut de paiement du prix en droit français*», Paris, 1874, *Tesis doctoral*. C. GRAVIER, «*De la lex commissoria dans la vente*» en *Tesis doctoral*, Paris, 1896. CASSIN, «*De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*», Paris, 1914, y otro: «*Reflexión sur la resolution judiciaire des contracts pour inexécution*», en *Rev. Trim. de Droit civil*, 1945, pp. 160 y ss. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1924, pp. 333 y ss.

(39) Ya expusimos, la distinta interpretación de este texto, entre los germanistas, y la escuela romanista de Paulo Merea, en el derecho visigodo español.

(40) La *Lex Romana Visigothorum*, reproducía textualmente el § 3, tit. 1 del libro de Sentencias de Paulo que dice así: «Cuando se haga un pacto, es usual insertar la estipulación aquiliana; pero es prudente añadir otra cláusula penal, porque en el caso en que el pacto no llegue a cumplirse, el acreedor pueda entonces reclamar la pena por la acción "ex stipulatu"».

(41) El *rescripto* de Arcadio y Honorio «*Si quis maior*» dictado en el año 395, figura en el *Código Theodosiano*, bajo el n.º 3 del título 1 «*De pactis*». Este ley va más

En las escrituras de la época se inserta una pena contra la parte que no cumple sus obligaciones, y a continuación de ésta cláusula figuraban estas palabras mucho tiempo incomprendidas: «cum stipulatione subnixa» (en los formularios de Angers), que no puede ser otra cosa que la alusión a la estipulación aquiliana, y que se encuentra expresamente indicada en muchas escrituras medievales. En muchas ocasiones el Notario copiaba literalmente el preámbulo del Rescripto de Arcadio. con estas palabras: «Interpellando iudicem, vel suplicando principibus... invocato Dei omnipotentis nómine...» (42).

### b. *Derecho canónico*

A diferencia de los juriconsultos romanos, que solo admitían la resolución legal en los contratos innominados, y por pacto de la «lex commissoria» en los contratos consensuales, como la venta, los canonistas llegaron a aplicar reglas idénticas a ambos tipos de contratos, sobreentendiendo la resolución a todas las convenciones cuando una de las partes no cumpla lo que le incumbe. Veamos como se produce ésta ampliación.

El reconocimiento por los canonistas de los principales casos de resolución sobreentendida fue a consecuencia de un sentimiento íntimo de *equidad* inspirado por la Iglesia que establece este principio general: el beneficiario de un derecho no puede conservar las ventajas sin adquirir las obligaciones que se le impone.

Las convenciones, tanto los contratos sinalagmáticos, como los simples pactos o promesas, solían ir acompañadas de *juramentos*, en virtud del cual cada parte se obligaba solemnemente a cumplir sus obligaciones. Como dice Capitant, «Esta regla se halla enunciada en términos amplísimos, que se refieren no solo al caso del juramento, sino a todo contrato, en un texto célebre de la “Suma” del Hostiense (siglo XIII), libro 2.º, de iurej. núm 3»:

*«Non servanti fidem, non est fides servanda.*

---

lejos, para el que incumple su promesa. Dice así: «Si algún mayor de 25 años, piensa echarse atrás de los pactos o sea recurriendo a la justicia, sea dirigiéndose en súplica al Emperador, sea no cumpliendo su promesa, y que tenía confirmado su contrato por la invocación a Dios Todopoderoso, sea no solamente tachado de infamia, sino que se le prive de su acción y soporte la pena que se ha estipulado en el pacto, pierda la propiedad de la cosa y el provecho conseguido por el pacto o la transacción. Todas estas cosas estarán en provecho de los que cumplieron fielmente la convención, y ordenamos que se les considere dignos del beneficio de la ley, los que habiendo insertado nuestro nombre en sus contratos, han jurado que esta invocación era la garantía de sus obligaciones contraídas».

(42) MARINI, «Papiri Diplomatici», n.º 99, citado por Savigny, en su *Historia del derecho romano en la Edad Media*, dice que en una escritura de venta del año 551, se lee lo siguiente: «Aquilianae quoque Nervianaeque legum vigore subjungenti sed et stipulationis valeditate legitima solemnitate adiciendi».

Ideo iuramentum illud non ligat qui praestitit, dum is cui praestitum fuerat servare negligit quod prommissit.» (43)

La consecuencia de la regla «Frangenti fidem» consistía en que, tanto el vendedor como el comprador, podían optar por exigir el cumplimiento, o pedir al juez eclesiástico que les librara del juramento y pronunciara la resolución del contrato. Esta resolución se diferenciaba de la «lex commissoria romana» porque podía intentarse por el comprador lo mismo que por el vendedor, y el demandante estaba obligado a dirigirse a la jurisdicción eclesiástica para que se le librara de su juramento y por lo mismo de su obligación; mientras que en la «lex commissoria», la resolución era efecto de la sola voluntad de las partes; solo podía ejercitarse por el vendedor, y la resolución se producía «de pleno derecho» sin demanda judicial.

La Iglesia aconseja a las partes someter sus convenciones bajo juramento. Con el juramento la autoridad eclesiástica extendía su jurisdicción privilegiada, sin que se le pudiera tachar de ambición, por sustituir la justicia secular por las justicia eclesial, sino para elevar al hombre a las más altas esferas de la conciencia y de su deber, para amar la justicia por la esperanza de la felicidad futura.

Los canonistas, interpretando justamente el contenido de la voluntad de las partes, llegaron a la conclusión de que, cuando dos personas se habían obligado recíprocamente, si una de ellas, no cumplía su promesa, la otra no solo se hallaba dispensada de cumplir la suya, sino que podía, en vez de reclamar la ejecución forzosa, citar a su adversario ante el Tribunal eclesiástico para hacer constar la violación de la fe prometida y exigir que se le relevase de su obligación. Y el derecho canónico aplicaba esta solución a todos los contratos sinalagmáticos indistintamente, tanto a los antiguos contratos consensuales del derecho romano, como a los simples pactos, porque el concierto de voluntades, según los canonistas era obligatorio.

La Iglesia favorece el uso de establecer el juramento en los contratos, y así somete al perjurio a las penas de censuras espirituales, que era una de las condiciones de la ley Arcadia («invocato Dei omnipotentis nomine»). Por esto, era práctica habitual de los Notarios introducir la sanción religiosa siempre mas temida que la penalidad civil.

La Iglesia se creyó en el deber de estimular la pena de la excomunión contra los que faltaban a su promesa. La Iglesia fiel a la voluntad de las partes, excomulgaba a los que no cumplían con su obligación, pero

---

(43) Capitant, en la nota 1, dice que esta fórmula famosa, cuya invención se atribuye al Hostiense, parece haber sido creada hacia 1235, por Vicente de España, el primero de los decretalistas a consecuencia de discusiones sugeridas. Es interesante notar que ha sido en el campo de la fe, y a propósito de las relaciones con los infieles, donde comenzó a debatirse. Esta regla enunciada por Hostiense tuvo su expresión definitiva en el Canon «Frustra», publicado en 1298 (75, Sexto, V, 13, de regulis iuris) que dice así: «Frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se preaestitam servare recusat». (*De la causa de las obligaciones*, p. 144.).

la pena no debe romper el principio de que el delito presente debe ir unido a la rebeldía («delictum praesens cum contumacia coniunctum»), por lo que será necesaria *una puesta en demora* (44).

De esta manera, el deudor podrá purgar su demora «Sibi satisfactione celeri consulere». (Decretales, 4, III-18). Una resolución fatal a término fijo, por incumplimiento, repugna al derecho canónico, por lo que será necesaria una sentencia judicial que solo la Iglesia puede pronunciar.

Este modo de proceder no es una contradicción. La Iglesia por la lentitud en la instrucción de sus causas, deja al deudor la posibilidad de sustraerse a la resolución; pero si el delincuente abusa de la indulgencia que se le ofrece, entonces su autoridad tan compasiva deviene en inexorable; por tanto, en primer lugar, muestra su condescendencia, pero a continuación despliega su severidad en la aplicación del castigo.

### c. *Derecho feudal*

El feudo es un contrato por el que el señor cede a perpetuidad al vasallo el dominio útil de un inmueble, con la obligación de prestar servicios y fidelidad. Si el vasallo incumple sus obligaciones, el señor puede resolver el contrato, sin necesidad de que exista cláusula expresa. Lo mismo ocurre si es el señor el que incumple.

La fuente primitiva del feudo se deriva de aplicar a los comisos feudales los preceptos del derecho romano sobre la revocación de las donaciones entre vivos. Las consecuencias eran éstas:

- El comiso no opera «ipso iure».
- Los herederos del señor no pueden ejercitar el comiso si su autor conocía el delito y no lo persiguió en vida.
- Los sucesores del vasallo no pueden ser privados de la posesión por razón de la felonía o desavenencia con su causante, si la acción del señor no ha sido intentada antes de la muerte del culpable (45).

El juramento que prestaba el vasallo de fe y homenaje a su señor, servía de pretexto a los jueces eclesiásticos para aplicar el derecho canónico a los comisos feudales, por lo que los señores recelosos de sus prerrogativas suprimieron el juramento, para eliminar la jurisdicción eclesiástica, y las consecuencias rigurosas de la resolución de derecho. Pero una práctica judicial introduce ciertas atenuaciones, como es la de sustituir la idea de incumplimiento de la obligación por la idea de la in-

---

(44) «Statuimus ut nec praelati nisi canonica ommonitione praemissa suspensionis vel excommunicationis sententiam proferant». Decretales, cap. Reprisibilis 26. De appellationis (II-28).

(45) POTHIER, *Traité des tiefs*, primera parte, capítulo III, sect. II, arts. 1 y 2., citado por Naz.



gratitud, y las disposiciones de favor consagradas por la jurisprudencia canónica: el comiso no debía pronunciarse sin causa. El vasallo tenía permitido purgar su demora hasta que se dictara la sentencia. (Esta es la opinión de Pothier, «*Traité des fiefs*», *loc. cit.*).

La acción de comiso, según Pothier, del señor contra el vasallo, tenía carácter «ad rem», e iba dirigida a obtener que el feudo le fuera adjudicado en reparación de la ofensa. Los efectos de la revocación del feudo no se extendían a las cargas reales impuestos sobre el inmueble enfeudado. La culpa del vasallo, no debe repercutir en los terceros inocentes. («*Culpa suos duntaxat committatur auctores*»).

La resolución por incumplimiento presenta profundas diferencias, en el antiguo derecho francés, según que se aplique en los países de costumbres, o en las provincias de derecho escrito como vamos a examinar a continuación.

#### d. «*Droit coutumier*»

En los países de costumbres se adopta la regla del derecho romano postclásico, por la cual la propiedad de la cosa vendida pasaba al comprador por efecto de la tradición, y desde que se pagaba el precio. En la venta a crédito no se exigía ésta segunda condición.

Las costumbres recogen sin dificultad las causas de resolución que el derecho romano había reconocido en los contratos reales innominados, en el cambio, donación, sociedad, arrendamiento y enfiteusis.

En la venta, la facultad del vendedor no pagado de resolver el contrato sólo puede derivarse teóricamente de la existencia de una estipulación expresa de las partes («*lex commissoria*»).

Pero la práctica y los usos, poco a poco introdujeron dos innovaciones: una en favor del vendedor, al sobreentender el pacto comisorio en todos los contratos de venta; y la otra en favor del comprador de permitirle el pago después de la expiración del plazo, y sin que se resuelva la venta de pleno derecho.

##### 1. La innovación de sobreentender el pacto comisorio.

La costumbre y los usos llegaron a declarar que la facultad de resolver siempre se encuentra sobreentendida, en consideración a la equidad. Los jurisconsultos costumbristas se preocupan, ante todo, de la intención de los contratantes y de la causa final de los contratos a la que se dirigen. Como en la venta, la falta de pago del precio es la causa final del contrato y es el fin directo e inmediato que se propone el vendedor, lo que da lugar al principio consagrado por la costumbre de que la resolución tiene lugar en todas las convenciones hechas por una causa y cuando la causa no se ha cumplido.

En el siglo XIII aparece esta doctrina patrocinada por los autores y sancionada por la legislación. Así aparece en un pasaje de Philippe de

Beaumanoir en la «Coutume de Beauvoisis». En las antiguas costumbres de Bretagne (redacción del siglo XIV), aparece igual doctrina. Pero estas doctrinas no fueron unánimemente recibidas.

En el siglo XVI, Dumoulin, fue uno de los primeros de proponer la aplicación del principio de la resolución de la venta, pero solamente en casos excepcionales. Según él hay que distinguir:

— Cuando el vendedor solo tiene interés en recibir el precio, es decir, el equivalente de la cosa, no cabe la acción resolutoria.

— Pero cuando se vende una cosa (por ejemplo un feudo rural), con miras a un destino especial que se quiere dar al precio (por ejemplo, comprar la casa de la ciudad paterna). En este caso, habiendo, por falta de pago, la esperanza de recobrar la casa paterna, el vendedor no estará obligado a demandar el pago del precio, pero podrá accionar para que se le devuelva la heredad vendida, «ne careat utroque fundo par fraudem vel culpam emptoris». Como argumento invoca la regla formulada por los canonistas: «Fidem prorsus non servanti non esse servanda». Y añade en conclusión: «Stat ergo quod defectu causae finalis locus est rescissioni etiam in contractibus nominatis et specialiter in venditione» (46).

Dumoulin tiene el honor de haber generalizado definitivamente el principio de que la resolución es posible «iure communi», siempre que falte la causa final del contrato. Pero la causa final en los contratos nominados no tiene el sentido que tiene en la actualidad, porque según el la causa final no es el pago del precio, sino un fin particular subjetivo, en vista del cual, el vendedor se determinó a contratar.

Estas soluciones satisfacían las necesidades del comercio jurídico y de evitar gastos. Es mejor para el vendedor tomar otra vez su cosa, que llevar ante los Tribunales a un comprador que rehusa pagar el precio.

Esta doctrina bajo la capa protectora de una autoridad tan considerable como la de Dumoulin penetró insensiblemente en la jurisprudencia de los tribunales y de todos los intérpretes del derecho común y los comentaristas del derecho consuetudinario (47).

En el siglo XVII, Domat, se adhiere a la doctrina de Dumoulin, y admite la resolución en las venta con cláusula resolutoria (como en el pacto de la «lex commissoria» romana) pero introduce la resolución «sans clause résolutoire»:

«Quoiqu'il n'y ait pas de clause de resolution faute de payer au terme, ou d' inexecuter quelque autre convention, la vente ne laissera pas d' être résolue, si le défaut de paiement et l' inexecution y donnent lieu après les délais, selon

(46) DUMOULIN, «*Variae Iuris Questiones*», in *rubr. De verbor oblig.*, n.<sup>os</sup> 58 a 62.

(47) BOURJON, «*Le droit común de la France et la Coutume de Paris reduits en principes*», II, Paris 1770, liv. VI, tit. II, chap. IV, sec. 1, n.<sup>o</sup> 11, p. 452.

les circonstances, car les contractants veulent que le contract ne subsiste qu'en cas où chacun exécute son engagement». («Lois civiles dans leur ordre naturel», Paris, chez Durand, 1777. livre I, titre II, sección 12, n.º 13).

Estas explicaciones de Domat, demuestran que la acción resolutoria se admitía en el siglo XVII, no solo en provecho del vendedor, sino también en provecho del comprador. Importa notar que relaciona el derecho de pedir la resolución con la voluntad misma que presidió la perfección del contrato, «porque las partes quieren que el contrato no subsista si cada uno no ejecuta su obligación». Y finalmente reconoce a los jueces el poder absoluto de apreciación. La venta se resolverá, dice, «según las circunstancias».

Se aprecia, por esto, que una aplicación mas rigurosa del principio de la causa final había de prosperar en el siglo XVII en todos los casos en que la intención del vendedor al contratar había sido, que si el comprador no pagaba el precio, el contrato estará de pleno derecho sujeto a resolución: «Fidem frangentis, fides frangatur».

En el siglo XVIII, Pothier, razona de la misma manera, y declara que la falta de pago del precio permite al vendedor demandar la resolución del contrato, aunque no haya pacto resolutorio, pero la amplía «con relación a todas las demás obligaciones, sean del vendedor, sean del comprador, solamente en virtud de las circunstancias se llega a definir si debe tener lugar la resolución del contrato: da lugar a ella siempre que se me prometió una cosa que sin ella yo no me hubiera obligado» (De la Vente, n.º 475).

2. La otra innovación se realiza en favor del comprador permitiéndole pagar despues de expirado el plazo («purgatio morae»).

Veamos como tuvo lugar.

La resolución del contrato planteó una lucha entre el derecho canónico y el derecho «coutumier».

La Iglesia mantiene la costumbre entre los notarios eclesiásticos de insertar en sus contratos entre laicos, la cláusula de excomunión caso de no pagar las deudas.

Los jurisconsultos protestan contra este abuso de las penas espirituales. La Ordenanza de Carlos IX de 1560, prohíbe a los prelados el uso de las censuras eclesiásticas, sino no es por crimen o escándalo público. La costumbre de Bretagne, dispone que en «Toda convención por la que el deudor laico se someta a la excomunión en caso de incumplimiento de su promesa será considerada como no puesta». Como sanción de ésta prohibición, los jueces reales pronunciarán directamente, «in foro seculari» la absolución «ad cautelam» de la excomunión. Los canonistas llegaron a sostener que la «juramenti cognitio» era al menos un «fori mixti», y la cuestion del juramento era un incidente en una causa civile, por lo que era el juez laico el competente para su conocimiento.

De esta manera, el «*droit coutumier*» llegó a derogar la excomunión, como último residuo del comiso canónico, y con ello, desaparece el carácter penal de la resolución. La idea de la ingratitud, mucho tiempo persistente, da paso a la idea de incumplimiento, y la anulación del contrato deja de ser unilateral, para aplicar a las obligaciones bilaterales.

La resolución de los contratos era competencia de los jueces reales, aunque continuaban admitiendo la «*purgatio morae*», pero dentro de unos límites razonables, por el mayor respeto a la voluntad de las partes.

De Pothier, se deduce que la condición resolutoria implícita opera independientemente de la constitución en mora. «*Suivant les principes du droit roman... si el acheteur est en demeure de payer le prix, le vendeur n'a pas pour cela le droit de demander la résolution du contrat, et il peut seulement exiger, par les voies de droit, le paiement du prix que lui est dû*». «*Le juge, sur la demande du vendeur, rend une premier sentence par laquelle il fixe un certain délai, qui est lassé à son arbitrage, dans lequel il ordonne que l'acheteur sera tenu de payer; ... et si le acheteur ne paie dans le dit temps, le vendeur, après l'expiration du temps, doit obtenir une seconde sentence qui, faute par l'acheteur d'avoir satisfait à la premier, déclarera le contrat de vente nul et resolu*». (De la vente, n.º 475).

Así lo deduce Benatti, cuando dice que: «El poder de ejercer la resolución, no se deriva de la mora “*mora debendi*”, que tiene su origen en derecho romano, sino que es un efecto de la cláusula resolutoria tácita, creación de los tribunales de los países de derecho consuetudinario... Si las costumbres hubieren subordinado la resolución del contrato a la constitución en mora del deudor, no habría puesto la regla según la cual el juez debe, ante todo fijar el tiempo del cumplimiento. Sería extraño que el acreedor estuviere obligado a intimar al pago, y en caso de incumplimiento, no pudiese obtener la resolución, porque a su vez, el juez ha concedido nuevo plazo. En la segunda fase del procedimiento de resolución presupone la mora, bastando el solo hecho material del incumplimiento» (48).

Pero como dice Pothier, a partir del siglo XVIII, «*lorsqu'il y a un pacte commissoire, le juge, sur la demande donnée après l'expiration du temps porté par la pacte, doit prononcer d'abord la resolution et permettre au vendeur de rentrer en possession de la chose vendue*». (De la vente, n.º 475).

#### e. «*Droit écrit*»

En las provincias del Midi francés, se mantiene el derecho romano justiniano, en materia de compraventa y pacto comisorio.

---

(48) *La costituzione in mora del debitore*, pp. 59, 60.

El contrato de compraventa en estos países se hallaba bajo el imperio de las leyes romanas, y la «traditio» era considerada necesaria para transferir la propiedad de la cosa vendida; de manera que, entre dos adquirentes sucesivos de un mismo inmueble la preferencia se debía a aquel de los dos que hubiese sido investido de la posesión en primer lugar, aunque al otro se le hubiere hecho la «traditio ficta» anterior.

En materia de pacto de *la «lex commissoria»*, se mantiene el derecho romano justinianeo, pero con criterios restrictivos:

1. Se exige siempre el pacto comisorio.

El pacto comisorio es indispensable para que tenga lugar la resolución, incluso en los casos en que el derecho romano admitía la resolución legal. La resolución operaba por la sola fuerza del pacto.

2. La resolución opera «*ipso iure*».

La resolución tenía lugar de pleno derecho de acuerdo con la máxima romana «*dies interpellat pro homine*». La sentencia judicial que declaraba la resolución de la venta era requisito únicamente para su constatación. Las consecuencias tenían carácter penal por la influencia del derecho canónico; pero éste rigor se atemperaba con la exigencia del pacto comisorio y en la posibilidad de aplazamiento por la discrecionalidad del juez.

El principio «*resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*», daba lugar a la resolución con eficacia retroactiva de los actos de disposición realizados por el adquirente, pero ésta regla no era absoluta, sino que admitía casos en que no se producía la eficacia retroactiva, haciendo válidos los derechos reales constituidos por el adquirente. El «*droit écrit*», hacía estas distinciones:

En materia de donaciones, la resolución deja subsistente los derechos reales constituidos por el adquirente, cuando era motivada por la ingratitud del donatario.

En los casos de comiso enfiteúutico, y en el pacto comisorio de la venta, se producía la resolución retroactiva, con extinción de los derechos reales constituidos con posterioridad.

#### f. *Aplicación a la venta de bienes inmuebles*

Vamos a examinar cómo la antigua jurisprudencia francesa aplicaba estas teorías del derecho escrito y consuetudinario al contrato de compraventa de bienes inmuebles, con pacto comisorio.

1. Se exige una declaración resolutoria.

El derecho civil, fiel a la máxima de la Iglesia de que toda pena requiere una declaración, establece, como lo habían hecho los canonistas, que el impago no es suficiente por sí solo para que se opere la resolución sino que era necesaria una sentencia al menos para autorizar la ejecución de la pena. Por esto, la resolución de la venta por impago

del precio debía «être prononcer en justice». Así lo explica Pothier: «Según nuestra jurisprudencia, el pacto comisorio no opera de pleno derecho la resolución por falta de pago en el tiempo fijado; en este caso, solamente se atribuye al vendedor, una acción para pedir la resolución del contrato, y que ésta no se opera, al menos irrevocablemente, sino es por la sentencia, que a la vista de ésta acción, declara el contrato nulo y resuelto, por no haber pagado el comprador». (Vente, n.º 459).

2. Se exige una «sommation».

En un principio, las reglas del derecho romano sobre la puesta en mora, no sufren modificación; de ésta manera, la interpelación siempre era indispensable para el caso de no haberse fijado término para el pago del precio; por el contrario la interpelación se descartaba, cuando la cláusula comisorio había sido estipulada «ad diem».

Pero bajo la presión de los canonistas, quienes entendían que era necesario retrasar el posible cumplimiento de los comisos, los costumbristas, y cuando la cláusula comisorio se estipulaba «ad diem», llegaron a exigir, que la parte a la que aprovechara declarara al menos su intención de invocar la resolución (49).

En los países del Midi francés se protesta contra el empleo de la interpelación. Se decía que el pacto comisorio tenía lugar si en el tiempo pactado, el comprador no paga el precio, aunque el vendedor no haya formulado la demanda. Pero como en la práctica se obligaba al vendedor a notificar en un breve plazo su opción entre la resolución o el pago, los juristas sostenían que esta declaración de voluntad no se podía manifestar mas que por la vía de una «sommation» extrajudicial. (Cpr. Guy- Pape, «Questiones...», p. 497).

3. Se admitía la «purgatio morae».

El comprador una vez vencido el término pactado y advertido por una «sommation» de la voluntad del vendedor, se le admitía «purgar su demora» pagando el precio; incluso despues de la sentencia declarativa de la resolución del contrato, cuando al apelar la sentencia se ofrecía el montante del precio, los intereses y las costas. (Pothier, *La Vente*, n.º 459).

De esta manera, por influjo de la costumbre, no debía resolver el contrato por falta de pago en el plazo convenido, puesto que se admitía una «purgatio morae», y por esto, era natural que se permitiera al juez acordar un aplazamiento antes de declarar la resolución en un juicio definitivo. Decía Domat: «Les clauses resolutives á défaut de payer au terme ou d'exécuter quelque autre condition, n'ont pas pour effet de résoudre d'abord la vente, par le défaut d'y satisfaire, mais on accorde un délai pour exécuter ce qui a été promis, si ce n'est que la chose ne puisse souffrir de retardement». («Lois civiles», liv. I, tit. II, sec. 12, n.º 12).

---

(49) Dice Pothier, que «Il est d'usage, de faire une sommation au debiteur par un sergent, a ce qu'il ait à satisfaire à sa promesse, avec assignation devant le juge pour voir prononcer la nullité de l'engagement, faute par lui d'avoir satisfait». *Traité des obligations*, n.º 672.

Bourjon, decía que «*toujours vu practiquer ainsit au Châtelet, usage équitable et préférable á la riguer du droit romain, qui était peu politique*». («*Le droit commun de la France et la Coutume de Paris reduits en principes*», Paris 1770. Liv. I, tit. IV, ch. 9, n.º 2.).

#### 4. Se amplía el arbitrio judicial.

Se extiende el arbitrio del juez y la práctica judicial es favorable a relentizar la marcha de los procesos; despues de la sentencia judicial de concesión de una prórroga, y vencida ésta prórroga sin que tuviera lugar el pago, el juez podía dictar una segunda sentencia acordando una nueva prórroga en la que se insertaba en su parte dispositiva la reserva de dejar a salvo al comprador para liberarse de su deuda, en este lapso de tiempo. Como se ve, con esta teoría, la purgatio era posible aun despues de la sentencia judicial. Esta jurisprudencia violaba abiertamente la voluntad de las partes, y desarrollaba de manera abusiva la equidad canónica, con la concesión de prórrogas para poder pagar aún despues de vencido el término pactado.

#### 5. Se suprime la prórroga judicial, a partir del s. XVII.

Pero es a partir del siglo XVII, cuando se declara una verdadera guerra contra esta práctica judicial de concesiones de prórrogas, por tratarse de un desarrollo abusivo de la equidad canónica que violaba abiertamente la voluntad de las partes, cuando existía un pacto comisorio estipulado a plazo fijo. Pothier, se manifiesta contrario a «que el juez conceda nuevo plazo, en el *caso de pacto comisorio a término fijo*, imponiendo al juez, si el acreedor lo exigía, la obligación de declarar la resolución del contrato despues de expirado el término pactado». (Vente, n.º 475). Otros, como Fourgole, iban mas lejos, negando a los jueces que admitieran la «purgatio morae».

En los países de derecho escrito, el comprador no podía pagar el precio despues del término fijado, por imperativo del pacto comisorio. Sin embargo, por la influencia del «*droit coutumier*», menos riguroso, se permitió que el comprador pudiera purgar su demora «*celeri praestatione*», es decir, en el mismo plazo dejado al vendedor para ejercer su opción resolutoria.

La pugna entre la «purga de la mora», con la consiguiente prórroga del pago, y la facultad del juez de concederla, y por otra parte, el respeto a «la voluntad de las partes» del pacto comisorio a plazo fijo, será resuelta en el Code de Napoleon, atendiendo a los intereses de las partes, de la manera que veremos a continuación.

#### 6. Naturaleza de la acción resolutoria, con pacto resolutorio y sin él.

La acción resolutoria corresponde al vendedor y pasa a sus herederos. Y se ejercita contra el comprador, sus herederos y los terceros adquirentes.

Los autores antiguos entendían que la acción que nace del pacto comisorio es personal y real, y se asimilan a las acciones personales «*in rem scriptae*», que son aquellas que nacen de una acción obligación personal, pero en su ejecución afectan a la cosa que constituye su objeto (50).

Pothier, la asimila a las acciones «personales *in rem scriptae*», que son las «*naissent d'une obligation personnelle á l'exécution de laquelle est affecté la chose qui en fait l'objet*», «*sortes d'actions mixtes qui, étant principalement et par leur nature actions personnelles, tiennent néanmoins de la nature de l'action réelle par quelque chose qui leur accessoire*». «La acción qui nait du pacte commissoire, est personnelle-reelle, et peut être intentée contre les tiers détenteurs; car le vendeur, n'ayant aliéné l'heritage qu'aux charges portées par son contrat, en alienant l'heritage, el l'á affecté a l'exécution des obligations que l'acheteur a contractées envers lui par ce contract». (Dela vente, n.º 464).

## B. CODE NAPOLEÓN

Los redactores del Code acogen las anteriores tendencias en materia del contrato de compraventa y la resolución de la venta de la siguiente manera.

### a. *La compraventa real*

El contrato de compraventa, tanto en el derecho escrito, como en las costumbres, se configura como un contrato real, cuya transmisión de la propiedad se opera por el mero consentimiento. Por otra parte, los autores de la escuela del Derecho Natural que exaltaban el poder jurídico de la voluntad humana enseñaban que la tradición era necesaria para transferir la posesión, que es un hecho, pero que no lo es para transmitir la propiedad, que es un derecho, y puede ser transferida por el solo efecto de la convención. Por estas influencias, el art. 1583 dice: «La propriété est acquise de droit a l'acheteur à l'égard du vendeur, dès

---

(50) «*Actionum in personam, aliae sunt omnimodo id est vi ipsa et scriptura in personam; aliae vi ipsa in personam et scriptura in rem*». CUIJAS, *Commentarii in diversos digestorum titulos*, ad leg. 9 Quod metus causa.»



qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé».

La aplicación que tiene en éste Código la resolución en la venta de bienes inmuebles, por falta de pago del precio, se debe distinguir según que la resolución sea legal, o sea derivada de una cláusula convencional.

b. *Resolución legal: la condición resolutoria sobreentendida*

Se encuentra reglamentada en estos preceptos:

1.— El art. 1184 C. de N.: sus antecedentes.

El art. 1184: «La condición resolutoria está siempre sobreentendida en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no cumpla su obligación. En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte frente a la que el cumplimiento no se efectuó, tiene la elección o de forzar a la otra a la ejecución del convenio, cuando ello sea posible, o de demandar la resolución, con indemnización de daños y perjuicios. La resolución debe ser demandada judicialmente y puede concederse un plazo al demandado, según las circunstancias». (Es el antecedente de nuestro art. 11 24 CC).

Los antecedentes de éste precepto, tiene tres fuentes, siguiendo a Cassin:

Uno es el derecho romano que reconocía la resolución de los contratos innominados del tipo «do ut des». El «praestans» podía pedir la restitución de la cosa entregada gracias a una «condictio causa data, causa non secuta», cuando el «accipiens» no ejecutaba la prestación que le corresponde.

Otro es el derecho canónico, que proclama el principio «fragenti fidem, fides non est servanda», por el que se extiende la regla de los contratos innominados romanos a todos los contratos consensuales, porque comprendieron que las obligaciones están en conexión, no solo al nacer, sino también en su ejecución.

Y el otro antecedente se encuentra en la jurisprudencia francesa comentada por los juristas. El principal es Dumoulin en el siglo XVI con la doctrina de la causa final, seguido por Domat y Pothier.

Todas estas fuentes se han desarrollado con anterioridad. (51).

---

(51) CASSIN, «Reflexión sur la résolution judiciaire des contracts pour inexécution», en *RTDC*, 1945, pp. 160 y ss.

## 2.— Sus notas diferenciales: Capitant, Benatti.

Según Capitant:

El art. 1184 Code Nap., dice que en todos los contratos sinalagmáticos existe una condición resolutoria sobreentendida, o como dicen los intérpretes «un pacto comisorio tácito», para el caso en que una de las partes no satisfaga su compromiso. De este texto se deduce que la resolución se produce, como si las partes hubieran estipulado una condición resolutoria. Dice Capitant, que obedece esta inexactitud a que los redactores reprodujeron desdichadamente las explicaciones que aducía Pothier en su Tratado de obligaciones, a propósito de las condiciones resolutorias (52).

Decía Pothier: «En los contratos sinalagmáticos se pone con frecuencia por condición resolutoria de la obligación que contrae una parte por el incumplimiento de algunos de los compromisos de la otra». Y añadía: «Aun cuando no se hubiese expresado en el contrato el incumplimiento de vuestra obligación como condición resolutoria de la que yo contraje para con vosotros, sin embargo, este incumplimiento puede muchas veces producir la rescisión de la venta y consiguientemente la extinción de mi obligación. Pero es preciso que se haga la declaración por el juez», (n.º 672).

Y añade Capitant: «Esta relación entre la condición resolutoria expresa y la resolución judicial por incumplimiento es la que engañó a los redactores del Code. Tradujeron mal el pensamiento de Pothier, que guardó mucho de hablar de condición resolutoria sobreentendida. Los antiguos autores, relacionaban naturalmente la acción resolutoria con el pacto comisorio, pero no los asimilaban. Existen diferencias fundamentales entre ambas:

— «La *lex commissoria*, era una cláusula especial que se refería, no ya a todos los casos de incumplimiento de la venta, sino exclusivamente a la falta de pago del precio en el plazo convenido. Protegía solo al vendedor y de ningún modo al comprador, el cual en ningún caso podía pedir la resolución de la venta por incumplimiento de las obligaciones del vendedor».

— «En Roma la venta se resolvía de pleno derecho por el solo hecho de no pagar el precio al vencimiento; el vendedor, pues, no necesitaba acudir a los Tribunales para que se declarase la resolución. Si nuestros escritores antiguos hubieren sobreentendido la existencia de condición resolutoria análoga en todos los contratos sinalagmáticos, habrían aplicado indudablemente la misma solución y establecido que el vencimiento de la condición, es decir, el incumplimiento produciría de pleno derecho, la resolución del contrato».

— «Nuestros escritores antiguos no sólo exigen la intervención de los Tribunales, sino que les conceden, además, un arbitrio soberano

---

(52) POTHIER, «Vente», n.º 476. *Domat, loc. cit.*, p. 320).

en sus fallos, poder absolutamente incompatible con la hipótesis de una condición resolutoria tácita, porque existiendo condición resolutoria (expresa), vendrían obligados los jueces a respetar la voluntad de las partes y a pronunciar la resolución en todos los casos de incumplimiento de las obligaciones del demandado».

— «Resultando la resolución de un pacto tácito no debe dar lugar a la indemnización de daños y perjuicios, lo mismo que cuando procede de una condición expresa, porque en ambos casos es la consecuencia de un acuerdo de voluntad».

«En resumen, el origen histórico que los intérpretes del Code atribuyen ordinariamente a la resolución judicial por incumplimiento de los contratos sinlagmáticos, es manifiestamente erróneo, y sea cual fuere la doctrina del principio del art. 1184 Code, esta acción se deriva no ya de un pacto comisorio, sino de la teoría de la causa de las obligaciones (53).

Según Benatti:

La resolución legal no se deriva de la «mora debendi», sino de la condición resolutoria implícita introducida por las costumbres francesas. Si la constitución en mora fuera presupuesto de la resolución, el juez no debería conceder una nueva prórroga. Sería extraño que el acreedor tuviera que requerir de pago, y luego el juez pudiera concederle un nuevo plazo.

Argumenta Benatti, la autonomía del art. 1184 Code Nap. así: «Se la consuetudini avessero subordinato la risoluzione del contratto alla costituzione in mora del debitore, non avrebbero posto la regola secondo cui il giudice deve anziuto fissare il tempo del'adempimento. Sarebbe davvero singolare che il creditore fosse obbligato in primo luogo ad intimare il pagamento con atto notificato da un pubblico ufficiale, e poi, in caso di inadempimento, non potesse ottenere la risoluzione, perché a sua volta il giudice è tenuto, con sentenza, ad ordinare al debitore di prestare dentro un certo termine. Nemmeno la seconda fase del procedimento di risoluzione presupponeva la mora, bastante il solo fatto materiale dell'inadempimento». Siguen esta orientación en Francia, Crome, Laurent, Esmein, Mazeaud e Tunc, Carbonier, citados en «La costituzione in mora del debitore», pp. 59 a 61).

### c. Resolución convencional

Esta resolución opera con el pacto comisorio, y decía Pothier, que es una cláusula que se inserta en la venta, por la que las partes convienen, que si el comprador no paga el precio en término fijado, el contrato será resuelto. (De la vente, n.º 558).

---

(53) CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, pp. 330-332.

## 1.— El art. 1656 C de N: sus antecedentes.

Se regula en el art. 1656 que dice: «S'il a été stipulé, lors de la vente d' immeubles, que faute de paiement du prix dans le terme convenu la vente serait résolue de plein droit, l' acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu' il n' a pas été mis en demeure par une sommation; mais, après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de delai». (Es el antecedente del art. 1504 CC).

Los antecedentes de éste precepto, tiene las siguientes fuentes:

— Uno es el derecho romano de la «*lex commissoria*», que reconocía excepcionalmente la resolución del contrato consensual de la venta, mediante un pacto expreso, que estableciera que la falta de pago del precio en el termino convenido dará lugar a la resolución de la venta. El fundamento se encuentra en la voluntad de las partes, a diferencia de los contratos innominados que se encuentra en la «*condictio causa data causa non secuta*». El impago del comprador en el día convenido, provoca la resolución de la venta de pleno derecho, («*dies interpellat*»), y sin necesidad de acudir a los Tribunales para que se declare la resolución. Se subordina la resolución a la constitución en mora del comprador, y por esto, no puede el Juez ir en contra mediante la concesión de nuevos plazos.

— Otro es el *derecho canónico*, que establecía que el mero hecho del impago no debe provocar la resolución de la venta, por éstas razones, ya expuestas y que recordamos aquí. La Iglesia fomentó la costumbre de que se confirmara la eficacia de las obligaciones introduciendo en los pactos el juramento, y los notarios lo consignaban en las escrituras, incluso copiando las palabras de la «*Lex Arcadia*» («*invocato Dei omnipotentis nómine*»), por lo que sometían al perjurio a las penas de censuras espirituales. Pero la imposición de la pena no debe romper el principio de las Decretales de que el delito presente debe ir unido a la contumacia o rebeldía («*delictum praesens cum contumacia coniunctum*»), por lo que será necesario una puesta en demora.

— Otro es el «*droit coutumier*», por el que no bastaba el «*dies interpellat*» para la constitución en mora del derecho romano, sino que se precisaba una declaración expresa, una «*sommation*», como decía Pothier: «Il est d'usage, de faire une sommation au debiteur par un sergent». (Vente, n.º 672).

Por tanto, el art. 1656 Code N. desecha la severa rigidez del derecho romano (la venta se resuelve, de pleno derecho, por el impago del precio en el término convenido), y la condescendencia excesiva del antiguo derecho costumbrista francés (con la atribución al juez de la facultad de conceder nuevos plazos). Salvaguarda los intereses de todos por una apreciación equitativa de la intención de los contratantes. Así dice Portalis en «*Exposé de motifs du titre de la vente*», que el rigor del contrato podría ser aducido por la voluntad del hombre, pero el silencio del vendedor hacía presumir su indulgencia, que sólo se podía destruir mediante una «*sommation*» positiva del vendedor.

Este pacto, según la doctrina francesa, puede convenirse con las siguientes cláusulas:

2.— La cláusula resolutoria, no de pleno derecho.

Cuando la cláusula se redacta expresando que «la falta de pago del precio en el plazo fijado resolverá la venta». No se dice que la resolución opera «de pleno derecho».

La doctrina francesa entiende que por no existir la manifestación de la voluntad de las partes de excluir la aplicación del art. 1184 Code, no dispensa al vendedor de la necesidad de acudir al juez para que declare la resolución. La resolución tiene lugar por sentencia judicial. El juez deberá apreciar las causas de la falta de pago, y si por el examen de las causas es favorable al comprador, se verá forzado por equidad a acordar nuevo plazo (54). Hasta que se dicte la sentencia, podrá el comprador impedir la resolución haciendo ofrecimiento de pago del precio.

3.— La cláusula resolutoria de pleno derecho.

Si la cláusula se redacta así: «Si el comprador no paga el precio en el termino fijado, la venta será resuelta de pleno derecho». Es la hipótesis prevista en el art. 1656 Code.

El art. 1656 Code: «Si se ha estipulado en la venta de bienes inmueble, que la falta de pago del precio en el término convenido la venta será resuelta de pleno derecho, el comprador puede, no obstante, pagar después de expirado el plazo, en tanto no haya sido puesto en demora por un requerimiento; pero después de este requerimiento, el juez no puede concederle nuevo plazo». (Es el antecedente de nuestro art. 1.504 Cc.). Vamos a analizar este precepto.

#### *La «sommation»*

Para que se produzca la resolución de la venta, no basta el impago del comprador, sino que se precisa, además la «mise en demeure par sommation». La constitución en mora del comprador es un presupuesto de la resolución de la venta.

La «sommation», se considera como un requerimiento de pago, para un sector de la doctrina. Así dice Martín, que la necesidad de la «sommation», es una aplicación al art. 1656 Code de los principios reguladores de la constitución en demora, que establece el art. 1139 Code (la mora tiene lugar por la expiración del término fijado para el pago, y por la «sommation», por la cual el acreedor declara su voluntad de ser pagado inmediatamente).

La forma de la «sommation», en el derecho consuetudinario francés debía hacerse por escrito, a diferencia del derecho romano, y la tra-

---

(54) Nota. En la Exposición de motivos presentada por Bigot Preameneu «dans son discours au Corp egislatif... lors même, que la condition resolutoire serait formellement stipulée, il faudrait toujours constater l'inexécution, en vérifier les causes», (cita de NAZ, *ob. c.*, p. 229).

dición del derecho común, que podía hacerse también verbalmente (55). Para Pothier, el deudor sólo podía ser constituido en mora através de «une interpellation judiciaire valablement faite».

El art. 1139 Code dispone que debía asumir la forma de «sommation ou autre acte équivalent». La doctrina francesa considera equivalentes a la «sommation», la «demande en justice», la «saisie», la «citación en conciliation», el «commandement». La doctrina interpreta la «sommation», del art. 1139 Code de dos maneras. Para unos se debe excluir todos aquellos actos que no tuviesen «la même force qu'une sommation» (56).

Para otros autores, le atribuyen un significado mínimo, y la interpe-lación puede ser hecha de cualquier manera incluso la forma oral (57).

La consecuencia legal de la vinculación de la resolución a la cons-titución en mora, es que el juez no puede conceder nuevo plazo, y por tanto, una vez constituido en mora, es decir, una vez que se haya fijado el hecho del incumplimiento, el comprador ha perdido la facultad de poder realizar el pago (58).

Toda la doctrina relaciona la «sommation» con la puesta en mora, pero hay un sector de la doctrina francesa moderna, que desvincula la resolución de la venta con la «mora debendi», y en consecuencia, la «sommation», no es un requerimiento de pago que el vendedor dirige al comprador, sino que es la manifestación de voluntad de usar el dere-cho que le pertenece de resolver la venta, cuando el comprador «est en retard de payer» (59).

Otros intérpretes del Code se muestran en una posición mas favo-rable al comprador y pretenden autorizar al comprador a «purgar su de-mora», no obstante la interpe-lación y la negativa del vendedor:

— Duranton, dice que el comprador puede pagar después de la «sommation» y antes de la sentencia de resolución, porque el art. 1656 sólo prohíbe un nuevo plazo. Se basa en razones de equidad en favor del comprador que se encuentra sorprendido por una «sommation» inesperada, cuando falta de su domicilio, y sin embargo puede quedar atrapado sin piedad y sin aplazamiento por el pacto comisorio («Cours Droit civil, tomo X, lib. 3, tit. 16. n.º 377»). Esta posición se aproxima al antiguo derecho francés, tal lo como lo expone Pothier; «L' acheteur

(55) POTHIER, *Traité des obligations*, n.º 144, p. 67).

(56) COLIN-CAPITANT, *Cours elementaire de droit civile français*, II, Paris 1948, n.º 151, p. 112. LAROMBIERE *Theorie et pratique des obligations*, I, n.º 13, p. 412.

(57) DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XII, n.º 525, p. 190. DEMOGUE, *Traité des obligations en general*, VI, n.º 234, p. 254.

(58) MARTÍN, «De la lex commissoria dans la vente en droit romain et de la res-olución de la vente pour défaut de payement du prix en droit français», Paris, 1874, p. 121. DEMOLOMBE, «Traité des contracts ou des obligations conventionnelles», en ge-neral, t. 25, Paris, 1878, p. ¿?. VÍCTOR FOTESCO, «De la resolución de la vente de meu-bles et d' immeubles pour défaut de paiement du prix». Paris, 1897, p. 65.

(59) BAUDRI LACANTINERIE, *De la venta et de l' echange*, Paris, 1908, t. XIX, p. 584. LAURENT, XXIV, n.º 345. DUVERGIER, *Vente*, I, n.º 463.

peut donc, jusqu' à ce que la sentence soit intervenue, quoique apres l' expiration du terme, empêcher la resolution du contrat par des offres». (Vente, n.º 460).

Demolombe, permite el pago del comprador despues de la «sommation», con la misma moderación que en la constitucion en mora, a saber, que el deudor «peut encore l' exécuter après la sommation, si elle l' exécute sur l' heure, c' est-à-dire dans le delai moral strictement necessaire pour obtempérer à la sommation elle-même». (60)

#### *La intervención judicial.*

La expresion en la cláusula, que la resolución tendrá lugar de pleno derecho, plantea el problema de si se descarta o no la intervención judicial.

Para Demolombe, con ésta clausula la intención de las partes es salir de la aplicación del art. 1184, que ordena la resolución sobreentendida en los contratos sinalagmáticos con pronunciamiento judicial. Las convenciones tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, salvo que sean contrarias al orden público y buenas costumbres. Y añade: «Ce que nous voulons constater ici, c' est qu' il resulte de l' article 1656 qu' il n' est pas necessaire, dans ce cas, que la resolution soit demandée en justice, et qu' elle s' opère au contraire, de plein droit, suivant la convention des parties» (61).

Martín, interpreta el art. 1656 de manera similar con esta argumentación:

«El art. 1656 del Code, cuando declara que toda concesión de plazo es imposible despues de la “sommation”, no hace otra cosa que anunciar las consecuencias de la cláusula. Y si no dice expresamente que la venta será resuelta sin la intervención del juez, es porque sería una disposición inutil, puesto que la voluntad evidente de los contratantes ha sido que la resolución se produzca por la sola virtualidad del pacto; como tal convención no tiene nada de inmoral ni contrario al orden público, no hay razon alguna para sancionarla. El juez está privado, en nuestra hipótesis, de conceder un término de gracia, ¿a qué quedará reducida su intervencion? A una pura constatación de un hecho, el cual no tendrá otro resultado que retrasar la ejecución de la cláusula, que en la intención de las partes, así como decía Grenier, al Corps legislatif, ne doit soffrir ni difficulté ni retard». (62)

Según esta interpretación, dice Naz, el art. 1184 del Code, no opera de pleno derecho, y de ello derivan estas consecuencias: la necesidad

(60) *Traité des contracts... ct. p. 537.*

(61) *Cours de Code Napoléon, Paris, 1878, t. 25, p. 531.*

(62) MARTÍN, «*De la lex commissoria...* p. 125.

de una interpelación, la de manifestar el acreedor la opción entre el cumplimiento o la resolución y la sentencia judicial de resolución.

En el art. 1656 del Code, la resolución de la venta se produce de pleno derecho, pero solo subsisten, la necesidad de la interpelación y la opción del vendedor, pero se suprime la necesidad de la sentencia judicial de resolución. Se puede objetar que éste artículo supone la necesidad de una sentencia de resolución cuando dice que «el juez no puede acordar nuevo plazo». Pero la cuestión del plazo es independiente de la cuestión de la sentencia de resolución. Pothier (Vente, n.º 459), no admite el efecto «ipso iure» del pacto comisorio ordinario, y sin embargo rechaza el poder de los jueces de acordar nuevo plazo; la resolución judicial no es incompatible con la prohibición del plazo, y por consecuencia esta prohibición no puede ser la consecuencia exclusiva de nuestra regla: la resolución se produce de pleno derecho. Las palabras del tribuno Grenier en su discurso al Cuerpo Legislativo: «Si l'acquéreur ne repond pas a la sommation par le paiement, le juge ne peut accorder aucun délai, et la resolution de la vente est opérée para la seule force de la convention» (63).

#### 4. La cláusula «sans sommation».

Esta tiene lugar, cuando se pacta que: Si el comprador no paga el precio en el termino fijado, la venta será resuelta de pleno derecho, «sans sommation». Esta cláusula es válida y lícita, para Martín (*ob. cit.*, p. 125), en base al art. 1139, que permite estipular que el vencimiento del término constituirá en mora al deudor. La intención de las partes con esta cláusula es excluir la aplicación del art. 1184 (condición resolutoria tácita) y el art. 1656 (pacto comisorio expreso), y que se produzca el efecto enérgico de una condición resolutoria ordinaria. En sentido similar, Demolombe (*ob. cit.*, p. 532). Baudry Lacantinerie (*ob. cit.*, p. 586).

## IV. ÉPOCA DE CODIFICACIÓN EN ESPAÑA

Durante el siglo XIX, se observa en España, una doble corriente. Por una parte, la doctrina y la práctica jurídica continúan aplicando las Leyes de Partidas, de la misma manera que hemos expuesto en los siglos XVII y XVIII. Pero por otra parte, los legisladores españoles se encuentran atraídos e influidos por el Code de Napoleón, como se aprecia en los distintos y sucesivos proyectos de Código civil elabora-

---

(63) NAZ, *Essai sur l'histoire de la resolution de la vente...*, p. 225.



dos a lo largo del siglo XIX. Esto ocurre con el pacto de la «lex commissoria» en la venta de bienes inmuebles, cuya tradición romana, o de resolución de pleno derecho por impago, se quiebra por el influjo francés de la resolución con requerimiento de pago.

#### A. DERECHO TRADICIONAL ESPAÑOL

El pacto de la «lex commissoria» regulado en Las Partidas, con la interpretación de los clásicos castellanos, continuó aplicándose a lo largo del siglo XIX, hasta la publicación de nuestro Código civil. Así aparece en los tratados de la época, como en las últimas ediciones de la obra de Ferrero y, entre otros, en la de Gómez de la Serna y Montalbán (64), Navarro Amandi (65).

El Código de Comercio de 1885, recoge de una manera clara el concepto real del contrato de compraventa de Las Partidas, en que el pago del precio determina la adquisición del dominio por el comprador en su art. 909. 8, que reconoce la «separatio ex iure domini», al vendedor, respecto de los «géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte».

Esta tradición es idéntica a la tradición catalana. Así Elías y Ferrater, en el «Manual del derecho civil vigente en Cataluña». Barcelona, 1864, p. 441, decían: «No satisfaciéndose el precio por completo, no se adquiere el dominio pleno de la cosa comprada, a menos que se preste fianza, hipoteca o se designe un plazo cierto para el pago». (STS 29 de marzo de 1858, 14 de diciembre de 1861, y 12 de abril de 1864), y en la página 450, se dice: «Puede la compra y venta contratarse con el pacto comisorio, esto es de que no pagando el comprador la totalidad del precio dentro de un plazo determinado, se tendría por no hecha la venta, o sería recindida, y cita como referencia legislativa», el Digesto, ley 38, y la Partida 5, título 5).

La tradición catalana en esta materia era igual que la castellana, pero los legisladores del siglo XIX quebraron esta tradición española, y se decidieron por el derecho francés, como vamos a ver a continuación.

#### B. LOS PROYECTOS LEGISLATIVOS, RECOGEN EL DERECHO FRANCÉS:

a.— En el Proyecto de Código civil de 1836, de Ayuso, Tapia y Vizmanos, se introduce el criterio francés de «droit coutumier» de la

(64) Elementos del derecho civil y penal de España. Madrid, 1861.

(65) Código civil de España. Madrid, 1880, II, p. 235.

necesidad de una intimación para que se produzca la resolución de la venta, en sus artículos 1131 y 1132 (66).

b.— El Proyecto de Código civil de 1851 de García Goyena.

La resolución legal. El art. 1042, dice que la condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contratantes no cumpliera su obligación.

Este es el primer texto, que acoge el derecho francés de la resolución legal, frente al derecho tradicional, que solo admitía la facultad de exigir el cumplimiento, pero no la resolución, por la carencia de nexo entre las obligaciones bilaterales.

La resolución convencional. «Art. 1433. Aunque la venta de bienes inmuebles se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar la resolución del contrato de pleno derecho, el comprador puede pagar, aun después de expirar el término, ínterin no haya sido puesto en demora por un requerimiento; pero si éste ha sido hecho, el juez no puede concederle nuevo término».

Este precepto acoge el derecho francés a través del art. 1656 del Code N.

García Goyena, comenta que esta estipulación es la de los romanos (Digesto, 3, 18), y Partidas (5, 5, 38), donde la venta se resolvía «ipso iure» no pagándose el precio al tiempo convenido; en estos derechos, el día o plazo «interpellabat», hacía las veces de requerimiento y constituía en mora: nosotros hemos establecido lo contrario en el art. 1007 (para que el obligado a entregar una cosa incurra en mora, debe mediar requerimiento por parte del acreedor), y lo aplicamos al caso de este artículo; pero si además concurriera la circunstancia prevista en el n.º 1 del art. 1007 (se incurre en mora sin necesidad de requerimiento cuando se estipule que solo el vencimiento del plazo lo produzca), se observará lo dispuesto en el mismo. (Concordancias, III, p. 413).

c.— El Anteproyecto de Código civil de 1882, transcribe el artículo del Proyecto de García Goyena en el art. 1533, pero introduce una innovación: suprime la frase «puesto en demora por un requerimiento» del Proyecto de 1851, por esta otra, «ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial». Y este precepto pasa íntegro al actual art. 1504 CC.

---

(66) Art. 1131. «En el contrato de venta puede pactarse que no pagando el comprador el precio íntegro para cierto día, tenga derecho el vendedor para pedir, o la rescisión del contrato o su cumplimiento».

Art. 1132. «Si eligiere el comprador la rescisión de la venta de bienes inmuebles, no podrá ésta tener lugar, si no hubiere mediado una intimación».

## C. LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA AL CÓDIGO CIVIL

a.— La doctrina y jurisprudencia, inmediatamente anterior a la publicación del Código civil siguen rigurosamente el derecho de las leyes de Partidas, con la interpretación de nuestros clásicos castellanos. Siguiendo a Benito Gutiérrez Fernández, (Tratado de las obligaciones, Madrid, 1877, IV,) y a Navarro Amandi, (Código civil de España, Madrid, 1880, II), vamos a exponer los siguientes puntos.

1.— La compraventa es un contrato real. La STS de 27 de abril de 1874, dice que «por regla general la entrega que respectivamente han de hacerse comprador y vendedor de las cosa y su precio, son actos simultáneos».

«El comprador no adquiere el dominio sobre la cosa vendida, aun cuando le hubiere sido entregada, sino mediante el pago del precio, o si hubiere dado fiador u otorgado fianza, o se hubiere estipulado plazo cierto para pagar», (Navarro Amandi). Su origen en la Partida 3, t. 28, ley 46, y en el art. 990 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855.

2.— El pacto de la «lex commissoria». «Cuando los contrayentes hubieren pactado que si el comprador no entregase el precio en el término señalado se rescinda el contrato, el vendedor puede optar entre pedir todo el precio y que valga la venta, o revocarla conservando la señal o parte del precio que hubiere recibido. Hecha la elección a que se refiere el párrafo anterior, esta es irrevocable», (Navarro Amandi). Su origen en la ley 38, t. 5, Partida 5.

Continúa el comentario de Navarro Amandi: «Cuando el comprador fuere moroso en la entrega del precio, el vendedor no tiene acción más que para exigir el precio y sus intereses legales, desde la entrega de la cosa ó desde que aquél se constituyó en mora. Sin embargo, puede haberse pactado, que por la mora del comprador se entienda “desfecha la vendición”. El pacto de que se habla... se conoce más comúnmente con la denominación de pacto de la ley comisoria». (Ob. c., II, p. 237).

b.— Los autores españoles de la primera época de la publicación del Código civil, no parecen muy conscientes del giro francés del pacto comisorio. Así Bofarull (67) Ricardo Oyuelos (68), Burón García (69).

---

(67) MANUEL DE BOFARULL, *Código español, según la novísima edición oficial, anotado y concordado*, Madrid. 1889.

(68) RICARDO OYUELOS, *Digesto, Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español*, Madrid, 1921, IV, p. 268.

(69) GREGORIO BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español según los principios de los Códigos y las leyes precedentes y la reforma del Código civil*, Valladolid. 1898.

## V. LA RESOLUCIÓN DE LA VENTA INMOBILIARA EN EL DERECHO MODERNO ESPAÑOL

### A. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL Y LA CONVENCIONAL

En nuestro derecho vigente, la resolución de la venta es de dos tipos:

— Una que se regula en el art. 1124 Cc, que es la resolución judicial que se inspira en el art. 1184 del Code Nap. que tiene su origen en la doctrina de las condiciones romanas en los contratos innominados, tiene su fundamento en la teoría de la causa elaborada por los canonistas, y juristas francesas, (Dumoulin, Domat, y Pothier) y es aplicable a todas las obligaciones sinalagmáticas.

— Y otra distinta, que es la resolución convencional, que tiene su origen en la «lex commissoria» del derecho romano, elaborada por los canonistas exigiendo la contumacia en el impago y la puesta en demora, por las costumbres francesa que imponen la «sommation», y por el ideario liberal de la Revolución Francesa, contrario a las prórrogas judiciales. Este tipo de resolución se implantó en el art. 1656 del Code Nap. y pasó a nuestro art. 1504 Cc. El fundamento de esta resolución está en la voluntad de las partes y es aplicable a la venta de bienes inmuebles.

Como dice Capitant, ambos tipos de resoluciones tiene una génesis y evolución distinta y diferente, aunque tengan relación entre sí. Los padres de estos preceptos, Domat y Pothier, nunca asimilaron ambas figuras. («De la causa de las obligaciones», p. 330).

La resolución judicial de las obligaciones recíprocas se regula en el art. 1124 Cc., pero a diferencia de su antecesor art. 1184 Cod N., no dice que se sobreentiende la condición resolutoria en los contratos sinalagmáticos, en el sentido de absorberla o ser asimilada por éstos, sino que la facultad de resolver está implícita en las obligaciones recíprocas. De esta manera, nuestro derecho, proclama mas claramente que sólo regula la resolución judicial, y no asimila la condición resolutoria de la «lex commissoria» dentro de los contratos sinalagmáticos.

La resolución convencional está regulada en nuestro derecho español vigente, principalmente en el art. 1504 Cc.

Pero a la vista de nuestros antecedentes y de los artículos 11 LH y el 59 RH, el pacto de la «lex commissoria», podemos decir que es la estipulación agregada al contrato de compraventa de inmuebles, por el cual, las partes atribuyen el carácter de condición resolutoria expresa a la falta de pago del precio aplazado en el término convenido, y al poder del vendedor de resolver la venta, que tendrá lugar de pleno derecho, una vez que se haya constituido en mora el comprador por un requerimiento de pago no atendido, y se le haya notificado por el vendedor la voluntad de resolver la venta.

Los presupuestos legales del pacto son:

— Que la venta sea inmobiliaria. Quedan excluidos los demás tipos de bienes. Solo se refiere a la venta, y no a todos los contratos sinlagmáticos.

— Que se pacte la condición resolutoria expresa.

— Que se constituya en mora al comprador por un requerimiento de pago.

— Que se notifique la voluntad resolutoria.

En el derecho español actual, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han olvidado indagar las razones históricas de nuestros preceptos en su génesis francesa, y de los elementos aprovechables de nuestra tradición española, y han acudido para resolver sus dudas al derecho italiano principalmente (70).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y lo que es mas grave la Dirección General de los Registros, se muestran muy reticentes con nuestro pacto de la «lex commissoria», y lo consideran como algo «excepcional», «de interpretación restrictiva», al borde de la prohibición legal del pacto comisorio de los contratos de garantía (arts. 1859 y 1884n Cc), y hasta anticonstitucional.

En la práctica jurídica ante tanto pliego de cargos se propone el abandono de la condición resolutoria en las ventas de inmuebles con precio aplazado, para sustituirla por una garantía hipotecaria.

Martínez Sanchiz, en su estudio «El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria», ADC, t. 42, pp. 1169 a 1225, analiza la degradación que sufre la condición resolutoria, y hace una brillante defensa de esta figura jurídica.

Por mi parte, he de reconocer que lo tengo difícil, pero después del análisis del derecho antiguo expuesto en la primera parte de este estudio, estimo que es de justicia sostener la validez, licitud y utilidad ac-

---

(70) En el derecho italiano, no existe un precepto como el art. 1504. El Código italiano de 1942, bajo la rúbrica «Cláusula resolutoria expresa» dispone en su art. 1456:

«Los contratantes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de una determinada obligación no sea cumplida según las modalidades establecidas. En este caso, la resolución se verifica de derecho, cuando la parte interesada declara a la otra que entienda valerse de la cláusula resolutoria». Escribe Rodríguez Agrados lo siguiente: «Fue, quizá, el primero Ruiz Martínez en señalar, la “identidad sustancial” de este precepto italiano con el art. 1504 de nuestro Código (“Precio aplazado. Art. 11 LH y 59 de su Reglamento”, en *RCDI*, 1948, pp. 601 y ss.), y ciertamente la tiene, siempre que se tenga en cuenta que el art. 1504 supone una disciplina especial de aquella institución general, con cuya salvedad puede utilizarse con provecho la doctrina italiana sobre la cláusula resolutoria expresa para interpretar nuestro art. 1504». (*Algunos aspectos...*, pp. 63 y 64.). En este mismo sentido, BONET RAMÓN, en «La resolución de compraventa de inmuebles en los derechos español e italiano», en la *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, 1953, p. 89 y ss.

tual del pacto de la «lex commissoria» a la luz de la tradición jurídica, y la doctrina de aquellos grandes juristas que nos han precedido.

## B. EL PACTO COMISORIO EXPRESO (ART. 1504) Y LA RESOLUCIÓN LEGAL IMPLÍCITA (ART. 1124)

La relación entre ambos preceptos ha sido entendida de las siguientes maneras:

La teoría unitaria, que entiende que el art. 1124 Cc. es la norma general, cuyos requisitos y efectos se aplican al art. 1504 Cc. quedando reducido el ámbito de éste último artículo, a que el juez no puede conceder nuevo plazo después de realizado el requerimiento. Ambos artículos se complementan entre sí.

Y la teoría dualista, que entiende existe una mutua exclusión en la aplicación de ambos preceptos. En ambos se aplica la resolución de los contratos sinlagmáticos, pero tanto sus presupuestos, como sus efectos son distintos en uno y otro artículo.

Vamos a desarrollar las dos posiciones.

### a. *La teoría unitaria*

Defiende ésta teoría unitaria, entre otros, Beltrán de Heredia, en el prólogo, al libro de Rodríguez García, «La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos». Madrid. 1986.

Este profesor hace una lectura de los arts. 1504, y 1503, como un sistema intermedio entre los arts. 1124 y 1123, que se recoge en la sentencia del TS de 12 de marzo de 1985 (Ponente Beltrán de Heredia), según este maestro:

«La normativa vigente está contenida en el art. 1504, pero no aislado, sino conjuntamente con el art. 1503 Cc. incluidos ambos en el capítulo de “las obligaciones del comprador”, siendo así que por referirse los dos al fenómeno resolutorio en el caso de la venta de bienes inmuebles, su ubicación sistemática, debería haber correspondido al capítulo relativo a la “resolución de la venta”. Los supuestos que contempla el legislador son fundamentalmente dos: 1) Que el vendedor tenga fundado motivo para temer la pérdida de la cosa vendida y el precio. Entonces puede promover inmediatamente la resolución (párrafo 1.º del 1503) que después de comprobar el motivo será declarada por el juez, viniendo a ser una resolución legal expresa, establecida en interés del vendedor, que actúa “ipso iure”. 2) Que no exista el indicado motivo, en cuyo caso se observará el régimen general de la resolución implícita, dispuesto en el art. 1124 Cc, según establece el párrafo 2.º del 1503, que comprende el art. 1504 en sus dos variantes; es decir, que exista

una condición resolutoria expresa de que, por falta de pago del precio convenido, tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato; o que no exista, supuesto en que entrará en juego directamente, la regla general del art. 1124, con la particularidad de que este segundo constituye el supuesto normal contemplado por el precepto —art. 1504—, al señalar que la norma es de aplicación “aun cuando se hubiera estipulado” la referida condición resolutoria. Lo cual justifica la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, respecto de la cobertura genérica del art. 1124, para la resolución contractual de la venta, que necesariamente incluye el caso en que el objeto de ésta sean bienes inmuebles. Porque en realidad lo único que hace el art. 1504, es conceder, en interés del comprador, la posibilidad del pago aplazado del precio “aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial”; con lo que, incluso, se desvirtúan los efectos “*ipso iure*” de la condición resolutoria expresa que pudiera haberse establecido en el contrato. Y se pone en el requerimiento el momento a partir del cual el Juez no podrá conceder nuevo plazo» (71).

En nuestra opinión la argumentación que hace este profesor de estos artículos, que da lugar a la aplicación general del art. 1124, no está de acuerdo con el sentido histórico de los preceptos y especialmente del art. 1503 párrafo 2.º. En efecto:

El art. 1503. 1.º dice que el vendedor puede «promover inmediatamente la resolución de la venta», si tiene fundado motivo para temer la pérdida del inmueble y el precio. Y el párrafo 2.º añade: «Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en el artículo 1124».

El precedente inmediato de este art. 1503 Cc. se halla en el Proyecto de 1851, art. 1432, del que es copia literal el vigente 1503, sólo que la remisión la hace al art. 1042, que es el precedente del 1124 actual.

García Goyena, establece entre ambos artículos ésta diferencia: «en el caso apremiante de éste art. (1432 del Proyecto, 1503 actual), por ejemplo cuando el comprador demoliese la casa o talase un bosque (objetos de la venta), se declare inmediatamente la resolución de ella, sin dejar al tribunal la facultad que se le atribuye en el art. 1042 (1124 actual) para todos los casos, y aquí se confirma para el de venta cuando no sea tan apremiante». (Comentarios..., III, p. 412).

Esta interpretación de García Goyena es coincidente con la su inmediato precedente, que es el art. 1655 del Code francés, cuando dice que «la resolución se pronunciará inmediatamente si el vendedor corre el riesgo de perder la cosa y el precio. Si éste peligro no existe, el juez puede conceder al comprador un plazo mas o menos largo, según las circunstancias».

De esta exposición se desprende que, cuando exista el citado motivo, el juez pronunciará inmediatamente la resolución de la venta,

---

(71) *La condición resolutoria...*, p. XXVII. Prólogo de Beltrán de Heredia, antes citado.

mientras que cuando no exista el citado motivo, es decir, cuando la resolución no sea tan apremiante, el juez puede conceder un plazo más. La remisión que el art. 1503.2, hace al art. 1124, se refiere solo a la posibilidad del juez de conceder un nuevo plazo, pero de ninguna manera, como dice Beltrán de Heredia, que en éste caso se observe el régimen general de la resolución implícita del art. 1124, que comprende también el art. 1504. El art. 1504 Cc. no puede estar comprendido en la remisión del 1503.2, porque lo que éste permite, (que es la posibilidad del juez de conceder un nuevo plazo), es precisamente lo que el art. 1504 Cc. prohíbe expresamente (el juez no podrá concederle nuevo término).

Por tanto, la remisión del art. 1503.2 al art. 1124, no se refiere a la actuación del juez para declarar la resolución de la venta, sino a la posibilidad de conceder nuevo plazo, y no debe entenderse comprendido el art. 1504, cuando éste de manera patente prohíbe que el juez conceda nuevo plazo.

La doctrina unitaria también ha dejado sus huellas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la aplicación de la doctrina de la «voluntad deliberadamente rebelde» del incumplimiento del comprador, desde la sentencia de 28 de enero de 1944, pero con debilitamiento progresivo de esta doctrina hasta la sentencia de 7 de diciembre de 1989, que desarrollaremos más adelante.

## b. *La teoría dualista*

### 1. La jurisprudencia.

La STS 28 de enero de 1944, de la que fue ponente D. Manuel de la Plaza, diferencia ambos artículos, en el sentido, de que el art. 1504 atiende al supuesto del pacto resolutorio expreso, y el art. 1124, a la condición resolutoria tácita, pero en ambos artículos, «el régimen jurídico de la resolución contractual es único, como únicos son los supuestos que puede autorizarle e idéntico por tanto el criterio que debe presidir la resolución de los casos que al juzgador se plantean en torno a la expresada cuestión».

La STS de 1 de mayo de 1946, sigue la doctrina dualista, al establecer que la facultad genérica del art. 1124 se eleva de rango y categoría convirtiéndola en resolución de pleno derecho cuando los contratantes la recogen en un pacto perfectamente válido y de indudable licitud, pero que en la venta de bienes inmuebles ha de entenderse «coordinado y subordinado al precepto específico sobre que el particular se contiene en el art. 1504 Cc». Esta orientación dualista se sigue cuando se trata de dilucidar si debe otorgarse o no un nuevo plazo.

El relanzamiento de la tesis dualista, aparece en las STS de 22 de octubre de 1985 y 12 de mayo de 1988, y 5 de junio de 1989 de las que ha sido ponente el Sr. Santos Briz. Pero existen muchas más, STS de



20 de noviembre de 1985, 26 de enero de 1988 (ponente Albacar López) STS de 25 de octubre de 1988, y 7 de junio de 1991 (ponente Morales Morales). No se puede exigir en el art. 1504 los requisitos del art. 1124 (como la voluntad rebelde), y realizado el requerimiento notarial, no puede concederse al comprador nuevo término. Al tratar, más adelante este requisito, desarrollaremos esta materia.

## 2. Diferencias entre los artículos 1124 y 1504 Cc.

La reglamentación de los artículos 1124 y 1504 es distinta, y la propia doctrina española, reconoce sus diferencias.

a'.— En cuanto a sus presupuestos:

— El ámbito de aplicación.

El art. 1124, se refiere a todos los contratos sinlagmáticos. El art. 1504, se refiere a la venta de inmuebles con pacto de condición resolutoria expresa.

— El incumplimiento.

El art. 1124, se refiere, tanto al del vendedor como al del comprador y exige una voluntad deliberadamente rebelde o un acto obstativo al cumplimiento, según la jurisprudencia; la consecuencia del incumplimiento culposo es el resarcimiento de daños.

En el art. 1504, se refiere a la falta de pago del precio del comprador y no se precisa que el incumplimiento sea culposo, puesto que puede ser, no culpable, por la mera pasividad del comprador; así lo reconoce el propio Tribunal Supremo en sentencias de 22 de octubre de 1985 y 12 de mayo de 1988, que tiende a la objetivación del hecho del impago. La consecuencia de no exigir la culpa es su silencio sobre la indemnización de daños.

— La constitución en mora.

El art. 1124 no hace referencia literal alguna a la constitución de la mora mediante el requerimiento de pago como un requisito previo para el ejercicio de la facultad de resolver, sino que ésta se deriva del simple hecho de que el deudor no haya cumplido lo que le incumbe. Si el legislador hubiera querido que a la resolución preceda un requerimiento, lo hubiera establecido así, como en el art. 1504. La consecuencia de la falta del requisito de la constitución en mora, es la facultad que tiene el juez de conceder nuevas prórrogas, que la constitución de la mora se lo impediría.

Sin embargo, la jurisprudencia exige el requerimiento o el acto de conciliación como un requisito previo para que el juez admita la demanda de resolución, en base a la doctrina unitaria de la aplicación recíproca de las reglas de ambos preceptos (arts. 1124 y 1504), que antes hemos criticado.

El art. 1504, exige la constitución en mora mediante un requerimiento de pago al comprador como requisito previo para el ejercicio de la facultad de resolver la venta. Así lo impone este artículo literalmente. La consecuencia es la prohibición de las moratorias judiciales.

El requerimiento de pago es un acto semejante al negocio jurídico que produce efectos «ex lege», fuera de la voluntad del vendedor, y este efecto, es la constitución en mora del comprador que no atiende al pago. El requerimiento no atendido es una «declaración de impago» que produce la constitución en mora del deudor-comprador, con las se-cuelas consiguientes, en cuanto a los intereses moratorios, y a los ries-gos derivados de caso fortuito.

La jurisprudencia, hace caso omiso de la exigencia de la constitución en mora. Pero también exige que el vendedor resolvente haya cumplido sus propias obligaciones contractuales para poder pedir la resolución de la venta por impago del comprador, por aplicación del régimen general del art. 1124, en el régimen especial del art. 1504. de acuerdo con la doctrina unitaria antes expuesta cuando en realidad se trata de una aplicación de la constitución en mora del art. 1.100.3 C.c. («En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe»). (72).

b'.— Las diferencias en sus efectos.

— La resolución judicial y de pleno derecho.

En el art. 1124, la resolución se produce por declaración judicial. La parte cumplidora puede optar entre exigir el cumplimiento o interponer judicialmente demanda de resolución de la venta. El juez examinará, si hay causas justificadas que le autoricen a señalar plazo; o si se dan los presupuestos del incumplimiento, en cuyo caso, el Tribunal decretará la resolución. La resolución se deriva de la sentencia judicial.

En el art. 1504, la resolución de la venta se produce de pleno derecho sin intervención judicial. Una vez requerido de pago el comprador y constituido en mora, y notificado que en caso de impago se resolverá la venta, la resolución se operará de pleno derecho. La resolución no se produce por la declaración de voluntad del vendedor de resolver la venta, porque, como dijimos, ésta sería una nueva voluntad revocatoria («contrarius actus») de la venta inicial. La resolución tampoco se produce con la colaboración y conformidad de la parte compradora, porque se trataría de un nuevo contrato de ambas partes para devolver la cosa vendida desde el comprador al vendedor («nueva compraventa»). La resolución de la venta opera de pleno derecho como consecuencia de la constitución en mora del comprador y además por el ejercicio unilateral del poder resolutorio del vendedor mediante la puesta en vigor de la misma cláusula resolutoria. Pero el comprador puede oponerse judicialmente a la constitución en mora, cuyos presupuestos legales están bajo su salvaguarda de los Tribunales de Justicia.

---

(72) Las STS en éste sentido son: la de 16 de noviembre de 1979. STS de 7 de marzo de 1983, 7 de febrero de 1984, 19 de octubre de 1984, y 21 de octubre de 1989 (para la resolución del art. 1504 han de concurrir los requisitos del art. 1124).

— Por la naturaleza de la acción resolutoria.

En el art. 1124 Cc, la parte perjudicada puede optar entre exigir el cumplimiento o la resolución. La acción resolutoria es de tipo rescisorio, que va dirigida al juez para que éste declare la resolución de la venta, con los efectos de los artículos 1295 y 1298 Cc. Es de tipo personal, y sólo puede dirigirse contra el comprador, y no surte efectos contra los subadquirentes de buena fe (art. 1295 Cc.). Tiene efectos «ex nunc», y por tanto, no actúa retroactivamente. La jurisprudencia oscila en cuanto a los plazos de su prescripción. Según unas sentencias prescribe a los quince años (art. 1964 Cc), aunque según otras, prescribe a los cuatro años (art. 1299 Cc).

En el pacto resolutorio expreso, el vendedor también puede optar entre el cumplimiento o la resolución. Pero esta opción no se deriva, como dice la jurisprudencia de la aplicación de la norma general del art. 1124. Esta opción tiene su causa, respecto a la facultad de exigir el cumplimiento, en el mismo contrato de venta, a través de la «actio venditi»; mientras que el poder resolutorio tiene su causa en la voluntad de las partes constatada en la propia cláusula resolutoria expresa. El poder resolutorio se dirige directamente al comprador mediante una notificación de quedar resuelta la venta de pleno derecho. Es de tipo personal, por dirigirse contra el comprador-deudor, pero también de carácter real, al inscribirse en el Registro de la Propiedad, y tener eficacia frente a terceros subadquirentes y titulares de derechos reales. (art. 11 LH). Los efectos son «ex tunc», y por tanto, con eficacia retroactiva. La jurisprudencia (como la STS de 17 de junio de 1986) aplica las normas establecidas para las obligaciones condicionales en el art. 1123 Cc., pero, de acuerdo con la posición que mantenemos, respecto a la constitución en mora del comprador incumplidor, no se debe aplicar las reglas del usufructuario, para la restitución de las pérdidas, deterioros o mejoras, (como ordena el art. 1123), sino las del poseedor de mala fe, al quedar el comprador en situación de moroso por no atender el requerimiento de pago. Otras sentencias aplican los arts. 1295 y 1303 Cc por entender, que sean estas normas aplicables en el ámbito general del art. 1124 Cc.

#### C. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: HIPÓTESIS DE CLÁUSULAS RESOLUTORIAS

Los arts. 1124 y 1504, regulan dos tipos distintos y diferentes de resolución de la venta, como hemos defendido. Ahora nos tenemos que plantear cuando una venta de inmuebles está bajo la norma del art. 1124 y cuando dentro del art. 1504.

El principio general de la autonomía de la voluntad está reconocido en el art. 1255 Cc, al permitir a los contratantes establecer los pactos que tengan por conveniente, que no sean contrarios a la ley, moral y or-

den público; y el art. 1091 Cc, atribuye a las obligaciones que nacen de los contratos fuerza de ley.

La Resolución DGRN de 4 de febrero de 1988, declara que «si bien al amparo del art. 1504 Cc, la resolución prevista para el caso de impago del precio estipulado en la venta puede operarse de modo automático y extrajudicial por voluntad unilateral del vendedor, dicho automatismo y extrajudicialidad no puede predicarse totalmente respecto de las consecuencias accesorias estipuladas... que deben ajustarse a la posibilidad de su corrección judicial» (fundamento 4).

El problema se traslada al análisis de la voluntad de las partes, plasmada en la cláusula resolutoria, para determinar hasta donde puede llegar la autonomía de la voluntad en el ámbito de la autotutela privada, y desde donde deben incidir imperativamente los presupuestos de la resolución legal implícita. En otras palabras. Cuando una venta puede resolverse judicialmente por el art. 1124, y cuando procede la resolución extrajudicial por el art. 1504 Cc, con la proyección registral del art. 11 LH y 59 RH, dependerá de la redacción de la cláusula resolutoria. Veamos las distintas hipótesis de cláusulas:

#### a. *Venta sin pacto resolutorio*

El contrato de compraventa de inmuebles, con precio aplazado y sin pacto resolutorio alguno. La facultad de resolver se deriva de la condición de contrato sinalagmático que tiene la compraventa según dispone el art. 1124 Cc, y la constancia registral del mero aplazamiento de pago tendrá su cauce en el art. 10 LH, y no surtirá efectos en perjuicio de tercero.

#### b. *La cláusula resolutoria sin requerimiento*

La venta que contenga el pacto que llaman los franceses «sans sommation», es decir, aquellos en que se pacta la resolución automática al vencimiento del plazo convenido, sin necesidad de requerimiento alguno; es decir como la «lex commissoria» romana, del «dies interpellat», («si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit» Dig. 18, 3, 2).

La doctrina y la jurisprudencia consideran que el requerimiento del art. 1504 Cc tiene carácter imperativo, y es de orden público, y por tanto no puede ser excluido dentro del ámbito del art. 1504, por la voluntad de las partes. Sin embargo, fuera del ámbito del art. 1504, resulta perfectamente admisible dentro del ámbito del art. 1124 Cc. (Así, R. Adrados, *ob. cit.*, pp. 60, 79, 88. Mullerat, *ob. c.*, pp. 528 y 529. García Cantero, p. 435).

La jurisprudencia STS 8 de julio de 1933. La STS 1 de mayo de 1946, dice que la resolución facultativa del art. 1124, «se eleva de rango y categoría, convirtiéndola en resolución de pleno derecho, cuando los contratantes la recogen en un pacto perfectamente válido y de indudable licitud...». «El art. 1504 Cc... en el que, por razones de orden público a que constantemente se refiere la reiterada jurisprudencia... establece una forma especialísima de resolución... no solo de la mera falta de pago en la forma y plazos estipulados, sino mediante un requerimiento judicial o notarial...».

Entendemos que el art. 1504, se refiere a éste pacto («sans sommation»), cuando dice, «aun cuando se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato...». Es decir, cuando se pacta la resolución «ipso iure», por impago en el día pactado, el comprador puede purgar su demora ínterin no haya sido requerido de pago. El requerimiento de pago no puede eliminarse ni por renuncia del comprador, ni por pacto entre vendedor y comprador, por ser un requisito imperativo, de orden público, porque va dirigido a humanizar la posición del comprador permitiéndole purgar su demora a pesar de haber vencido el plazo pactado, como lo impusieron los autores costumbristas franceses. Lo que no es ni de orden público, y se puede renunciar es el híbrido «requerimiento resolutorio», cuando el vendedor opte, por el ejercicio de la «actio venditi», al reclamar solo el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina dualista suelen interpretar la frase «aun cuando...» en el sentido, de que exista o no pacto resolutorio, procede aplicar el requerimiento del art. 1504 al ámbito del art. 1124. Entre ellas la STS 20 de diciembre de 1986. Por nuestra parte disentimos de esta afirmación, porque el requerimiento del art. 1504 tiene una función específica que es la mora del comprador y cuya consecuencia es la prohibición judicial de conceder prórrogas, y no se puede trasladar al art. 1124, que no exige el requerimiento ni la constitución en mora del comprador y por esta razón el juez puede conceder nuevas prórrogas.

### c. *La cláusula del requerimiento resolutorio*

Se basa en que el requerimiento del art. 1504 no es de pago (a pesar de que lo dice literalmente), sino que es una intimación o requerimiento a que el comprador se allane a la resolución, para lo cual se precisa que se de cuenta al comprador de la voluntad patente del vendedor de que el contrato queda resuelto, por lo que se trata de una simple notificación. Así las Resoluciones DGRN de 17 de noviembre de 1978 y de 29 de diciembre de 1982.

La práctica jurídica redacta las cláusulas resolutorias, bajo las directrices de esta jurisprudencia. La cláusula notarial que recoge el paquete de Resoluciones DGRN de 1990, 1991, 1992 dicen así: «La resolución plena y automática de la venta se producirá por la notificación del vendedor al comprador, y por el transcurso del plazo de gracia de treinta días, a contar desde el siguiente a la notificación que ésta deberá conceder».

En síntesis, se trata de una cláusula de requerimiento resolutorio, sin requerimiento de pago. ¿Es posible prescindir de la previa constitución en mora? La respuesta debe ser negativa, en base a la tradición del precepto y al carácter de orden público e imperativo del requerimiento de pago. En caso afirmativo, ¿se puede renunciar a la prohibición judicial a conceder prórrogas? ¿Qué es de orden público, el requerimiento de pago con la posibilidad del comprador de exigir los presupuestos de la constitución en mora, o la notificación automática de resolución? Parece pues, que la opción de resolver puede ser renunciada; no el requerimiento de pago constitutivo de la mora del comprador.

Las respuestas contrarias a la admisibilidad de esta cláusula están en la parte histórica de este trabajo, y en las reflexiones que haré a continuación en el derecho vigente español.

#### d: *La cláusula de resolución*

Esta cláusula expresa en síntesis, que la falta de pago dará lugar a la resolución de la venta. Omite, que la resolución se produzca «de pleno derecho» como consecuencia del requerimiento del vendedor al comprador, y omite que tiene el carácter de condición resolutoria expresa.

Entendemos que se debe expresar en la cláusula: que la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho como consecuencia del requerimiento de pago como exige de manera imperativa el art. 1504 Cc.: que se atribuya a la falta de pago el carácter de condición resolutoria expresa como exige el art. 11 LH, para que su inscripción produzca efectos a terceros y, para que al cumplirse la condición se reinscriba la finca a favor del vendedor como exige el art. 59 RH.

La omisión de estos elementos en la cláusula resolutoria da lugar a que ésta mera cláusula resolutoria, al no cumplir los requisitos de dichos artículos, debe desplazarse al ámbito del art. 1124 Cc (y en consecuencia sujetarse a la necesidad de la intervención judicial para que se declare la resolución, de la venta); su constancia registral, no será la del art. 11 LH sino la del art. 10 LH sin efectos a terceros; la reinscrip-

ción a favor del vendedor, no se producirá mediante los documentos del art. 59 RH sino mediante la sentencia judicial que declare la resolución (73).

En la Res. de 13 de junio de 1962 se declara inscribible la cláusula que decía: «la falta de pago de la cantidad aplazada a su vencimiento dará lugar a la resolución de este contrato...». A nuestro entender esta cláusula está en el ámbito del art. 1124, y no en el art. 1504 Cc ni 11 LH, y por tanto, no debe ser inscribible.

En la Res. de 18 de junio de 1962, la cláusula decía que: «Se somete la compraventa a la condición resolutoria de la falta de pago en sus respectivos vencimientos de cualquiera de la letras de cambio, bastando para acreditarla con su protesto, que operara de pleno derecho...». La cláusula sustituye el requerimiento de pago por la formalización del protesto de la letra por falta de pago, pero éste no basta, sino que se precisa además la notificación resolutoria.

En todas ellas, se declara que «cualesquiera que sean los términos gramaticales empleados en la redacción de la cláusula de aplazamiento de pago del precio, siempre que resulte de manera clara y precisa la voluntad de las partes de considerar el impago como condición resolutoria podrá inscribirse, conforme al art. 11 LH, en el Registro de la Propiedad, a fin de que sea eficaz respecto a terceros». Por nuestra parte esta declaración tan espiritualista de la jurisprudencia registral es válida siempre que, de cualquier manera aparezca la voluntad de las partes de sujetarse a los arts. 1504 Cc, 11 LH, y 59 RH.

#### e. *La cláusula de la condición resolutoria expresa*

La venta inmobiliaria con pacto de condición resolutoria expresa. Esta cláusula es el centro de nuestro estudio, y constituye el clásico pacto de la «lex commissoria».

En nuestro derecho tradicional español la cláusula debe ser redactada en términos claros «verba directa» de manera que denote que la resolución tenga lugar de pleno derecho «pro infecto vel habeatur pro nullo, irrito ipso iure, vel quod possit venditor sine iudicibus ministerio rem ipsam adsumere, possidere, frui propria auctoritate» (Covarrubias, «Variarum Resolutionum», *ob. cit.*). Sin embargo, cuando se emplea «verba obliqua», se considera un pacto de retro venta. Así cuando se

---

(73) Las Resoluciones DGRN de 1962, no han entendido así este tipo de cláusulas en varios recursos interpuestos revocan la nota del Registrador de la Propiedad de Madrid. Sr. Resa. porque según éste no aparece en la cláusula «explícitamente articulada la resolución de pleno derecho, y tal supuesto no puede repercutir en perjuicio de tercero».

dice «res redatur, seu restituatur, vel similia: quia tunc erit pactum de retrovendendo», (*ob. c.*) (74).

En nuestro derecho vigente, la cláusula resolutoria expresa se debe articular en base a estos tres artículos de nuestro ordenamiento jurídicos:

— Que el impago del precio y la mora del comprador se produzca desde que haya sido requerido de pago, con la consiguiente resolución de pleno derecho de la venta, conforme al art. 1504 Cc.

— Que se estipule que la falta de pago tenga «el carácter de condición resolutoria explícita», para que su inscripción surta efectos en perjuicio de terceros, conforme al art. 11 LH.

— Y que «se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tenga lugar de pleno derecho la resolución del contrato y se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta, conforme al art. 59 RH produciéndose una reinscripción a favor del vendedor mediante la presentación de la notificación de quedar resuelta la venta.

El pacto resolutorio expreso, puede redactarse así:

«Condición resolutoria expresa».

Las partes convienen atribuir el carácter de condición resolutoria expresa, conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria, al mero hecho del impago a su vencimiento de cualesquiera de los plazos pactados en la cláusula, pudiendo el vendedor resolver la venta, que tendrá lugar de pleno derecho, de conformidad con los artículos 1504 del Código civil y 59 del Reglamento Hipotecario.

Con la redacción de la cláusula que contenga los elementos que exige nuestra legislación vigente, para evitar el ámbito del artículo 1124, vamos a estudiar a continuación estas tres fases:

La fase de pendencia: En qué consiste la condición resolutoria, y su poder resolutorio. Como puede negociarse el crédito del precio aplazado y su poder resolutorio.

La fase de incumplimiento de la condición resolutoria: su cancelación.

La fase de cumplimiento de la condición resolutoria: Ejercicio de la resolución y sus efectos.

---

(74) La doctrina francesa, coincide con esta idea. La cláusula que expresa, «La falta de pago del precio en el término convenido, dará lugar a la resolución de pleno derecho de venta». La doctrina francesa unánime entiende que esta cláusula está reglamentada en el art 1656 Code, y en éste caso, no es necesaria la intervención judicial, o empleando las palabras de Baudry Lacantinerie, «ce contrat sera résolu sans qu'il soit nécessaire de recourir a une instance en justice dont la clause qui nous occupe e eü pour but déviter la lenteur y les frais». (*Traité theorique et pratique de Droit civil*, Paris, 1908, t. 19, p. 383).



## VI. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

La cláusula resolutoria, decimos, que es un pacto añadido a un contrato de compraventa de bienes inmuebles, en el que se atribuye el carácter de condición resolutoria expresa a la falta de pago que da lugar a la resolución de pleno derecho de la venta. Ahora vamos a estudiar en qué consiste este carácter de condición resolutoria expresa que exige el art. 11 LH para que su inscripción produzca efectos frente a terceros.

Manresa, nos habla de una doble condición, puesto que «conjuntamente tiene que darse el hecho negativo de la falta de pago del comprador y el positivo del requerimiento en el vendedor»; y añade que «el requerimiento es la declaración de voluntad del vendedor expresada en forma auténtica e indudable, que hace patente su propósito de optar por la resolución», (Comentarios, X, p. 306).

Por nuestra parte la condición resolutoria entraña un doble evento condicionante, pero con estas matizaciones: uno es el impago del precio por el comprador, que se formaliza mediante un acta de requerimiento, y que luego examinaremos con mas detalle, y el otro, es el poder resolutorio que se le atribuye al vendedor para actuar la vigencia de la resolución pactada mediante una declaración de voluntad que se formaliza mediante un acta de notificación.

Ahora vamos a estudiar las distintas posiciones de la doctrina, sobre si es o no una condición resolutoria, y en qué consiste este poder resolutorio en estado de pendencia.

### A. TEORÍAS QUE NIEGAN EL CARÁCTER DE CONDICIÓN RESOLUTORIA

Un sector de la doctrina niega el carácter de condición resolutoria, porque ésta supone un evento externo, y aquí está «in obligatione» y esto supone dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la obligación, lo que se prohíbe en el art. 1115 Cc. Estas doctrinas se centran en analizar la naturaleza del poder resolutorio.

#### a. *Teoría de la facultad jurídica*

El poder resolutorio es una facultad jurídica. Si atendemos a desentrañar su concepto de acuerdo con el Profesor de Castro: «La facultad jurídica es la posibilidad de actuar garantizada a la persona como consecuencia de una situación jurídica»; sus caracteres, además de la actuación libre por parte del titular, es la de carecer de independencia como tal, por estar siempre basada y unida a

una situación jurídica principal. La consecuencia de esta carencia de independencia es que la facultad jurídica no puede ser enajenada o renunciada más que en unión de la situación principal de que depende, mientras no se independice formando un nuevo derecho subjetivo. Desde esta perspectiva, la facultad jurídica resolutoria, no sería un derecho subjetivo independiente porque está unida inmediatamente al propio crédito del precio aplazado del contrato de compraventa. Tampoco sería una unidad independiente en la masa patrimonial del vendedor con que se respondería a los acreedores (art. 1911 Cc).

Por nuestra parte y frente a esta teoría de la facultad jurídica, hacemos las observaciones siguientes:

El poder resolutorio tiene en nuestro derecho positivo un valor patrimonial que se independiza de la restante masa patrimonial del vendedor, al ser susceptible de una inscripción especial de conformidad con el art. 11 LH y de una posposición de su rango hipotecario, tal como lo admite la Resolución de la Dirección General de 25 de octubre de 1979, al proclamar que cabe posponer una condición resolutoria a una hipoteca futura, «dada la identidad de razón que se aprecia en el supuesto contemplado, y de acuerdo con el art. 4.1.º Cc, al ser semejante en nuestro derecho el juego de la hipoteca preferente respecto a las segundas y posteriores —art. 131 LH— y el derivado de dicha hipoteca respecto de la condición resolutoria». El poder resolutorio es susceptible de una renuncia aislada e independiente del crédito principal como se verá más adelante al desarrollar el contenido del poder resolutorio. Estimamos que la realidad social del tráfico jurídico reclama la independización de esta facultad resolutoria, mediante su conversión en un derecho subjetivo autónomo, entendido en el sentido del Profesor de Castro, como una situación de poder concreto que se concede al vendedor insatisfecho para resolver la venta, y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa. La independización del poder resolutorio como objeto de tráfico, aun con el carácter accesorio del crédito que tiene el vendedor al precio aplazado, se manifiesta también al ser susceptible bajo la denominación de «condición resolutoria», de inscripción en el Registro de la Propiedad por el art. 11 LH con efectos específicos frente a terceros, que no tiene el simple crédito del vendedor con precio aplazado a secas, aunque se exija la constatación registral por el art. 10 LH.

#### b. *Teoría del derecho potestativo*

Otra teoría sobre la naturaleza de este poder resolutorio consiste en incluirlo entre los derechos potestativos o de formación jurídica y que será la facultad potestativa del vendedor de operar la resolución de la venta sin constricción para otro sujeto, que en nuestro caso sería el

comprador. Una de las características de estos derechos sería la imposibilidad en que se encuentra aquel a quien se dirige el derecho potestativo de impedir o paralizar, en general, la realización del efecto derivado del ejercicio de tales derechos.

Esta es la tesis predominante en la doctrina española.

Por nuestra parte, estimamos que no se puede configurar el poder resolutorio como un derecho potestativo, con la configuración que de los derechos potestativos hace De Castro. Como dice este maestro, la doctrina de los derechos potestativos no ha conseguido resultados aprovechables, por no haberse encontrado caracteres comunes; ni una sola regla general es aplicable a todo el heterogéneo conglomerado de figuras jurídicas que se pretende englobar en esta categoría de derecho; y tampoco la doctrina está de acuerdo, ni en determinar cuales son estos derechos, ni en señalar sus efectos.

La característica de estos derechos potestativos es la imposibilidad en que se encontraría el comprador de impedir o paralizar la realización de este derecho. El comprador, en nuestro caso, entendemos que sí que puede paralizar la acción resolutoria del vender, mediante el pago de la deuda aplazada dentro del plazo señalado en el contrato, o dentro de los dos días laborables que le confiere el Reglamento Notarial (art. 202 para contestar al acta de requerimiento de pago), o bien oponiéndose a la constitución en mora por no cumplirse todos los presupuestos legales para que ésta pueda tener lugar, bien porque el comprador tiene realizado ya el pago, o bien porque el vendedor no ha cumplido íntegramente con sus obligaciones.

La Resolución DGR de 29 de diciembre de 1982, contradice esta teoría del derecho potestativo, cuando declara que la resolución no opera, si al hacerse el requerimiento no se allana el requerido, sino que se opone categóricamente a él. Exige, pues, el requerimiento «a que se allane» el comprador, lo que significa un verdadero consenso resolutorio, un contrato nuevo de venta de la cosa que se transmite desde el comprador al vendedor.

## B. TEORÍA DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Esta es la doctrina tradicional que históricamente ha sido aplicada a la venta de bienes inmuebles. Esta es la doctrina que recoge el artículo 11 LH (el aplazamiento de pago surte efectos a terceros cuando se da a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita).

El término de «condición resolutoria», goza de una amplia aceptación en las leyes, la doctrina jurídica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Dirección General, y la práctica contractual.

Sin embargo, la doctrina moderna suele rechazar la teoría de la condición resolutoria, porque las notas características estructurales de ésta, no existen en el pacto comisorio que estudiamos. Argumentan que entre las notas estructurales de la condición resolutoria está la existencia de un evento futuro e incierto del que depende la resolución de la venta. Si el evento condicionante es el impago del precio, esto no es suficiente, puesto que no opera automáticamente la resolución de la venta por el solo hecho del impago, sino que se precisa el requerimiento por parte del vendedor al comprador notificándole su voluntad de dar por resuelta la venta. Esta doctrina negativa de la condición resolutoria dice lo siguiente:

No hay condición resolutoria, sino cláusula resolutoria, porque la resolución no se deriva automáticamente del impago del precio por el comprador, sino que la fuente de la resolución se encuentra en la declaración de voluntad negocial del vendedor al notificar al comprador la resolución de la venta (Iruzun, *La cláusula resolutoria*, ob. c., II, p. 27).

No es condición resolutoria, porque al derivarse ésta de una declaración de voluntad del vendedor, quedaría el cumplimiento del contrato al arbitrio del vendedor en contra de los artículos 1256 y 1115 Cc (Rodríguez Adrados, *Algunos aspectos*, p. 58).

### C. TEORÍA DE LA CONDICIÓN POTESTATIVA RESOLUTORIA

Roca Sastre nos aproxima a la doctrina de la condición potestativa resolutoria. Dice que el evento condicionante es la opción resolutoria ejercitada por el vendedor impagado, y que esta opción no contradice los arts. 1256 y 1115 Cc, (el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes), puesto que el vendedor, que es quien ejercita el derecho, ya ha cumplido la obligación que le incumbía, como es la entrega de la cosa mediante la tradición, y la determinación resolutoria se funda en un hecho nuevo o sobrevenido, como es el impago del precio debido. Como afirma Castán, es lícita y válida la obligación sujeta a condición potestativa del acreedor y, sobre todo, cuando esta condición es, asimismo, resolutoria (Roca, *Derecho Hipotecario*, tomo II, p. 797).

### D. NUESTRA OPINIÓN

El pacto de la «lex commissoria», que estudiamos entraña una condición resolutoria, cuyos eventos condicionantes son dos:

Uno es el impago por el comprador del precio aplazado, y cuya constancia formal tiene lugar mediante el requerimiento de pago que establece el art. 1504 Cc, cuyo efecto consiste en constituir en mora al comprador e impedir que el juez pueda concederle nuevo plazo.

El otro evento condicionante, consiste en el ejercicio por el vendedor de la opción resolutoria, de manifestar su voluntad de ejercitar esa opción resolutoria, que tiene como efecto el operar de pleno derecho la resolución de la venta, y que se constata formalmente mediante la notificación al comprador, según el art. 59 RH.

En contestación a los autores que defienden que el poder resolutorio es una facultad jurídica, consistente en una declaración de voluntad que es la fuente de la resolución (Irurzun). Entendemos que esta declaración unilateral de voluntad resolutoria, no puede ser la fuente inmediata de la resolución. Si esto fuera así, tendríamos una segunda declaración de voluntad que expresa una valoración de oportunidad contraria a la conclusión normal de la venta inicial. Sería un «*contrarius actus*» dirigido a conseguir la ineficacia de la venta, es decir, sería una verdadera revocación. El vendedor se reservaría, caso de impago del precio, el derecho a revocar la venta, de manera similar a la revocación de las donaciones (75).

Por estas razones, el ejercicio del poder resolutorio, a nuestro entender, implica una declaración de voluntad negocial y unilateral dirigida a pedir la vigencia del pacto de la «*lex commissoria*», que entraña una condición resolutoria caso de impago. La resolución no se deriva de inmediato de ésta segunda declaración de voluntad. La resolución se deriva del pacto de la «*lex commissoria*» inicial, activado y puesto en vigor por el ejercicio del poder resolutorio.

Para evitar ambigüedades y dudas sobre la manera de ejercitar el poder resolutorio, es conveniente que se pacte expresamente su carácter unilateral, que elimine la posible necesidad de que intervenga el comprador para formalizar la resolución de la venta. A tal efecto, se propone esta cláusula:

«El mero hecho del impago a su vencimiento de cualesquiera de los plazos, faculta al vendedor para ejercitar el poder resolutorio unilateralmente, mediante acta notarial por la que se requiera de pago al comprador, y si éste no pagase en el término de gracia de los quince días siguientes, se le notifique su voluntad de poner en vigor esta condición resolutoria, produciéndose la resolución de pleno derecho de la venta, y la retransmisión de la propiedad de la finca a favor del vendedor, entendiéndose consumada la tradición» (76).

En contestación a la negativa de la condición resolutoria, porque quedaría al arbitrio del vendedor contra los arts. 1256 y 1115 CC (Ro-

---

(75) FUENMAYOR, en *La revocación de la propiedad*, distingue y diferencia la revocación y la resolución de ésta manera: 1. En la facultad resolutoria no hay cambio alguno de voluntad por parte del autor del acto, a diferencia de la revocación que si que hay una voluntad contraria al acto revocado. 2. La resolución se aplica solo a los contratos bilaterales, mientras que la revocación no se concibe mas que en los actos unilaterales. (*La revocación de la propiedad*).

(76) La validez de este pacto de resolución unilateral, se reconoce en la Resolución DGRN de 4 de octubre de 1988, en su fundamento 4: «como ya declara la

dríguez Adrados). A nuestro entender no estimamos aplicable el art. 1115 Cc, que dice que «cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula». En nuestro pacto la resolución de la venta no depende «exclusivamente» de la voluntad del deudor-comprador no pagando el precio en el plazo convenido, sino que depende también y además, de la decisión del acreedor-vendedor de optar por la resolución. Si dependiera el cumplimiento de la obligación de la exclusiva voluntad del deudor comprador, sería nulo la totalidad del contrato de venta, según el art. 1115, y no sólo la nulidad de la condición. Lo que pretende el art. 1115 Cc, es que por un acto unilateral del deudor, se deje de cumplir la obligación. El art. 1504, por el contrario, recoge el pacto de la «lex commissoria», y este pacto ha sido tradicionalmente un pacto válido y lícito, desde el derecho romano hasta nuestros días. Si un contrato depende su cumplimiento exclusivamente del deudor, es nulo, y de esto no le salva, el cambio de las etiquetas, eliminando la de «condición resolutoria», por otra menos comprometida de «cláusula resolutoria».

En conclusión, por las razones apuntadas aceptamos la condición resolutoria, a pesar de las reticencias dogmáticas de sus detractores, por estar admitida en nuestras leyes, y en la práctica jurídica.

La condición resolutoria entraña dos eventos: el impago, que examinaremos más adelante al tratar del ejercicio de la resolución, y el poder resolutorio, que vamos a estudiar a continuación.

## VII. EL PODER RESOLUTORIO

De acuerdo con lo que antecede, entendemos que el poder resolutorio que estudiamos, no es una facultad jurídica, ni un derecho potestativo, ni una facultad revocatoria. Es un derecho con un gran contenido patrimonial que le aproxima a la categoría de derecho subjetivo, como vamos a ver a continuación, al analizar el tratamiento jurídico que le otorga nuestro ordenamiento jurídico. En efecto.

---

Resolución de 29 de diciembre de 1982, si bien al amparo del artículo 1504 Cc, la resolución prevista para el caso de impago del precio estipulado en la venta puede operarse de modo automático y extrajudicial por voluntad unilateral del vendedor...». La validez del pacto de resolución bilateral, cuando su ejercicio se formaliza mediante escritura en la que comparezca el comprador para prestar su consentimiento a la resolución y a la retransmisión de la finca al vendedor, y el de éste de readquirirla, también la reconoce esta misma Resolución de 4 de octubre de 1988, en su fundamento 3, apartado segundo, que dice: «Lo que no significa que entre vendedor y comprador no sean posibles otros pactos conducentes a una retransmisión que deje a salvo los derechos de los terceros, pero entonces habrían de cumplirse los correspondientes requisitos de constitución y constar, para su inscripción en el Registro, en escritura pública». Esta Resolución la comenta PEDRO AVILA ALVAREZ, en *RCDI*, 1988, pp. 1359 y ss.

## A. LA INSCRIPCIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

### a. *La inscripción especial*

La condición resolutoria cuando se pacta como «explícita», es susceptible de inscripción especial en el Registro de la Propiedad, que le atribuye efectos a terceros. El artículo 11 LH dispone que «la expresión del aplazamiento de pago (del precio), conforme al artículo anterior, no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquel con hipoteca o se de a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita».

El pacto de la «*lex commissoria*», envuelve una condición resolutoria, integrada por dos eventos condicionantes: el impago del precio y la opción resolutoria, que es lo que se inscribe en el Registro de la Propiedad. La inscripción registral atribuye a la opción resolutoria, unos efectos reales, oponibles frente a terceros, conforme el art. 11 LH. Sin embargo, la constancia registral del mero aplazamiento de pago del precio de la venta, es decir, sin que se de a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, sólo le atribuye eficacia personal, sin que sea oponible a terceros, conforme el art. 10 LH.

Pero el art. 11.1 LH, también hace una aplicación del principio de especialidad, de determinación de los derechos que afectan a varias fincas, al exigir determinar la parte de precio de que responde cada inmueble en caso de ser dos o más fincas las vendidas.

### b. *La posposición del rango*

Otra manifestación de la autonomía patrimonial que tiene el poder resolutorio se pone de manifiesto en la posibilidad y licitud de la posposición del rango hipotecario de la condición resolutoria inscrita.

La doctrina y la práctica jurídica admite la posposición del rango hipotecario, con lo que le atribuye una sustantividad y una negociabilidad propia. Como dice Sanz Fernández, el rango supone un nuevo punto de vista de los «*iura in re aliena*», contemplados en su vida de relación de unos con otros, no aislados. Es una tercera dimensión del contenido del derecho real, es «una cualidad del derecho real que determina cual ha de ser el poder excluyente del mismo en relación con los demás derechos reales que graven la misma finca». El rango no afecta a la estructura del derecho, sino a la dimensión de su colisión con los demás (77).

---

(77) SANZ FERNÁNDEZ. *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Madrid. 1945-53.

El rango tiene una sustantividad principalmente económica. Como dice Don Jerónimo González, el contenido del derecho no se altera, pero su valor económico decrece por el número de inscripciones contrarias que le preceden. El valor económico tiene como consecuencia que se destaque del derecho y obtenga plena sustantividad. (78).

La doctrina admite la negociabilidad del rango hipotecario, en íntima relación con la sustantividad. Si el rango se concibe con plena sustantividad podrá existir por sí mismo, antes y después de la inscripción. Si el rango es una cualidad del derecho, sin previa sustantividad, únicamente existirá desde que el derecho tiene acceso al Registro y se extinguirá tan pronto como el asiento sea cancelado.

La Resolución de 25 de octubre de 1979, admite la posibilidad de posponer una condición resolutoria a una hipoteca futura. Transcribimos su considerando: «Que al entrar propiamente en la materia discutida, es de observar que el art. 241 RH, aparece literalmente preferido al supuesto exclusivo de posposición entre hipotecas, pero su aplicación resulta viable igualmente a una condición resolutoria pospuesta, dada la identidad de razón que se aprecia en el supuesto contemplado, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4. 1 Cc, al ser semejante en nuestro derecho el juego de la hipoteca preferente respecto a las segundas y posteriores art. 131 LH, y el derivado de dicha hipoteca respecto de la condición resolutoria».

## B. RENUNCIA AL PODER RESOLUTORIO

El vendedor que tiene a su favor un crédito del precio aplazado y como accesorio a éste un poder resolutorio, en caso de impago ¿ésta accesoriedad permite al vendedor renunciar al poder resolutorio, dejando intacto su crédito?

El análisis de esta cuestión vamos a plantearlo en dos vertientes:

Una en el aspecto material, que tiene lugar, cuando el vendedor renuncia al poder resolutorio, produciendo el efecto de extinguir este poder resolutorio en el plano civil o extrarregistral.

Y la otra en el aspecto meramente registral, de renunciar solamente a la inscripción registral del poder resolutorio produciendo el efecto de la cancelación del poder resolutorio, dejando en vigor el poder resolutorio en el plano civil o extrarregistral.

### a. *La renuncia en el aspecto material o extrarregistral*

Veamos lo que dice Roca Sastre: «El pacto de la *lex commissoria* se inserta en el contrato de compraventa exclusivamente en beneficio o provecho del vendedor, sirviéndole de garantía al efecto, en caso de

---

(78) D. JERÓNIMO GONZÁLEZ. *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil*. Madrid. 1948.



no satisfacerse a tiempo el precio debido, en todo o en parte. Pero el vendedor, por una razón de equidad, no ha de estar sujeto al automatismo inicial de la condición resolutoria, porque este automatismo podría redundar en perjuicio de él, lo cual es inadmisibile.

En este sentido se produce el Derecho romano en un fragmento de Pomponio (D. 18.3.2.), cuando expresa que el efecto de «*inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit*». Las razones que dicho fragmento aporta, son convincentes, pues cabe que por acaecimientos sobrevenidos dentro del tiempo del aplazamiento del pago del precio, la cosa vendida haya desmerecido de tal manera que ya no interesa al vendedor recuperarla. El pacto de la ley comisoria responde al interés del vendedor, pero éste puede renunciarlo lógicamente, y exigir, en consecuencia, la ejecución del contrato de compraventa». (D.º Hipotecario. II, p. 796).

Por lo tanto, el vendedor con poder resolutorio derivado del pacto comisorio, a quien no le interesa ejercitar este poder y desencadenar la resolución de la venta, puede optar por el cumplimiento del contrato requiriendo de pago al comprador y renunciar de manera expresa al ejercicio del poder resolutorio.

Pero esta renuncia al poder resolutorio, también puede ser tácita, cuando el vendedor se limita a requerir de pago al comprador, sin manifestar su voluntad de ejercitar el poder resolutorio, si el comprador no atiende al requerimiento.

En las fuentes romanas, la renuncia al poder resolutorio era tácita, si el vendedor pidiese el precio, puesto que no podía variar y usar del beneficio de la «*lex commissoria*» (79).

#### b. *La renuncia en el aspecto meramente registral*

Es la renuncia a la inscripción de la condición resolutoria, con el fin de conseguir la cancelación de la condición resolutoria realizada conforme al art. 11 LH. y dejar solamente la constancia registral como un mero aplazamiento de pago conforme al art. 10 LH. Es decir, pasar de la situación jurídica del art. 11 LH, (condición resolutoria expresa con efectos a terceros), a la situación del art. 10 LH (mero aplazamiento de pago, sin efectos a terceros).

El derecho a inscribir se puede concebir, como dice, Don Jerónimo González, como el derecho a la constitución de un derecho real, y entonces se dice que el derecho nace con la inscripción y ésta es constitutiva; o bien, como el derecho a dar publicidad a un derecho real

---

(79) «*Post diem commissoriae praestitum si venditor pretium petat, legi commissoriae renuntiatur videtur, nec variare et ad hanc redire potest*». (DIGESTO, lib. 18, tit. 3, VII).

nacido dentro del ámbito del derecho civil puro, y entonces se dice que el derecho nacido se hace oponible frente a terceros mediante la inscripción, y que ésta es declarativa.

En las anotaciones preventivas, existe una desconexión entre el asiento que se cancela y la situación jurídica anotada que subsiste. La anotación preventiva supone una garantía a favor de sus titulares, y su renuncia solo actúa para enervar la fe pública de los terceros, pero no afecta a la subsistencia de la situación jurídica anotada... El titular de la anotación preventiva (heredero, legatario, embargante...), puede renunciar a esa provisoria y limitada protección que el Registro le concede, pero conservando los derechos y acciones o situaciones que la anotación publicaba.

El RH. en su art. 206.12. admite la cancelación de la anotación preventiva, cuando «la persona a cuyo favor estuviere constituida la anotación renunciare a la misma o al derecho garantizado». El art. 208 RH, señala la manera de practicarla (por escritura, resolución judicial, solicitud al Registrador).

Pero en materia de inscripciones, la doctrina no es pacífica, sobre si se puede renunciar al asiento solo de la inscripción, sin renunciar a la vez al derecho inscrito, puesto que la desconexión entre asiento (aspecto formal) y el derecho inscrito (aspecto material), puede no darse. En efecto:

En las inscripciones constitutivas, la conexión actúa para dar nacimiento a la vida jurídica al propio derecho real. Cancelado el asiento, el derecho queda extinguido, por lo que no cabe renunciar al asiento solo, dejando subsistente el derecho inscrito. En nuestro caso, la condición resolutoria no es de constitución registral, sino que nace fuera del Registro.

En las inscripciones declarativas, la conexión entre el asiento y el derecho inscrito no afecta al nacimiento del derecho, sino que tiene una vertiente probatoria, de conformidad con el principio de legitimación registral de los arts. 38.1.º LH (presunción de existencia y titularidad del derecho inscrito), y 97 LH (cancelado el asiento se presume extinguido el derecho inscrito). Para la inscripciones declarativas, la renuncia y cancelación del asiento presume que el derecho inscrito queda extinguido, pero se puede probar que el derecho queda subsistente. El problema de la admisibilidad de una cancelación de los asientos registrales que no vaya unida a una correlativa extinción de los derechos inscritos, debe matizarse, según se trate de inscripciones de dominio, o de inscripciones de derechos reales «in re aliena».

La base jurídica se encuentra en el llamado principios del consentimiento formal que se halla consagrado en el art. 82 LH. El principio del consentimiento formal germánico es una pieza de su sistema registral, que lleva aparejada la inscripción constitutiva y el negocio abstracto. La modificación registral actúa sin necesidad de alegar el negocio que le sirve de causa. En España, la necesidad de alegar la

causa, debe operar para las inscripciones declarativas de dominio, puesto que no parece posible cancelar el asiento de inscripción si no va acompañada al mismo tiempo de la extinción del dominio inscrito. Si se admitiera la cancelación de la adquisición inscrita, el derecho que el Registro publicaría sería el del transmitente anterior. La cancelación de un asiento de dominio repristina el asiento anterior dándole vigencia.

Respecto a los derechos reales «in re aliena», en que la inscripción es declarativa, es posible una cancelación del asiento de inscripción sin una correlativa extinción del derecho inscrito. Se habrá producido entonces un debilitamiento de la eficacia del derecho real, que quedará limitada a las partes de la relación jurídica (80).

Por nuestra parte, entendemos, que el poder resolutorio que entraña la condición resolutoria inscrita, por similitud con los derechos reales «in re aliena», puede renunciarse por su titular que es el vendedor, con lo cual, se extingue la eficacia frente a terceros que establece el art. 11 LH. para la condición resolutoria expresa, y se produce una limitación de su eficacia entre las partes, de conformidad con el art 10 LH.

Como dice Díez Picazo, la renuncia al asiento registral, es un negocio jurídico privado consistente en una declaración de voluntad unilateral emitida por la persona favorecida por la inscripción y perjudicada por la cancelación (negocio cancelatorio básico), y recepticio que se dirige a facilitar y facultar a otra persona, perjudicada por la inscripción y favorecida por la cancelación, para que emita su voluntad dirigida al Registrador con el fin de que extienda el asiento de cancelación (Díez Picazo. *ob. c.* p. 1279.)

La cancelación de la condición resolutoria inscrita, sin extinguir el poder resolutorio en el ámbito civil, podrá tener lugar mediante el oportuno reflejo en la cláusula resolutoria, expresando que la parte vendedora, renuncia expresamente a la inscripción de la condición resolutoria inscrita conforme al art. 11 LH y presta anticipadamente su consentimiento cancelatorio, facultando al comprador o a su causahabiente, a que solicite del Registrador de la Propiedad que practique la cancelación de la condición resolutoria mediante nota marginal, quedando inscrito el precio aplazado de la venta de conformidad con el artículo 10 LH.

### C. EL PODER RESOLUTORIO TEMPORAL

El llamado pacto comisorio temporal tiene lugar cuando se conviene la extinción del poder resolutorio por el transcurso del tiempo, acordado al efecto.

---

(80) DÍEZ PICAZO. El negocio cancelatorio y la causa de la cancelación. RCDI. 1967. p. 1263 y ss.

Es un principio general, que los derechos derivados de un contrato pueden ser configurados como temporales. La doctrina, Roca Sastre, Gayoso, admiten la extinción del derecho real de hipoteca por expiración del término convenido.

Rodríguez López, también admite la temporalidad de la facultad resolutoria, y argumenta así: «Tal facultad resolutoria, que compete al vendedor, tiene marcado un tiempo máximo para su ejercicio: el de su prescripción, según señalan los artículos 1.961 y ss. Cc, mas allá del cual no puede prolongarse su vida, aunque otros sean los deseos de los interesados». Pues bien, si éste límite máximo no puede ser nunca rebasado, nada impide que pueda acortarse por convenio, señalándose un plazo extintivo mas breve, que ya no podrá decirse que sea de prescripción, puesto que ésta sólo puede establecerla la Ley, ni quedará sujeto a las normas relativas a ésta última (81).

La Resolución DGRN de 11 de diciembre de 1974, admite la validez del pacto comisorio temporal, aunque deniega la cancelación por la vía del art. 355 RH. La Resolución DGRN de 28 de noviembre de 1978, admite la validez de ésta cláusula «que la condición resolutoria que respecto de la finca que se pacta, queda extinguida por el transcurso del plazo de 45 meses a contar desde el día de hoy, si antes no se hubiera ejercitado el derecho de resolución». También admite el procedimiento cancelatorio por la vía del art. 355 RH.

Tirso Carretero, al comentar la Resolución de 1974 (RCDI 1975. p. 654), niega la validez del pacto comisorio temporal, porque aunque todos los derechos reales derivados de un contrato pueden ser configurados como derechos temporales, ello no va con la condición resolutoria explícita, que es eso, una condición, pero nunca un derecho.

Por nuestra parte, el pacto de la «lex commissoria», implica una condición resolutoria, y ésta entraña dos eventos: uno es el impago, y el otro el poder resolutorio, y es éste como derecho que es, al que se le puede configurar como un derecho temporal al amparo del art. 1255 Cc. Otro tema es el de la cancelación de la condición resolutoria temporal, que examinaremos mas adelante.

## D. CESIÓN DEL CRÉDITO DEL PRECIO APLAZADO Y EL PODER RESOLUTORIO

### a. *Introducción*

La transmisión del dominio en la venta de bienes inmuebles, se rige por la doctrina del título (el contrato), y el modo (la tradición), de conformidad con el art. 609 Cc.

---

(81) «El pacto comisorio temporal. Su cancelación por la vía del art. 355 RH». RCDI. 1981. p. 11.

Sin embargo, en la cesión de créditos el efecto traslativo de la titularidad del crédito, no se produce por aplicación del art. 609 Cc., con la doctrina del título y el modo. En la cesión de créditos mediante una venta, el efecto traslativo de la titularidad del crédito, se produce por el mero consentimiento, y no precisa la entrega del crédito. El art. 1526 Cc. tiene su precedente en el art. 1457 del Proyecto de 1851, y según García Goyena el sistema de la cesión del crédito no requería la entrega del crédito para la producción del efecto traslativo, como se desprende de los arts. 1192 y 1193 del Código del cantón suizo de Vaud (Comentarios. III, p. 428).

La Ley de Bases del Código civil, en su base 20, sanciona la separación de los sistemas de traslación derivativa: el del dominio y demás derechos reales, «como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». Y los créditos, derechos y acciones mediante su cesión, sin necesidad de entrega (82).

#### b. *Su posibilidad*

La doctrina no es pacífica en orden a la posibilidad del vendedor de ceder su derecho de crédito del precio aplazado con condición resolutoria. Un gran sector doctrinal entiende que el vendedor solo puede ceder su contrato de compraventa, y por tanto, la posición jurídica que le corresponde como vendedor. Sin embargo, un reducido sector doctrinal, estima que es posible la simple cesión del crédito del precio aplazado juntamente con el poder resolutorio. La diferencia es ésta:

En la cesión de contrato, no sólo se ceden la cualidad de acreedor, sino también las relativas a la formación del contrato, su nulidad, rescisión por lesión etc.; esto es, la sustitución en la totalidad de la relación contractual, para lo cual se precisa el consentimiento del deudor comprador para la perfección y eficacia de la cesión (art. 1205 Cc).

Sin embargo, en la cesión de crédito con condición resolutoria se cede solamente una parte de los derechos derivados de la relación contractual, y es irrelevante el consentimiento del deudor cedido, como luego veremos.

Según la doctrina más generalizada, el vendedor sólo puede ceder el primitivo contrato de venta con la cláusula resolutoria por el precio total de la finca, de la que el cesionario descontaría la parte ya satisfecha al cedente por el comprador. El vendedor puede ceder su contrato de compraventa, pero no sería necesario el consentimiento del comprador primitivo cuando el vendedor cedente hubiere cumplido con ante-

---

(82) Para un estudio extenso sobre esta materia. ver, PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos». ADC. 1988. IV, pp. 1033 y ss. GAVIDIA SÁNCHEZ, «La cesión de créditos» Valencia. 1993.

rioridad todas las obligaciones frente al mismo y sin liberarse en cuanto a las garantías. (R. Adrados, «Algunos aspectos de la *lex commissoria*» RCDI. n.º 464. 1968, pp. 49 y ss.).

La posibilidad que tiene el vendedor de ceder su derecho de crédito del precio aplazado derivado de venta con la condición resolutoria puede tener su fundamento en las siguientes razones:

La posibilidad del vendedor de ceder su derecho de crédito con condición resolutoria, se basa en la transmisibilidad en general de los derechos y especialmente los de éste tipo que sanciona el art. 1112 Cc (Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiere pactado lo contrario). Esta transmisión lleva consigo la de todos los derechos accesorios de acuerdo con el art. 1528 Cc (la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio), y del art. 1212 Cc (la subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos).

Para Navarro Pérez, la cesión del contrato, por la que se pasa a ligar a personas distintas de quienes igualmente lo contrataron, es posible en el derecho patrio a la luz del principio de libertad de pactos que proclama el art 1255 CC, de tal manera que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones de un contrato con prestaciones sinalagmáticas, si éstas aun no se han cumplido, en consentimiento, anterior, coetáneo o posterior del contratante cedido; pero si la parte cedente ha cumplido sus obligaciones contractuales, se produce la figura de la cesión de créditos, a virtud de la cual sólo se cede a favor de un tercero la posición acreedora del contratante vendedor, para lo que no se exige la prestación del consentimiento por parte del cedido, que solo permanece en el contrato como deudor, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el de obligarle con el nuevo acreedor. El cesionario en el crédito del vendedor en el pago del precio aplazado, viene legitimado para el ejercicio de la acción resolutoria del contrato de compraventa por incumplimiento del comprador. Y agrega este autor, que éste es el sentido del Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de octubre de 1984 (otras, 28- X-1957; 7- VII-1958; 5- XI-1974) (83).

La STS de 23 de octubre de 1984, está dentro de nuestro tema de la cesión del crédito. Se refiere a una cesión de un crédito derivado del precio de una venta con condición resolutoria y en la cesión se precisaba claramente que se comprendía en la cesión la pretensión resolutoria. El cesionario ejercita la facultad resolutoria del art. 1504 y obtiene el bien que el cedente había entregado al deudor incumplidor. Pero el núcleo de la sentencia versaba sobre si hubo una cesión de crédito o una

---

(83) «La cesión de los créditos en el derecho español» Granada. 1988, p. 53, Dice que «el cesionario en el crédito del vendedor para el pago del precio viene legitimado para pedir la resolución de la venta por incumplimiento del comprador».

cesión de contrato, pues, si sucedió lo primero, es la cesionaria la que está legitimada para resolver «ex» art. 1504 Cc la venta; y si sucedió lo segundo, sólo lo es la cedente dado que la parte deudora no consintió la cesión. La sentencia del TS, de acuerdo con la doctrina dominante en España y fuera de ella, así como la precedente jurisprudencia, asevera que solo hubo una cesión de crédito, pues para que exista cesión de contrato, es necesario, que siendo éste sinalagmático, no haya cumplido sus obligaciones ninguno de los contratantes. En el supuesto de la sentencia, habiendo cumplido la vendedora sólo queda pendiente el acto de cumplimiento de la compradora, lo que implica que siendo cedente aquella, solo puede ser objeto de dicha cesión el crédito y no la entera posición contractual. El considerando 3 de la sentencia lo expresa así con éstas palabras: «...tanto en el campo de la doctrina, como en el de la jurisprudencia, la cesión del contrato sí está plenamente configurada, tanto en cuanto a su alcance como a sus efectos, y así, doctrinalmente, la cesión del contrato entraña la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presuponiendo, por ende, la existencia de obligaciones sinalagmáticas, que en su reciprocidad se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes, de aquí que tenga el carácter de un contrato trilateral, en el que necesariamente han de intervenir —aunque en sus efectos tengan distinta proyección— el cedente, el cesionario y el cedido, cuya presencia es inexcusable, a fin de prestar su aquiescencia o consentimiento a la cesión, de tal manera que si no es así, o sea, si la reciprocidad de las obligaciones ha desaparecido, por haber cumplido una de las partes aquello a lo que venía obligada, podrá haber una cesión de crédito, si cede el cumplidor, o una cesión de deuda, si cede el que no ha cumplido, sin que en tales supuestos sea exigible el consentimiento del deudor...».

Angel Badía, propugna la cesión del crédito del vendedor con condición resolutoria sin consentimiento del comprador. La condición resolutoria es un derecho accesorio del crédito que garantiza. En cambio si debe exigirse la notificación al deudor comprador, por los arts. 1527 Cc y 149 LH, con el fin de que sea válido el pago hecho al nuevo acreedor (84).

En nuestra opinión, se debe distinguir entre la cesión del crédito y el poder resolutorio.

— El crédito del vendedor derivado del precio aplazado, es transmisible, por el principio general de la autonomía de la voluntad ( art. 1255 ), y el de la transmisibilidad en general de los derechos ( art. 1112 ), pero esta cesión se debe notificar al deudor comprador ( art. 1527 ), no como un requisito de la validez de la cesión, sino para vincular a éste frente al cesionario. No se precisa el consentimiento del comprador, por tratarse de la cesión de un crédito cuyo titular ha cumplido íntegramente su obligación con la entrega y posesión de la cosa vendida.

---

(84) En torno al art. 1504 Cc.: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor. Homenaje a Tirso Carretero. Madrid. 1985, p. 65.

— El poder resolutorio imbricado en la condición resolutoria, es un accesorio del crédito del precio aplazado derivado de la compraventa, y debe considerarse comprendido entre los accesorios del crédito según el art. 1528 Cc. En los acuerdos entre el cedente y cesionario, se comprende, no solo el crédito y las garantías en sentido estricto, sino también todas las posiciones activas que estructuralmente esten ligadas al crédito, como lo es el poder resolutorio. Para evitar dudas, debe expresarse en la cesión del crédito del precio aplazado que se comprende también la condición resolutoria; y en la cláusula resolutoria se debe hacer constar lo siguiente:

«Las partes prestan su consentimiento anticipado desde este momento y expresamente, a la cesión del derecho de crédito derivado de las cantidades aplazadas con la condición resolutoria que realice el vendedor, y a que el cesionario se subroge en los mismos, renunciando la actual parte compradora al derecho a ser notificada de ésta cesión».

— La cesión en el ámbito del art. 1124 Cc.

El problema se plantea en la cesión de créditos derivados de obligaciones sinalagmáticas sin pacto de «lex commissoria», y cuando al otorgarse la cesión no se pacta expresamente que en la cesión se comprende la facultad de resolver implícita del art. 1124 Cc. La doctrina entiende comprendida en la cesión esta facultad de resolver por ser un accesorio del crédito (85).

Pantaleón Prieto («Cesión de créditos» ADC. 1988. IV. p. 1086) escribe que «es cedible el crédito integrante de una relación obligatoria sinalagmática, aunque la contraposición no se haya cumplido todavía. La cesión afectará solo al lado activo de la posición jurídica del cedente, permaneciendo a su cargo las obligaciones en que la contraprestación consista, que únicamente pueden ser transferidas con el consentimiento de la otra parte de la relación (art. 1205 Cc.). Quien estará legitimado, llegado el caso, para resolver la relación obligatoria ex art. 1124 Cc.? No se plantearán dudas, si cedente y cesionario han pactado al respecto. Caso contrario... a mi juicio, la solución correcta ha de partir de la premisa de que la facultad de resolución corresponde al cesionario, por la sencilla razón de que éste es el «perjudicado» del art. 1124 Cc, y «que podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución»:... y que «también podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento...». «Lo único que puede discutirse

---

(85) GARCÍA GOYENA, dice que: «Pasa, pues, al comprador todo lo accesorio, inherente a la acción o crédito vendido, como la aparejada ejecución, si aquel era ejecutivo, la cláusula o condición resolutoria, expresa o tácita», según los arts. 1041 («cuando la obligación se hubiere contraído bajo condición resolutoria...», que es el actual artículo 1123 Cc.) y 1042 («la condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliere su obligación», que es el art. 1124 Cc. actual).

En la actualidad sigue esta posición GAVIDIA SÁNCHEZ, «La cesión de los créditos». Valencia. 1993, p. 230.



es si el cesionario precisará o no el concurso del cedente para ejercitar la facultad resolutoria. Y con dudas me inclino por la respuesta afirmativa...» (*ob. c. p.* 1088).

### c. *Su inscribibilidad*

Otro problema es el su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad.

Para los que propugnan que solo es posible la cesión del contrato de compraventa, no es posible su inscripción, porque en el Registro no se inscriben los contratos, (art. 9 RH.), sino el dominio y demás derechos reales inmobiliarios (arts. 2 LH y 7 RH).

Por nuestra parte, entendemos que existen razones a favor de la inscripción, tanto en la ley como en la jurisprudencia. En efecto:

El art. 59 RH, parece admitir su inscripción, cuando dice que «será necesario para verificar la nueva inscripción a favor del vendedor *o de su causahabiente...* ».

El art. 11 LH. admite la inscripción del aplazamiento de pago cuando se de a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita.

El art. 7 RH. admite la inscripción de «cualquier contrato de transcendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

La Resolución DGRN de 17 de enero de 1933, admite «obiter dicta» su inscripción, con una argumentación que asumimos íntegramente: «La cesión del derecho al precio aplazado garantizado con la condición resolutoria, con todos sus efectos, constituye en verdad un contrato legítimo que modifica para el futuro el ejercicio de facultades del dominio inscrito sobre bienes inmuebles o derechos reales, y que puede tener entrada en el Registro al amparo del artículo 14 RH (RH. de 1915, equivalente al art. 7 RH actual), con tanta mayor razón, cuanto que es indispensable para los terceros conocer, al efecto de salvaguardar sus derechos, quien es el titular de la acción resolutoria que puede afectar a la estabilidad y permanencia del dominio inscrito».

Las Resoluciones de 3 y 6 de diciembre de 1986, reconoce la posibilidad de la cesión del crédito, cuando en un considerando dice así: «Piénsese que la condición resolutoria inscrita recae determinante sobre la finca vendida, cuyo precio aplazado se garantiza; que la garantía se refiere a esa obligación y no a cualquier otra...; que el acreedor garantizado puede ser el vendedor o *un cesionario del crédito*» (S. de 23 de octubre de 1984)...».

## E. CONCLUSIONES

El poder resolutorio que hemos estudiado a través de nuestro derecho positivo, y de la jurisprudencia, nos lleva a estas conclusiones:

— La expresión de condición resolutoria, es la que respalda nuestro derecho positivo, y a ésta nos atenemos, a pesar de las reticencias dogmáticas de sus detractores.

— La condición resolutoria expresa está integrada por dos eventos: uno es el impago que se constata por el requerimiento de pago del art. 1504 Cc y tiene por finalidad constituir en mora al comprador e impedir al juez que conceda prórrogas. El otro evento, consiste en el ejercicio del poder resolutorio del vendedor dirigido a resolver la venta.

— El poder resolutorio, por el hecho de su inscripción registral de la condición resolutoria expresa, le atribuye efectos reales frente a terceros (art. 11 LH.), y se le atribuye un valor patrimonial autónomo, no sólo por ser susceptible de una inscripción especial (art. 11 LH), sino que su valor patrimonial puede aumentar o disminuir por su relación con los demás derechos reales, mediante la posposición de su rango.

— El poder resolutorio se configura como un derecho y puede limitarse en el tiempo (pacto comisorio temporal), según admite las Resoluciones DGRN de 11 de diciembre de 1974 y de 28 de noviembre de 1978.

— El poder resolutorio, puede ser renunciado como derecho inscrito, o puede renunciarse solamente su constatación o asiento registral, reduciéndose sus efectos solo entre partes, según el art. 10 LH.

— El poder resolutorio accesorio del crédito del precio aplazado, tiene una autonomía patrimonial que se integra en el activo patrimonial del vendedor. Por su valor económico, se debe considerar como un bien (art. 333 Cc.), que sería susceptible de embargo. por deudas del vendedor. Podrá ser también uno de los bienes objeto de la administración patrimonial, si se declara el concurso o quiebra del vendedor, que podrá ser ejercitado por los Síndicos (art. 1914 Cc; art. 1229 LEC; art. 878 C. de com, y 1350 LEC.).

— El crédito del precio aplazado con condición resolutoria, puede cederse, sin consentimiento del deudor, y sólo con la notificación a efectos de vincularle al cesionario, y además es inscribible en el Registro de la Propiedad.

— El poder resolutorio, de manera similar al derecho de opción de compra, puede pactarse como un derecho real, atribuyéndole sus notas típicas:

& la absolutidad, o su eficacia frente a terceros, que se consigue mediante su inscripción especial por el art. 11 LH.

& La inmediatez sobre la cosa, sin obligación de contratar en el futuro, sino como de ejecución unilateral de su titular que pide la vigencia de la resolución de la venta para que opere de pleno derecho como consecuencia de la constitución en mora del comprador, y la retransmisión de la propiedad de la finca vendida a su favor entendiéndose consumada la tradición.

En nuestro derecho tradicional vigente hasta la publicación del Código civil, y por el carácter real que tenía el contrato de compraventa, en que la transmisión de la propiedad de la cosa vendida se producía con el pago del precio, el impago de éste, en caso de pacto de la «lex commissoria», producía la retransmisión automática de la propiedad, sin necesidad de requerimiento, y cumplida la condición el vendedor podía ejercitar la acción reivindicatoria (86).

Para que el poder resolutorio se configure como un derecho real, se precisa pactarse expresamente en la redacción de la cláusula resolutoria., que el vendedor pueda ejercitar unilateralmente el poder resolutorio, que la resolución opere de pleno derecho, como consecuencia del impago del precio, y que la retransmisión de la propiedad sea automática y se entienda consumada la tradición.

## VIII. LA ASUNCIÓN DE LA DEUDA DEL PRECIO APLAZADO

La doctrina y la práctica jurídica es unánime en admitir la posibilidad de transmitir a un tercero, una finca sobre la que pesa un crédito del vendedor con condición resolutoria expresa.

El poder resolutorio que entraña la condición resolutoria, grava con carácter real la misma finca, y tiene eficacia frente al subadquirente posterior, de conformidad con el art. 11 LH.

La deuda de pago del precio aplazado, sólo vincula como deudor al primitivo comprador. El subadquirente de la finca gravada con condición resolutoria expresa inscrita por sus efectos a terceros se encuentra en una situación similar al adquirente de una finca hipotecada, por lo que puede ser de aplicación, por analogía, lo dispuesto en el art. 118 LH.

Las situaciones en que se puede encontrar el subadquirente de finca gravada con condición resolutoria expresa, son éstas:

a.— La venta de finca con asunción de deuda por parte del subadquirente, libera al primitivo deudor comprador, y el subadquirente que-

---

(86) Recordamos las palabras de nuestro clásico COVARRUBIAS «dominium rei venditae *absque traditione* ad venditorem legis ministerio revertatur» «ut dominium ad venditorem redeat, opus non est quod praecedat interpellatio», «non solum rem vendicat venditor, sed etiam fructus ex ea per emptorem perceptos consequitur». (Variarum Resolutionum. cit. infra).

da vinculado con el acreedor-vendedor subrogándose en la condición de deudor y quedando afectado con la condición resolutoria inscrita. (arts. 11 y 118.1 LH.).

Para que el subadquirente asuma la deuda se precisa el consentimiento del acreedor-vendedor (art. 1205 Cc.). Este consentimiento pudo ser prestado «in continenti» al pactarse la condición resolutoria, bien, «ex intervalo» cuando se realiza la segunda venta.

El vendedor al ejercitar su poder resolutorio deberá dirigirse solamente contra el subadquirente, que asumió la deuda con la condición resolutoria, mediante el requerimiento de pago y la consiguiente notificación de ejercitar su poder resolutorio en caso de impago.

b.— La venta de finca con retención del precio del importe de la deuda del precio aplazado, por parte del subadquirente, no asumirá la deuda (que continúa «in obligatione» en la persona del primer comprador), sino su cumplimiento («in solutione»).

El vendedor para ejercitar su poder resolutorio deberá dirigirse contra el comprador-deudor para constituirlo en mora mediante el requerimiento de pago, y notificar la voluntad resolutoria tanto al primer comprador que continúa siendo deudor, como al subadquirente que al retener una parte del precio solamente asumió el cumplimiento del pago, del precio aplazado, que caso de impago la venta se resolverá de pleno derecho.

Si paga el subadquirente en cumplimiento de su obligación solutoria, quedará extinguido el crédito y la condición resolutoria, para perseguir la finca que ya le pertenece.

Si el pago se realiza por el primer comprador-deudor de aplicarse el art. 1.118.2 LH., quedaría subrogado éste en el lugar que tenía el acreedor-vendedor en cuanto al poder resolutorio hasta tanto el subadquirente le reintegre del total importe retenido.

Pero esta aplicación es muy discutible. No parece que existe subrogación en el crédito, porque ésta se produce cuando el pago lo realiza un tercero (art. 1209 Cc.), de manera que el pago realizado por el propio deudor da lugar a la extinción de la misma deuda y al de su derecho accesorio que es el poder resolutorio. Tampoco estimo aplicable el art. 1210.1, Cc. que presume la subrogación cuando un acreedor pague a otro acreedor preferente, porque el subadquirente con retención no es deudor personal del vendedor primero.

c.— Cuando la compra se realiza por el precio total e íntegro de la finca, sin retención, ni deducción de una parte del precio, y sin que el comprador asuma la deuda del precio aplazado, entonces el subadquirente tendrá una situación de tercer poseedor de finca sujeta condición resolutoria. No es deudor del precio aplazado («in obligatione»), ni tampoco asume su cumplimiento («in solutione»), sino que solo está afectado por la condición resolutoria inscrita. El vendedor con poder resolutorio deberá ejercitar su derecho solamente contra el primitivo

comprador-deudor, requiriéndole de pago y notificándole la resolución de pleno derecho en caso de impago. La situación de estos subadquirientes terceros poseedores, se regula en el art. 175.6.º, párrafo 1.º del RH, al disponer que para cancelar las inscripciones de ventas de bienes sujetos a condiciones resolutorias será preciso la presentación del documento que acredite la rescisión de la venta y la consignación del importe de los plazos, que con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto.

Desarrollaremos esta materia al tratar de la consignación en caso de ejercicio del poder resolutorio.

## IX. LA CANCELACIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

La cancelación de la condición resolutoria puede tener lugar mediante dos causas fundamentales. La una, tiene una causa material, y es cuando se extingue el derecho inscrito, bien mediante la justificación del pago del precio aplazado, bien porque éste ha prescrito o caducado. La otra, tiene una causa meramente formal, que es la extinción del asiento registral que contiene la condición resolutoria, dejando vigente en el plano civil o extrarregistral la condición resolutoria.

### A. POR EXTINCIÓN DEL DERECHO INSCRITO

La extinción del derecho inscrito, en nuestro caso, la condición resolutoria, puede tener lugar, mediante el pago, la prescripción extintiva, y la caducidad pactada.

#### a. *El pago por reconocimiento del vendedor*

En este caso, procede la escritura otorgada por el vendedor acreedor dando carta de pago del precio y solicitando la cancelación.

Si el inmueble tenía carácter ganancial, el consentimiento cancelatorio debe prestarse por ambos cónyuges, salvo que se tratara de un inmueble adquirido por uno de ellos para su sociedad conyugal, en cuyo caso, bastará el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre se hubiera inscrito el inmueble. Art. 58.2 y 178. 5.º RH.

Pero cuando la parte vendedora es una sociedad disuelta y liquidada, dice Gómez Galligo, que: se puede cancelar, «mediante escritura de cancelación otorgada por la persona especialmente facultada para ello — uno de los liquidadores— si entendemos, para facilitar la concordancia con la realidad extrarregistral, que el poder permanece vigente pese a la extinción de la sociedad; mediante la rectificación de la ins-

cripción de liquidación en el Registro Mercantil, posición ésta adoptada por el Auto del TSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 1990» (87).

b. *El pago y su justificación por el comprador*

El problema se ha planteado en torno al ámbito de facultades que tiene el comprador para justificar el pago del precio aplazado cuando éste está representado por letras de cambio, agudizándose cuando no están identificadas en la escritura de venta, o cuando alguna de ellas se ha extraviado.

1.— La Jurisprudencia registral.

La Dirección General ha declarado que puede preverse en la cláusula resolutoria la cancelación de la condición de resolutoria mediante acta de tenencia de las letras por el comprador siempre que el vendedor hubiera prestado el consentimiento formal anticipado a la cancelación.

Pero a partir de la Resolución DGRN de 30 de mayo de 1980, se admite este medio de cancelación aunque no se haya pactado previamente, sin necesidad de prestación de consentimiento formal cancelatorio por el vendedor, ni anticipado, ni posterior. Esta Resolución se basa en el criterio de que siempre que aparezca debidamente justificado el pago del precio que arrastra como consecuencia la extinción del derecho de crédito del acreedor, habrá de practicarse la nota marginal cancelatoria (del art. 23 LH), sin necesidad del consentimiento del acreedor cuando se den las circunstancias exigidas en el art. 82.2 LH, es decir, cuando la extinción del derecho resulte del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción. Se alega, además, la analogía con el régimen cancelatorio de la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso del art. 156 LH.

La Resolución de 21 de julio de 1986, exige para la utilización de este medio cancelatorio, que las letras estén perfectamente identificadas en la escritura de venta con indicación del número y serie de las cambiales.

---

(87) Dice así: «La tesis del mantenimiento o subsistencia del poder tres años después de haberse liquidado y extinguido la SA se enfrenta con insalvables obstáculos legales y no se justifica ni aun teniendo en cuenta la finalidad aseguradora de derechos de terceros, pues reconocida la realidad de la extinción de la sociedad, el juego de la representación se desvanece, ya que no se puede representar una sociedad inexistente, no siendo aplicables a las personas jurídicas los arts. 180 y 290 de la Comp. Cataluñ. Cuando una sociedad que tiene operaciones pendientes ha sido objeto de liquidación y cancelación de sus asientos en el Registro Mercantil, no se extingue en la realidad jurídica material, sino formalmente. Debe, en consecuencia, rectificarse la apariencia formal que reflejan los asientos del Registro para armonizarla con la necesidad material de actual». (GÓMEZ GÁLLIGO. «Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado» RCDI. n.º 613, p. 2491).

Las Resoluciones de 3 y 6 de diciembre de 1986, y 24 de marzo de 1987, exigen igualmente la identificación de las letras, pero al no constar el número ni la serie de las cambiales, estas deficiencias no pueden ser suplidas por el consentimiento anticipado del vendedor para la cancelación, puesto que es imprescindible para obtener la cancelación la justificación fehaciente de la realidad del pago o de la causa extintiva de que se trate.

## 2.— Crítica.

Martínez Sanchiz critica estas Resoluciones, disociando la causa de la cancelación y la causa de la extinción del derecho, por lo que el consentimiento del vendedor excluye la necesidad de justificar la finalización del derecho. El consentimiento anticipado del vendedor, sí que puede suplir las deficiencias derivadas de la omisión de la serie y número de las letras, «mediante el acta de exhibición ulterior (con indicación del número y serie de las letras), y que, en última instancia, el consentimiento del vendedor traslada implícitamente al comprador la facultad de especificar e identificar las letras...» («El deterioro...» ADC. *cit.* p. 1211).

Por nuestra parte, tampoco entendemos bien fundados los argumentos de éstas Resoluciones. En efecto.

El primero de ellos, «que es requisito ineludible la justificación de la realidad del pago» para conseguir la cancelación de la condición resolutoria.

Con anterioridad, al tratar de la renuncia del poder resolutorio, se ha visto como se admite por la doctrina la desconexión entre el derecho inscrito y el asiento registral en materia de anotaciones preventivas, y en los asientos de inscripciones declarativas que contengan derechos «in re aliena», puesto que al renunciar solamente al asiento registral, dejando intacto el derecho en el plano civil o extrarregistral, se produce un debilitamiento de éste derecho, al limitarse su eficacia solo inter partes, y no frente a terceros. Si se puede inscribir la condición resolutoria explícita con efectos frente a terceros por el art. 11 LH. Si se puede inscribir el precio aplazado, sin condición resolutoria, y sin efectos a terceros, por el art. 10 LH. Nos preguntamos, el por qué entre ambos artículos tiene que existir una muralla china infranqueable, que impida pasar de la situación del art. 11 al art. 10 ambos de la LH, si no es abonando el portazgo del previo pago. Por tanto, de acuerdo con lo que antecede, es posible la cancelación del asiento registral de la condición resolutoria, dejando intacta esta condición resolutoria en el plano civil o extrarregistral.

El segundo fundamento de estas Resoluciones que criticamos, es que «el consentimiento que anticipadamente prestara la parte vendedora, no puede suplir esta deficiencia (la falta de identificación de las letras en el título base) ni la exigencia básica de la justificación fehaciente de la realidad de la causa de la extinción». De manera que lo fundamental es la justificación del pago y la identificación de las cambiales, y el consentimiento anticipado del vendedor parece que no tiene valor considerado aisladamente.

Sin embargo, para entender el valor jurídico de éste consentimiento anticipado, se debe volver a las raíces germanas de donde procede el consentimiento formal del art. 82 LH. Un gran sector de autores alemanes entienden que la declaración de voluntad cancelatoria constituye un acto jurídico de carácter procesal, puesto que esta declaración de voluntad cancelatoria se dirige a un órgano del Estado o funcionario público y se presente dentro de un procedimiento (88). En España, el profesor LACRUZ, ha entendido que la declaración de voluntad cancelatoria, aunque se preste ante Notario, tiene por destino exclusivamente el Registro de la Propiedad (89).

Nosotros entendemos, con Díez Picazo, que en nuestro derecho positivo es posible distinguir entre la prestación del consentimiento cancelatorio del titular del derecho inscrito, favorecido por la inscripción y perjudicado por la cancelación, que se realiza en una escritura pública (art. 82 LH), y la instancia o solicitud (rogación) que formula el favorecido por la cancelación y perjudicado por la inscripción, que va dirigida al Registrador para que extienda el asiento de cancelación. Este último acto (instancia o solicitud), puede considerarse como un acto procesal en la medida en que obra o se inserta en un proceso administrativo «sui generis» o acto de jurisdicción voluntaria que va dirigido al Registro.

El consentimiento cancelatorio es un acto de puro derecho privado, y consiste en que el titular de un derecho inscrito facilita a otra persona el presupuesto básico necesario para que éste pueda pretender o demandar la modificación registral. El negocio cancelatorio es un negocio jurídico que da base y sirve de fundamento a la cancelación. Es unilateral y recepticio, en cuanto se emite con dirección y a favor de un determinado destinatario, que debe recibirla para que sea eficaz. El destinatario de la declaración de voluntad cancelatoria es la persona favorecida por la cancelación y perjudicada con la inscripción (90).

Reconduciendo estas ideas de la doctrina germánica elaboradas para el Derecho español, por Díez Picazo, y proyectándolas a las Resoluciones de la Dirección General que criticamos, diremos que el consentimiento que anticipadamente prestara la parte vendedora (favorecido por la inscripción y perjudicado por la cancelación), no es un negocio procesal dirigido al Registrador, sino un negocio jurídico de carácter privado, que se dirige a la parte compradora (favorecido por la cancelación y perjudicado por la inscripción), para facilitarle el presupuesto básico necesario para que pueda solicitar del Registrador la cancelación de la condición resolutoria, en el plano meramente regis-

---

(88) FRITZ BAUR. «Lehrbuch des Sachenrechts». München-Berlin, 1963, p. 122. HEDEMANN, «Tratado de Derecho civil. Derechos reales», traducido por GONZÁLEZ ENRÍQUEZ y DÍEZ PASTOR. Madrid, 1955, p. 96.

(89) LACRUZ. *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*. Zaragoza, 1957. *Derecho Inmobiliario registral*. Barcelona, 1968, p. 291.

(90) DÍEZ PICAZO, *ob. cit.* p. 1278.



tral. El consentimiento cancelatorio anticipado prestado por el vendedor es base suficiente, para que el comprador solicite al Registrador la cancelación o mera desinscripción de la condición resolutoria, dejando al margen el tema de la extinción del derecho inscrito y la justificación de su pago y de la identificación de las letras.

Por tanto, la justificación del pago del precio aplazado por el comprador puede tener lugar, por los siguientes medios:

3.— Mediante acta a instancia del comprador de tenencia de todas las letras que representan el precio aplazado debidamente identificadas en la propia escritura de venta.

Pero cuando las letras no están identificadas en la escritura de compraventa, o falta la exhibición de alguna letra, la Resolución de 16 de julio de 1992, para el supuesto en que las letras no están identificadas plenamente en la escritura de compraventa, declara que en principio no procede la cancelación automática sin el consentimiento del vendedor. No obstante flexibiliza su rigor y aconseja proceder a la cancelación, cuando se den estas circunstancias: 1.º encontrarse en poder del deudor las 108 letras, cuyos vencimientos corresponden a los de la escritura.— 2.º Certificación bancaria de haberse pagado las restantes.— 3.º Disolución y liquidación de la sociedad vendedora.— 4.º Comparecencia de quien afirma ser la última tenedora de la totalidad de la sociedad vendedora por acta notarial, manifestando no existir cantidad alguna pendiente de percibir en este caso.

Parece que sólo es posible esta cancelación, cuando concurren simultáneamente todas las circunstancias de la Resolución. Pero la pregunta es ésta. En caso de extravío de alguna letra, ¿puede suplirse mediante la certificación bancaria al amparo del art. 45 de la Ley Cambiaria?

En un Registro de la Propiedad de Barcelona, ha sido suspendida la cancelación de una condición resolutoria en base a estas razones:

El art. 45 de la Ley Cambiaria de 16 de julio de 1985, exige que la entidad bancaria acredite que es tenedora de las letras extraviadas. Que se acredite el cargo y las facultades del que certifica y la legitimación de su firma. Que el citado artículo deja a salvo que se haya pactado lo contrario entre el librador y el librado, y en el presente caso, en la escritura de compraventa en que constan emitidas las letras, sólo se facultó por la libradora al librado para que solicitase la cancelación de la condición resolutoria, sin precisar el consentimiento de aquella «sin más que acreditar ante el fedatario, la tenencia de las letras reseñadas» (91).

Esta calificación registral, propone como medio cancelatorio el acta notarial a instancia de la entidad bancaria tenedora o portadora de la

---

(91) La cláusula citada decía así «La sociedad vendedora faculta a la parte compradora para que por sí sola y sin precisar consentimiento de aquella, pueda firmar carta de pago del precio aplazado y solicitar la cancelación de la condición resolutoria pactada, sin mas requisito que acreditar ante el fedatario que autorice la misma la tenencia de las letras antes reseñadas».

letra, en la que manifieste ser tenedora de la letra extraviada, identificada suficientemente, y que ha sido abonada en su día por el librado.

Por nuestra parte, entendemos que basta la certificación bancaria, acreditativa del pago de las letras, de manera similar a la que reconoce la Ley de Sociedades Anónimas para la verificación de las aportaciones dinerarias (art. 40 LSA, art. 132 RRM).

Otro tema es el si para la cancelación es suficiente, con una previsión de consentimiento anticipado cancelatorio por parte del vendedor en la escritura de compraventa. La respuesta debe ser afirmativa en base al art. 45 LC. que admite que por pacto entre el librador y el librado, se sustituya el documento acreditativo del pago en que se identifique suficientemente la letra. Esta posibilidad la estudiaremos al tratar de la cancelación por extinción del asiento registral.

En conclusión: se puede cancelar la condición resolutoria cuando se haya extraviado alguna letra, mediante acta de tenencia de las letras identificadas por el comprador, y el acta de las letras extraviadas a instancia de la entidad bancaria tenedora de dichas letras.

Pero en previsión del extravío o falta de identificación de alguna de las letras, es aconsejable pactar en la cláusula que la parte vendedora presta desde ahora, su consentimiento anticipado a la cancelación de la condición resolutoria con alcance meramente formal, y autoriza al comprador o su causahabiente, para que solicite del Registrador de la Propiedad, la cancelación o desinscripción de la condición resolutoria.

#### *c. Por la prescripción extintiva del crédito por el precio aplazado*

Cuando el derecho inscrito se ha extinguido por prescripción extintiva. Según la doctrina y la jurisprudencia es de quince años, conforme al art. 1964 Cc.

El procedimiento a seguir es el expediente judicial de liberación de cargas, conforme a los arts. 209 y 210 LH.

#### *d. Por la caducidad pactada del poder resolutorio*

Este medio deja vigente el crédito del precio aplazado, y sólo se pacta la caducidad del poder resolutorio accesorio del crédito. Este medio, precisa un consentimiento anticipado de negocio cancelatorio prestado «sin continenti», que implica una autorización del vendedor al comprador para que solicite del Registrador de la Propiedad la cancelación del asiento registral. Lo lógico es que en base al consentimiento anticipado, el comprador pudiera dirigirse al Registrador para solicitar la cancelación, sin embargo, se ha buscado la vía tortuosa e innecesaria del art. 355 RH. En efecto.

1.— La cancelación por la vía del art. 353.1 RH.

Como ya expusimos, la cancelación de la condición resolutoria puede también articularse, configurando la opción resolutoria inscrita como un derecho temporal. Ahora la base de la cancelación está en la temporalidad del propio poder resolutorio inscrito. Las Resoluciones de 11 de diciembre de 1974 y 28 de noviembre de 1978, ambas admitieron la validez del pacto comisorio temporal. Pero lo que se discutía era el procedimiento cancelatorio por la vía del art. 355 RH. hoy 353.1 RH. reformado por RD. 3503/1983, de 21 de diciembre (rogación presunta por certificación o asiento nuevo).

Roca Sastre, no admite la cancelación automática de una condición explícita por el transcurso de un plazo de tiempo, por la vía del art. 355 RH, por estar de acuerdo con la Resolución de 11 de diciembre de 1974 (Derecho Hipotecario II, p. 824.). Según esta Resolución, el art. 355 RH, tiene carácter excepcional: hace una aplicación especialísima del principio de rogación en el procedimiento registral, que se aplica a las inscripciones que hayan caducado «con arreglo a la Ley Hipotecaria», pero no a las que hayan caducado por pacto. Por esto se presume solicitada la cancelación por el solo hecho de pedirse una certificación o la extensión de un nuevo asiento relativo a la finca o derecho.

Rodríguez López («El pacto comisorio temporal. Su cancelación por la vía del art. 355 RH» RCDI. 1981, p. 37), concluye su crítica a la vía del 355 RH, con estas palabras: «El pacto por el que los interesados acuerdan que la referida cancelación sea practicada en la forma señalada por el párrafo 1.º del art. 355 RH es nulo y debe denegarse por atentar contra lo contenido en los arts. 3 (documentación), 6 y 79 (rogación, «podrá pedirse»), 99 (calificación en cancelaciones), 254 (vigilancia fiscal) de la Ley Hipotecaria y 97.1.º (plazo para calificar) de su Reglamento, así como por tenerlo en tal forma declarado la Resolución de 11 de diciembre de 1974, en la que se califica el art. 355 como excepcional y no susceptible de aplicación extensiva».

La doctrina de la Resolución de 11 de diciembre de 1974, en cuanto deniega la vía del art 355 RH la suscribo íntegramente.

2.— Por acta a instancia del comprador.

Por nuestra parte, entendemos que no es necesario acudir al procedimiento de rogación presunta de la cancelación por el solo hecho de pedirse una certificación o practicarse un asiento, cuando es más lógica la rogación normal dirigida al Registrador en base al consentimiento prestado anticipadamente por el vendedor a la configuración temporal del derecho inscrito y además a la cancelación del asiento que contiene la condición resolutoria transcurrido dicho plazo, y autorizando al comprador o a su causahabiente a solicitar del Registrador de la Propiedad que practique el asiento cancelatorio correspondiente. La solicitud o rogación cancelatoria, se debe formalizar mediante un acta notarial, en la que el comprador o su causahabiente, exponga como presupuesto, el consentimiento anticipado del vendedor, a la tempora-

lidad del derecho resolutorio inscrito y de su asiento registral, y su autorización al comprador o su causahabiente para que realice la rogación al Registrador de la cancelación del asiento por caducidad del derecho resolutorio inscrito. Este acta debe presentarse en Hacienda para el pago del impuesto, para el cumplimiento de las obligaciones fiscales a que se refiere el art. 254 LH.

## B. POR EXTINCIÓN DEL ASIENTO REGISTRAL

Este consentimiento se refiere sólo a la cancelación del asiento registral que contiene la condición resolutoria, de conformidad con el art. 11 LH (condición resolutoria con efectos a terceros) y el paso a la situación registral del art. 10 LH (precio aplazado sin efectos a terceros). Deja vigente la condición resolutoria en el plano civil o extrarregistral, configurada en el art. 1504 Cc.

En contra de la Res. 3 y 6 de diciembre de 1986 y 24 de marzo de 1987, entendemos que si se puede prescindir para obtener la cancelación de la justificación fehaciente de la realidad del pago, porque en la condición resolutoria inscrita por el art. 11 LH, existe una desconexión entre el derecho inscrito similar al establecido para las anotaciones preventivas (art. 206. 1 RH, admite la cancelación del asiento de la anotación preventiva por renuncia de su titular a la misma o al derecho), y aplicable a las inscripciones declarativas de los «iura in re aliena» (art. 97 LH, cancelado el asiento se presume extinguido el derecho, salvo prueba de que éste subsiste). Pues, como dice Díez Picazo, la cancelación del asiento, sin la correlativa extinción del derecho inscrito, produce un debilitamiento de la eficacia del derecho real que quedará limitada a las partes de la relación jurídica (El negocio cancelatorio... p. 1263 y ss.). En nuestro caso, se pasa del art. 11 LH, con efectos a terceros, al art. 10 LH, que carece de ellos.

En consecuencia, la cancelación de la condición resolutoria puede obtenerse mediante el consentimiento anticipado prestado por el vendedor y plasmado en la cláusula resolutoria, y en la que se autorice al comprador o su causahabiente para que transcurrido un determinado plazo de la vigencia del asiento que contiene la condición resolutoria, inste al Registrador en base a este consentimiento anticipado, a que practique la cancelación correspondiente. Por este procedimiento se limita en el tiempo la vigencia del mismo asiento registral, dejando intacto el derecho resolutorio del vendedor en el plano meramente civil y con carácter meramente obligacional solo frente al comprador primitivo.

Se puede formalizar mediante acta notarial que contenga como presupuesto el consentimiento cancelatorio prestado en la cláusula resolutoria, y en la que el comprador solicite del Registrador de la Propiedad que practique la cancelación del asiento en la parte que contiene la condición resolutoria, de conformidad con el art. 11 LH,

y continúe registrado el mero aplazamiento de pago conforme al art. 10 LH.

### C. CONCLUSIONES PRÁCTICAS

Para evitar las dificultades que puedan surgir en el futuro, para acreditar el hecho del pago del crédito aplazado del precio de la venta, bien por el extravío de las letras, o la falta de identidad y numeración de las letras, sería conveniente prever en la cláusula resolutoria, que la parte acreedora presta su consentimiento anticipado a la cancelación de la condición resolutoria como tal, sin necesidad de acreditar el pago de las letras, de acuerdo con la tesis que defendemos.

Por nuestra parte, estimamos que es posible la cancelación solo de la condición resolutoria, bien por caducidad pactada del poder resolutorio inscrito, o bien por la desinscripción meramente registral de la condición resolutoria. Se proponen estas o parecidas fórmulas.

Por caducidad de la condición resolutoria inscrita.

«Las partes convienen expresamente la extinción de la condición resolutoria inscrita transcurrido el plazo de un año desde el vencimiento del último plazo, y la parte vendedora presta su consentimiento anticipado a que se cancele la condición resolutoria una vez transcurrido dicho plazo, a cuyo efecto, autoriza al comprador o a su causahabiente, para que mediante acta notarial solicite del Registro de la Propiedad su cancelación, siempre que no aparezca nada que lo impida en los libros registrales».

Por caducidad registral de la condición resolutoria.

«La parte vendedora presta su consentimiento anticipado a que se cancele la condición resolutoria, una vez transcurrido un año desde el vencimiento del último plazo, a cuyo efecto, autoriza al comprador o su causahabiente, para que mediante acta notarial solicite del Registro de la Propiedad su cancelación, siempre que no aparezca nada que lo impida en los libros registrales».

## X. EL EJERCICIO DE LA RESOLUCIÓN DE LA VENTA

Hemos estudiado la problemática de la condición resolutoria en el período de pendencia, es decir desde que se celebra el contrato de venta hasta que tiene lugar el cumplimiento de la condición por el impago de las obligaciones del comprador y el ejercicio del poder resolutorio por parte del vendedor. Ahora vamos a examinar el cumplimiento de la condición, que se produce por la constitución en mora del comprador mediante el requerimiento de pago y la notificación del ejercicio del poder resolutorio.

## A. LA CONSTITUCIÓN EN MORA DEL COMPRADOR

Para que el vendedor ejercite el poder resolutorio, se precisa que haya cumplido íntegramente sus obligaciones, que pueden referirse a la entrega de la cosa y a la fijación del precio y que el comprador no pague el precio en el plazo convenido.

Esta exigencia se deriva de la doctrina de la mora que dispone el art. 1100. párrafo último Cc : «En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

De manera que el comprador-deudor no es moroso, si el vendedor-acreedor no cumple debidamente con su obligación.

La mora exige el cumplimiento del vendedor y el incumplimiento del comprador.

### a. *El cumplimiento del vendedor*

Esta exigencia, no se deriva directamente del sinalagma funcional ínsito en toda compraventa, sino más bien del requisito de la constitución en mora, que es específico de la resolución de la venta con «lex commissoria».

Las obligaciones del vendedor se refieren a la entrega de la cosa y a la fijación del precio. Veamos como entiende esta obligación del vendedor la jurisprudencia:

— Respecto de la cosa, debe el vendedor haber entregado la cosa, bien materialmente, o por el otorgamiento de la escritura pública (STS de 19 de mayo de 1988).

Pero si la entrega de la cosa ha precedido al otorgamiento de la escritura, la negativa del vendedor a otorgarla no impide la resolución, cuando está justificada por el impago del comprador. Ahora bien, cuando se hubiere pactado que el pago del precio sea simultáneo al otorgamiento de la escritura, no estaría justificada la negativa del vendedor a otorgar la escritura. (STS. 9 de marzo de 1989). Tampoco estaría justificada la negativa del vendedor a otorgar la escritura de venta, en el caso de un pago parcial en que se supeditó el pago del remanente de precio a la obtención de un préstamo hipotecario que estaba gestionándose, y la negativa del vendedor impidió la obtención del préstamo (STS. 18 de abril de 1989).

El vendedor debe entregar la vivienda con las condiciones de habitabilidad que exige la ley (STS de 26 de octubre de 1987); y que su construcción se ajuste a las normas urbanísticas, de manera que no puedan dar lugar a la pérdida de la cosa por demolición (STS 17 de junio de 1988).

— Respecto de la fijación del precio, y en materia de Viviendas de Protección Oficial, se entiende que incumple el vendedor su obligación cuando la venta se hizo por un precio superior al legal (STS de noviembre de 1985).

b. *La suspensión del pago del precio*

El art. 1502 Cc, permite al comprador suspender el pago del precio, cuando se le perturba en la posesión o dominio de la cosa, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que afiance la devolución del precio, o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador está obligado a verificar el pago (92).

La jurisprudencia interpreta restrictivamente los presupuestos legales para que proceda la suspensión del pago del precio (STS 20 de diciembre de 1898, 30 de octubre de 1965).

Troplong, estima que el comprador sólo puede suspender el pago del precio, pero no puede suspender el pago de los intereses, que sí debe pagarlos, cuando el comprador continúa con el goce de la cosa, y la ley solo pretende el secuestro del precio, pero no ha querido darle la ocasión de enriquecerse a expensas del vendedor. Y añade, «L'acheteur ne peut donc empêcher les interets de courir qu'en consignant» (De la vente, II, n. 611, p. 79).

García Goyena, hace éste comentario (*ob. cit.* t. III, p. 41) delimitando la extensión de ésta suspensión al pago del precio; pero no reclamarlo ni exigir fianza si ya lo ha pagado. Y respecto a los intereses dice, frente a la opinión anterior, que «Si el comprador puede suspender el pago del precio por el peligro que corre de perder la cosa, igual peligro corre perder los frutos que perciba desde la contestación del pleito; y los intereses son a los frutos, lo que el precio es a la cosa; pero es claro que deberá pagar los intereses, si vence en el pleito».

En el caso de existir un pacto comisorio, para un sector de la doctrina, supone un pacto tácito en contra del art. 1502 (ESCEVOLA). Pero MANRESA entiende que solo por pacto expreso se puede eliminar la facultad del comprador de suspender el pago del precio.

c. *El incumplimiento del comprador: la voluntad deliberadamente rebelde*

El principal requisito que se exige para que tenga lugar la resolución de la venta es el impago del precio por el comprador en el tiempo convenido. Veamos la extensión que puede tener este impago, a través de lo que se entiende por la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

---

(92) Este precepto es copia casi literal del art. 1653 del Code francés, recogido en el Proyecto de 1851 en el art. 1431.

Las posiciones que existen en la doctrina y la jurisprudencia dependen de la posición, sea dualista o unitaria, que se mantenga sobre la relación entre los artículos 1124 y 1504 Cc, y que pueden sintetizarse en estas tres:

— La voluntad rebelde es presupuesto en el art. 1124, y por ello, debe aplicarse al art. 1504.

— La voluntad rebelde no es presupuesto en el art. 1124, y por tanto, tampoco debe aplicarse al art. 1504.

— La voluntad rebelde es presupuesto en el art. 1124, pero no se aplica al art. 1504, por la especialidad de éste.

Vamos a desarrollar estas tres posiciones.

1.— Un gran sector de la doctrina (Badenes Gasset, Mucius Seaevola, Sabater, Beltrán De Heredia, Rodríguez García) entienden que es aplicable al art. 1504, los requisitos del art. 1124, entre los que figuran la exigencia de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del comprador. Interpretan ambos artículos de manera unitaria y recíproca.

La jurisprudencia declara que el art. 1124 es de aplicación general, cuyos requisitos y efectos se extienden al art. 1504, y uno de ellos es la exigencia que se impone al comprador de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Así lo resume la Resolución DGRN, de 29 de diciembre de 1982 al declarar en un considerando: «que es preciso no olvidar la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo de que para el ejercicio de la acción resolutoria derivada del art. 1124, o de la resolución prevista en el art. 1504, es necesario el exacto cumplimiento por parte del vendedor de sus obligaciones, así como la voluntad deliberadamente rebelde a dicho cumplimiento por parte del comprador».

Se inicia esta doctrina en la STS de 28 de enero de 1944 (Ponente Manuel de la Plaza) al establecer que entre los arts. 1124 y 1504, el régimen jurídico de la resolución contractual es único, como únicos los supuestos que pueden autorizarle e idéntico, por tanto, el criterio que debe presidir la resolución de los casos que al juzgador se plantean en torno a la expresada cuestión.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1944, entre otras muchas, dice que «Las acciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales, imponen que haya existido una conducta culposa por negligencia más o menos grave, originaria de responsabilidad en el contratante a quien se imputa la infracción del contrato, tanto en el art. 1124 CC, como en el art. 1504 CC. Además de la voluntad culposa, el Tribunal Supremo también exige para acceder a la resolución de la venta, una voluntad decididamente rebelde por parte del comprador a cumplir la obligación de pago.

Siguen esta orientación, otras sentencias del TS, como la de 1 de febrero de 1967, 16 de noviembre de 1979, 26 de enero de 1980, 7 de febrero de 1983, 23 de octubre de 1984, entre otras.



2.— La segunda tendencia es abandonar la voluntad rebelde como presupuesto del art. 1124, y por tanto, tampoco se debe aplicar al art. 1504.

La jurisprudencia inicia esta nueva línea en la STS de 20 de noviembre de 1984, seguida por las de 22 de marzo de 1985, 8 de mayo de 1987, 12 de mayo de 1988, 5 de junio de 1989. De estas sentencias se extrae la siguiente doctrina:

— Se rechaza la voluntad rebelde al cumplimiento porque ésta expresión corre el riesgo de confundirse con el dolo del deudor incumplidor.

— Se sustituye la voluntad rebelde por ésta otra «voluntad obstativa al cumplimiento» con la que se prescinde por completo de valoraciones subjetivas (intencionales-volitivas), y delimita el supuesto de hecho resolutorio en términos estrictamente objetivos. Esta es la orientación que se sigue en las mas recientes STS. Así:

STS de 18 de diciembre de 1991, dice que no se precisa el requisito subjetivo de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del comprador, sino que basta «que pueda atribuirsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó», que es la objetivación de la falta de pago.

STS de 14 de febrero de 1992, se separa del criterio subjetivo de la voluntad deliberadamente rebelde, y basta con el incumplimiento de la obligación de pagar, cuando es duradera, persistente, y frustra para el vendedor la finalidad del contrato y no encuentra para el comprador explicación razonable alguna de su postura» (93).

3.— Jordano Fraga, hace un análisis exhaustivo de la jurisprudencia, en su libro, «La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del art. 1504 Cc.». Madrid, 1992, al que seguimos en ésta exposición.

Dice este profesor que en base a los criterios de decisión que subyacen en las sentencias que declaran que la voluntad rebelde es presupuesto del art. 1124 (y por tanto, del art. 1504), como las que abandonan la voluntad rebelde, para acogerse a la voluntad obstativa en el art. 1124 (y por tanto en el art. 1504), subyacen otros criterios de decisión, para conservar el contrato.

3.1.— Los criterios que se encienden en el concepto de «voluntad rebelde» en el art. 1124 son:

— la imputabilidad del deudor que incumple, que falta en el caso fortuito y que exime de responsabilidad contractual al deudor no cumplidor. (STS 26 de enero de 1980 y 7 de febrero de 1983).

---

(93) Comenta estas dos sentencias RODRÍGUEZ GARCÍA, en su «Arrumbamiento de un tópico jurisprudencial: una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento». *La Ley*, n.º 3150, de 8-dic- 1992), y se pregunta: ¿Cuándo está presente esta conducta obstativa? Y contesta: será una cuestión de equidad sujeta al arbitrio judicial, la cual, deberá tener presente la cantidad que se ha pagado y la que falta por pagar, para lograr «el equilibrio contractual» o «la reciprocidad de intereses» (art. 1289 cc.).

— la gravedad del incumplimiento, que falta cuando lo que debe el comprador es de escasa importancia. (STS de 4 de octubre de 1983, 20 de noviembre de 1984, 22 de marzo de 1985, 29 de febrero de 1988, 25 de octubre de 1988, 5 de junio de 1989).

— El abuso de la facultad resolutoria, que falta cuando el vendedor no colabora con el deudor para que éste cumpla (cambio de domicilio del acreedor no comunicado al deudor). (STS de 26 de enero de 1980, 2 de febrero de 1984).

— El incumplimiento de la parte resolvente. (STS de 16 de noviembre de 1984, 22 de marzo de 1985, 29 de febrero de 1988, 5 de junio de 1989).

— el incumplimiento que falta cuando el comprador ya pagó o discuta la cuantía.

Concluye este autor que muchas sentencias «utilizan el paraguas terminológico de la voluntad rebelde» para mantener y conservar el contrato con la consiguiente apreciación restrictiva y hasta excepcional de la acción resolutoria.

3.2.— La voluntad rebelde en el art. 1504 tampoco es un requisito autónomo constitutivo de la resolución por incumplimiento, sino que ha sido el vacío envolvente terminológico de otros criterios de decisión que subyacen en las sentencias del Tribunal Supremo, similares a los expuestos.

El nuevo movimiento jurisprudencial que abandona la voluntad rebelde, por la voluntad obstativa, solo es una mutación terminológica que pretende evitar el fuerte acento subjetivista y pudiera pensarse que es el dolo del deudor incumplidor el que provoca la resolución del contrato. Prescinde de toda calificación voluntarista de la persona del incumplidor, y se limita a subrayar la falta de los verdaderos presupuestos de la resolución por incumplimiento, y en particular, el incumplimiento inequívoco, objetivo, e imputable al deudor incumplidor, y el cumplimiento de sus obligaciones por parte del resolvente.

Concluye Jordano Fraga diciendo que el requisito de la gravedad del incumplimiento, se excluye por el pacto resolutorio expreso. Las partes pueden atribuir carácter resolutorio al impago de escasa transcendencia cuantitativa en relación al total precio convenido y aplazado; en este sentido la jurisprudencia ha declarado que cuando existe un régimen convencional de resolución contractual por incumplimiento, éste se antepone o desplaza a dicho régimen general (STS de 24 de febrero de 1966, 4 de mayo de 1972, y 18 de diciembre de 1956). Por el contrario, cuando no exista pacto resolutorio expreso si que debe entrar el requisito de la gravedad cuantitativa (objetiva) y cualitativa (el tiempo de retraso, en cantidades impagadas), del incumplimiento del comprador (94).

---

(94) JORDANO FRAGA, «La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del art. 1504 Cc.» Civitas. 1992. pp. 56 a 165.

4. La doctrina que hemos llamado dualista, (Roca Sastre, Rodríguez Adrados, Martínez Sanchiz), estima que el art. 1504 Cc es un precepto específico, y al que no es aplicable el requisito de la voluntad deliberadamente rebelde en el cumplimiento por parte del comprador. Basta el impago considerado objetivamente.

A nuestro entender, como hemos expuesto con anterioridad, los arts. 1124 y 1504, son diferentes y distintos en sus presupuestos de aplicación. El art. 1124, exige que el incumplimiento sea culposo, y por esta razón, impone el resarcimiento de daños y abono de intereses. El art. 1504 no impone el resarcimiento de los daños, porque no exige el impago culposo, ni la voluntad deliberadamente rebelde, ni la voluntad obstativa. Como dice Jordano Fraga, estas expresiones envuelven el criterio de mantener el contrato y evitar la resolución por ser algo excepcional en el ámbito del art. 1124, pero dentro del art. 1504 impera la voluntad de las partes que excluya la gravedad del incumplimiento.

d. *Extensión del impago: precio, intereses, impuestos, letras de cambio*

1. El impago del precio.

Un gran sector de la doctrina, como Rodríguez Adrados, Molina García, Ogayar Ayllon, Mullerat, entre otros mantienen que el impago se refiere solamente al precio de la venta.

Sin embargo, que el impago de otras obligaciones o cantidades distintas del precio estricto de la venta, no se puedan comprender en el pacto de la «lex commissoria» no es pacífica en la doctrina, como veremos a continuación.

2.— El impago de los intereses.

Es posible extender la cobertura de la condición resolutoria expresa a la obligación del pago de los intereses del precio aplazado.

La Dirección General de los Registros, en las Resoluciones de 5, 6, 7, de febrero de 1990; y 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1991, sobre los recursos planteados en Barcelona entre el mismo Notario y Registrador, declaran inscribible una escritura de venta con precio aplazado cuya condición resolutoria se extiende, además del precio de la venta a los intereses del aplazamiento. Los argumentos son los siguientes:

— El silencio del art. 1504 Cc. acerca de los intereses por sí solo no puede estimarse como prohibitivo cuando la regla general es precisamente la contraria, esto es, la de permisión de lo no prohibido (art. 1255 CC).

— Las normas legales se dictan en consideración a un contrato-tipo y como en la estructura típica de la compraventa el precio es la contraprestación exclusiva del comprador (art. 1445 CC.), es coherente la restricción del art. 1504 CC al impago del precio —máxime

cuando en la previsión legal el aplazamiento por sí solo no se reputa retribuído (art. 1501 Cc. en relación con el 1755 Cc)— pero ello no quiere decir que las variaciones del concreto negocio celebrado respecto al tipo legal considerado no hayan de merecer la misma protección jurídica. La conclusión que se deriva del art. 1504 CC es la de licitud de la previsión resolutoria explícita cuando se quiebra el equilibrio patrimonial inherente a la concreta operación realizada dentro de los límites legales.

— Cuando la compraventa se realiza pactando el aplazamiento del pago del precio y la retribución de los intereses, no quiebra por ello la unidad negocial de la operación concluída; no cabe hablar de un contrato de venta al contado seguido de un acuerdo accesorio desligado causalmente del anterior, por el que se conviene el aplazamiento del pago a cambio de un interés; el negocio es único y se halla trascendido en su globalidad por el elemento plazo; el plazo retribuído configura sustancialmente el equilibrio económico y jurídico de la operación y repercute sobre todos sus aspectos y consecuencias; no cabe entender que en la consideración de las partes el vendedor quedará compensado del sacrificio patrimonial que le supone desprenderse de la cosa por el pago del importe al contado, cualquiera que sea el momento en que se realice, y que el incumplimiento del resto es irrelevante a tal efecto; el sacrificio equilibrador del comprador viene definido en un doble aspecto cuantitativo y temporal: Efectuar una serie de pagos sucesivos en las fechas fijadas, y el que en cada uno de éstos puedan distinguirse conceptualmente dos partes, capital e intereses, en función de la fijación del importe al contado, no enturbia el hecho de que sólo el pago total procura la satisfacción esperada por el vendedor como determinante de su voluntad negocial. Que la repercusión de la variación temporal introducida en la posición del comprador, respecto a la hipótesis de venta al contado, introduzca una obligación nueva junto a la típica, no determina necesariamente la accesoriedad y minusvaloración jurídica de aquella; ello ni sería conforme con la voluntad de las partes en el negocio celebrado ni se armoniza con la significación económica del tiempo en que las obligaciones pecuniarias en las que la modificación del vencimiento comporta generalmente la alteración del «quantum».

A estos fundamentos de la jurisprudencia registral vamos a hacer estas observaciones:

En primer lugar, considera como una sola deuda del comprador, la cantidad del precio y la de los intereses; y por otra parte, considera esencial la determinación de las cantidades en que cada vencimiento corresponden a capital e intereses.

El Registrador de la Propiedad J.M. García García en su informe del recurso, dice con razón, que el precio y los intereses son dos conceptos jurídicos diferentes que no pueden ser confundidos ni unificados. La diferencia se encuentra en varios aspectos:

— en la prescripción de la acción de intereses, como prestaciones periódicas que son, según el art. 1966.3 Cc es de cinco años, a diferencia de la acción de reclamación del precio que tiene el plazo general de los quince años, según el art. 1964 Cc.

— La limitación de que las prestaciones periódicas no afecten a terceros mas allá de cinco años, se reconoce para los intereses de la hipoteca ordinaria (art. 11 4 LH), para las rentas o prestaciones periódicas garantizadas con hipoteca (art. 1 57 LH), y para las pensiones de los censos (art. 11 4 LH), y es un principio general de la Ley Hipotecaria, que se debe aplicar.

Lo que no encuentro fundamento es la afirmación que hace el Registrador para negar que la condición resolutoria comprenda en su cobertura el pago de los intereses, basándose en que los intereses son los frutos del precio de manera similar a los intereses de un préstamo. Los intereses no son los frutos del precio, como defendía el Notario del recurso. A mi juicio, la causa de los intereses se encuentra en el uso y disfrute de la cosa vendida por parte del comprador. El precio es a la cosa, lo que los intereses es a los frutos, como gráficamente decía García Goyena (Comentarios, III, p. 411). El art. 1501.1, impone el pago de los intereses cuando la cosa vendida produce fruto o renta (95).

Otra cosa son los intereses moratorios. Estos no nacen de la cláusula resolutoria inserta en el contrato de compraventa, sino que surgen desde el momento en que el vendedor requiere de pago al comprador para constituirlo en mora (art. 1501.3) (96).

### 3.— El impago de los impuestos

La posibilidad de extender la cobertura de la condición resolutoria a los impuestos, ha sido rechazada por la Dirección General, en la Resolución de 16 de septiembre de 1987, a propósito del Impuesto de Tráfico de Empresas, al declarar que no tiene la consideración de precio y no aparece integrado en la contraprestación básica del comprador, ni participa en la reciprocidad de las prestaciones que motiva la venta. La resolución de la venta se justifica por la frustración del fin básico perseguido, y por la quiebra del equilibrio fundamental tal como subjetivamente fue configurado, pero no en aquellas hipótesis en las que el propósito determinante de la negociación queda consumado, aunque no sus consecuencias accesorias. Se prohíbe el pacto comisorio (arts. 1859 y 1884 CC), con una excepción concreta en el art. 1504 CC,

---

(95) En la doctrina francesa así lo entiende, DOMAT, *Les lois civiles...ob. c. I.* 265, IV. Troplong, *ob. c.* etc.

(96) CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, «El mecanismo resolutorio de la venta de bienes inmuebles por impago de los intereses». RDN. 1986, n.º 133-134, p. 69 y ss. entiende que los intereses del precio están solidamente unidos al precio bajo el principio de la integridad del pago del art. 1157 Cc, y la aplicación de la regla de imputación de pagos del art. 1173. Los intereses moratorios derivan de la interpelación de la mora.

por lo que no procede extender la garantía arbitrada en ésta norma a prestaciones accesorias derivadas del contrato de compraventa.

Lo expuesto estimamos aplicable al IVA.

Tampoco es posible la extensión de la cobertura de la condición resolutoria al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos.

La jurisprudencia ha abordado el problema en la Sentencia del Tribunal Supremos de 7 de junio de 1963. Dice que: El incumplimiento por el comprador de la obligación a que se comprometió de satisfacer determinadas plusvalías de la finca adquirida al vendedor, que correspondía en principio pagar a éste, no puede considerarse como incumplimiento de una obligación accesoria a la principal del pagar el precio, sino independiente de él, de modo, que por ello, no es resoluble el contrato de compraventa, ni aun cuando la obligación de pagar esas plusvalías se hubiere puesto (como ocurrió) en la misma cláusula contractual que sirvió para determinar el importe del precio de la venta.

Para la Contribución rústica y urbana, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1945, declara que no procede la resolución de la venta por el impago de las contribuciones de la finca comprada, porque no supone una obligación accesoria del precio, si no que es independiente.

#### 4.— El impago de letras de cambio.

La doctrina se plantea el problema de si es posible que el pacto comisorio que garantiza el pago del precio aplazado pueda extenderse expresamente al pago de las letras, configurándolo como un poder resolutorio cambiario, similar a la hipoteca cambiaria.

Rodríguez Adrados, estima que no es posible que el pacto comisorio garantice directamente el pago de las letras que representan el precio aplazado, sencillamente, porque tiene que garantizar el pago del precio de la venta: «Cuando se pacta la resolución por falta de pago de alguna de las letras, se utiliza de una manera abreviada de hablar, lo mismo que se pueden fijar los plazos con referencia al vencimiento de las cambiales». La consecuencia de esta separación, es que el endoso de una de las letras o de todas ellas, no produce la cesión del crédito de precio aplazado con su garantía de pacto comisorio. Es decir, la potestad resolutoria no puede constituirse a favor de los tenedores presentes y futuros de las cambiales. El tenedor de las cambiales no puede ejercitar el poder resolutorio y resolver la venta. La desconexión entre el poder resolutorio y las cambiales desaparece en el momento final, el del pago, porque al pagar las cambiales, se paga el precio aplazado de venta y se puede instar la cancelación de la condición resolutoria (97).

En el derecho español vigente, nos falta la conexión causal entre la emisión de la letra de cambio y el poder resolutorio derivado del pacto comisorio en la escritura de compraventa.

---

(97) «Algunos aspectos.... p. 75 y ss.»

La Dirección General ha abordado la cuestión de las letras exigiendo para que se reinscriba a favor del vendedor la finca vendida en caso de resolución, la presentación de las letras no vencidas y pendientes de pago:

La Resolución de 29 de diciembre de 1982, dice que «en los casos en que se haya pactado en una compraventa con precio aplazado que la falta de pago de una letra da lugar a la resolución, será necesario que el vendedor ponga a disposición del comprador todas las letras todavía no vencidas y pendientes de pago por el deudor». En iguales términos las Resoluciones de 16 y 17 de septiembre de 1987.

La Resolución de la Dirección General de 24 de marzo de 1987, reproduce éste considerando, y añade lo siguiente:

La facultad resolutoria no puede derivar propiamente del impago de las letras emitidas, sino del incumplimiento de las obligaciones causales para cuyo pago fueron aquellas puestas en circulación; no son las obligaciones cambiarias, sino las obligaciones subyacentes a las que sirve la cobertura de aquella facultad resolutoria, aun cuando las vicisitudes de las primeras puedan revelar (y no necesariamente) la suerte de las segundas; de modo que para mantener la eficacia de la condición resolutoria convenida, habrá de entenderse dicha cláusula como si se estableciese directamente para el caso de impago de las obligaciones nacidas de la compraventa celebrada; así se deduce de la normativa que en sede de interpretación de contratos contiene nuestro CC (arts. 1281, 1284, 1285, 1287).

En el caso concreto, las letras no estaban identificadas por su número y serie en la escritura, por lo que habrá de prescindirse del mecanismo cambiario arbitrado, y centrarse exclusivamente en las obligaciones derivadas del contrato celebrado.

La devolución de las letras, está comprendida en la obligación que tiene el vendedor que ejercita la resolución, de restituir lo que tenía percibido. Pero esta obligación de devolver las letras se puede sustituir por la restitución de su importe. La resolución de la venta podrá tener lugar, mediante la consignación de su importe, cuando las letras no vencidas y pendientes de pago no se puedan presentar por haberse descontado.

Como aplicación práctica de lo que antecede es conveniente pactar expresamente en la cláusula resolutoria, que para conseguir la inscripción, se presentarán, además de los documentos previstos en el art. 59 RH, las letras pendientes de vencimiento posterior, y si alguna de ellas se hubiere negociado bastará acreditar que se ha consignado su importe a disposición del comprador, a fin de que éste pueda atender su pago a sus respectivos vencimientos.

## B. EL REQUERIMIENTO DE PAGO Y LA NOTIFICACION RESOLUTORIA

### a. *Los antecedentes*

La tradición española, desarrollada en la primera parte de este trabajo, se incardina dentro del derecho romano y Las Partidas, desarrollada por los clásicos de derecho común y la práctica jurídica, hasta la publicación del Código civil. La resolución sólo se produce en virtud del pacto de la «lex commissoria» (no se sobreentendía), con efectos de pleno derecho por el vencimiento del plazo («dies interpellat»), pero el vendedor vencido el plazo debía manifestar que optaba por la resolución y no el cumplimiento (declaración de opción resolutoria), que debía notificarse al comprador. Esta tradición se extendía a todas las zonas geográficas españolas.

Pero los legisladores del Código civil, rompieron con esta tradición, e introdujeron el derecho francés desarrollado por el derecho canónico y por el «droit coutumier», con el fin de favorecer al comprador del rigor del derecho romano, concediéndole purgar su demora, mientras no se le requiera por una «sommation». Era un aplazamiento que se le concedía al comprador consumidor (en el lenguaje actual). Veamos como encajan éste cambio la doctrina y la jurisprudencia.

### b. *Doctrina de MANRESA*

La doctrina existente al tiempo de la publicación del Código civil recoge el derecho romano («dies interpellat») matizado por el derecho francés (purgar la mora mientras se realice la «sommation»). El requerimiento del art. 1504 Cc es de pago para constituir en mora al comprador, y está relacionado con el art. 1100 Cc. Quizás, la supresión de la frase del Proyecto de 1851 «puesto en demora por un requerimiento», por la sincopada del art. 1504 «ínterin no haya sido requerido», se debiera a estimar una redundancia requerir de pago y constituir en «mora debitoris».

Pero la doctrina sufre un giro radical a partir de MANRESA, quien afirmó claramente que el requerimiento del art. 1504, no es tal intimación al pago, sino una notificación auténtica de que el vendedor opta por la resolución del contrato, y que se dirige al comprador para que se allane y no ponga obstáculos a la resolución. Decía «lo paradójico que resulta el requerir de pago a una persona precisamente para impedirle que pague y para fundar en ese requerimiento una eficacia negativa de la aceptación del precio» (Comentarios al Código civil, X, edic. 1950, p. 306).

La opinión de Manresa, y hasta la literalidad de sus palabras se transcribe en los considerandos de la sentencias del Tribunal Supremo y en la doctrina de los autores.



### c. *La Jurisprudencia*

Tanto del Tribunal Supremo, como de la Dirección General, han seguido a la letra el error de principio de Manresa. Como botón de muestra citaremos a la Resolución de 17 de noviembre de 1978, que proclama en un considerando que «es copiosa la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en numerosas sentencias ha declarado —y aun empleando el término «requerimiento»— que este requisito exigido por el artículo 1504 Cc tiene el valor de una intimación que está referida, no al pago del precio, sino por el contrario, a dar cuenta al comprador de la voluntad patente del vendedor de que el contrato quede resuelto y finalizada la prórroga legal del plazo, por lo que se trata de una simple notificación, término que introduce ya con precisión al recoger esta reiterada jurisprudencia el RH a partir de la reforma de 1947 en su art. 59 que regula ésta cuestión...» (98).

El análisis de esta materia puede verse en mi trabajo «El requerimiento del art. 1504 del Código civil». RDN abril, 1981. Con posterioridad la jurisprudencia sigue fielmente la doctrina de la notificación y «el requerimiento a que se allane», como luego veremos mas adelante,

### d. *La doctrina española*

Un gran sector de la doctrina, sigue las pautas marcadas por Manresa, rechazando el concepto de requerimiento de pago por ser incom-

(98) La reiterada jurisprudencia, que cita esta Resolución, no es «rigurosa jurisprudencia» en muchas sentencias, por no estar en relación la «ratio decidendi» con el caso decidido. Así la de:

— 3 de julio de 1917, que no se había estipulado en la venta la condición resolutoria y lo que declara: que el acto de conciliación equivale al requerimiento.

— 30 de octubre de 1922, dice que vale el acta con el vecino, por estar cerrada la casa del requerido.

— 11 de noviembre de 1943, dice que el precontrato de venta no se comprende en art. 1504.

— 1 de mayo de 1946 y 30 de diciembre de 1955, dice que es imprescindible el requerimiento para que opere la resolución.

— 28 de enero de 1948, no hay pacto comisorio, sino demora en el comprador en medir un solar.

— 9 de marzo de 1950, no se trata ni de la resolución de una venta, sino de la suspensión de los efectos del contrato celebrado en zona roja.

— 23 de septiembre de 1959, dice que el requerimiento se puede hacer por carta o cédula remitida por correo.

— 6 de febrero de 1979, dice que el vendedor tiene que haber cumplido su obligación para pedir la resolución.

— 26 de junio de 1978, no es fundamento de la Resolución que comentamos, sino al contrario favorable al requerimiento de pago, al decir que el acta del vendedor de requerimiento de pago para que abonase el precio aplazado dentro de los dos días siguientes a la diligencia, cumple las exigencias del art. 1504.

— 30 de mayo de 1942, declara que el requerimiento de pago, sin expresar la voluntad del vendedor de resolver la venta, no impide que el comprador realice el pago, y por tanto, excluye la resolución de la venta.

patible con la opción de resolver, e ignorando la tradición francesa del art. 1504. Todas estas opiniones son muy variadas en matices personales. Algunos autores estiman que la interpretación del art. 1504 se debe realizar a través de la doctrina italiana (Natali, Mosco, Barbero...), llegando a señalar «la identidad sustancial del art. 1504 con la cláusula resolutoria expresa del art. 1456 del Código italiano», olvidando que en Italia no existe ningún precepto similar al nuestro art. 1504 ó 1656 del Code Francés. Todos coinciden en que no es un requerimiento de pago sino una voluntad de resolver (99).

e.— *Teoría del requerimiento de pago y la notificación resolutoria.*

De acuerdo con la doctrina de la condición resolutoria que defendemos, ésta entraña dos eventos condicionantes: el requerimiento de pago para que opere la constitución en mora del deudor comprador, (del art. 1504 Cc), y la notificación de la voluntad de resolver para que opere la resolución de la venta de pleno derecho (del art. 59 RH.). En efecto:

1.— El requerimiento del art. 1504 CC, es un requerimiento de pago, es decir, es una intimación dirigida por el vendedor al comprador para que realice el pago, y éste puede hacerlo dentro del plazo fijado en el contrato o dentro de los dos días laborables que admite el Reglamento Notarial en su art 204 y si el comprador no paga, se le notifica de manera subsidiaria, la decisión de resolver la compra, de poner en marcha el poder resolutorio.

El requerimiento del art. 1504 Cc. es una intimación al pago que se realiza mediante una declaración de voluntad no negocial (como un acto semejante al negocio jurídico según la terminología de ENNECERUS) y que va dirigida a constituir en mora al comprador y por ésta razón y en su consecuencia a impedir que el juez puede conceder nuevo plazo (100).

(99) Sigue doctrina de la notificación, entre otros: BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, en *Revista de Derecho Privado*. 1962, pp. 681 a 684.

MARTÍNEZ SARRIÓN. «Repercusiones prácticas de escrituras notariales». *RDP*. 1964, pp. 183 y ss.

RODRÍGUEZ ADRADOS, «Algunos aspectos...» p. 75 y ss.

IRURZUN, «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio». *Estudios de Derecho Privado*. 1968, p. 75 y ss.

BADENES GASSET, «El contrato de compraventa» II. 1979, p. 884.

MULLERAT, BALMAÑA RAMÓN, «El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles». *ADC*. 1971, pp. 481 a 529.

SABATER. «El art. 1504 del Código civil». *Revista de Derecho Judicial*. 1960, p. 17.

ROCA SASTRE. *Derecho Hipotecario*, II, p. 803.

(100) ENECERUS, dice que actos de derecho o semejantes a negocios jurídicos, son aquellos actos humanos lícitos, cuyo efecto no se determina por el contenido de la voluntad, sino únicamente y con carácter forzoso por la ley. Díez PÍCAZO, dice que «la intimación de la mora es una declaración de voluntad unilateral y recepticia dirigida

El requerimiento de pago se deriva de relacionar el art. 1504 Cc con la doctrina de la mora del deudor que recoge el art. 1100 Cc. En el derecho romano, la «*interpellatio*» era un presupuesto para la constitución de la «*mora debitoris*», en las obligaciones sin fijación de término. Pero en las obligaciones a término, el vencimiento de éste se considera que constituye la mora, de acuerdo con la máxima «*dies interpellat pro hómine*».

Así García Goyena, decía respecto al requerimiento, que «en el Derecho Romano y Patrio, el día o plazo vencido «*interpelabat*», hacía las veces de requerimiento y constituía en mora: nosotros habemos establecido lo contrario en el art 1007 («para que el obligado a entregar una cosa incurra en mora, debe mediar requerimiento por parte del acreedor»), y lo aplicamos al caso de este artículo; pero si además, concurriere la circunstancia prevista en el n.º 1 del art 1007 (se incurre en mora, sin necesidad de requerimiento cuando se estipule que el sólo vencimiento del plazo lo produzca), se observará lo dispuesto en el mismo». Como se puede observar, para el autor del Proyecto, es admisible el pacto «sin requerimiento».

En el Proyecto de 1882, se recoge la exigencia del requerimiento de pago, en su art. 1533, pero sufre una amputación, al suprimir la frase «puesto en demora por un requerimiento», del Proyecto anterior, y sustituirla por esta otra, «ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial», y con ésta última redacción se transcribe en el art. 1504 Cc.

El requerimiento es la necesaria intimación al pago para que la mora exista, si el comprador no cumple o no se allana a cumplir lo que le incumbe (art. 1.101 Cc.).

2.— El otro evento condicionante de la condición resolutoria, consiste en el ejercicio por parte del vendedor de una declaración de voluntad unilateral, (que no precisa el consentimiento del comprador), y que no es fuente por sí sola de la resolución de la venta, sino que va dirigida a poner en vigor la condición resolutoria pactada, y esta última activada su vigencia, si que es la fuente de la resolución.

Según Irurzun, la notificación contiene la voluntad del vendedor de resolver la venta y ésta voluntad es la fuente de la misma resolución. Ya vimos que esta voluntad no puede ser distinta y posterior a la contenida en la cláusula resolutoria. Porque esa voluntad distinta se ejercería en uso del derecho reservado en el pacto y en contra de la misma venta, lo que nos llevaría a configurarla como una revocación, en su

---

por el acreedor al deudor, que no es un auténtico negocio jurídico, sino mas bien, lo que la doctrina denomina «actos semejantes a los negocios jurídicos», y que De Castro, ha llamado «declaraciones modificativas». Fundamentos de Derecho Patrimonial. I, pág. 673. Por tanto, este requerimiento, no es la fuente de la resolución de la venta, sino de la constitución en mora, como lo era en el derecho francés, tanto en el derecho antiguo, como en el moderno.

concepto de «contrarius actus» dirigido a la ineficacia de la venta, y la revocación sólo se aplica a los actos unilaterales, no a los bilaterales (FUENMAYOR). Tampoco puede ser que esta voluntad resolutoria precise el asentimiento del comprador para que opere la resolución, porque entonces estaríamos en presencia de otro contrato nuevo de compraventa en sentido contrario al primero, es decir, con transmisión de la cosa desde el comprador al vendedor.

El análisis y la naturaleza del poder resolutorio la hemos estudiado en el apartado VII.

f. *El requerimiento de pago del art. 1504 y el comiso enfiteútico.*

La interpretación del art. 1504 Cc, se debe relacionar con el comiso enfiteútico del Cc. que es la resolución de la enfiteúsis por el dueño directo por falta de pago de la pensión por el enfiteúta; para ello «deberá requerir de pago al enfiteúta judicialmente o por medio de Notario; y si no paga dentro de los treinta días siguientes al requerimiento, quedará expedito el derecho de aquel» (art. 1649 Cc). El enfiteúta podrá pagar dentro de éste plazo redimiendo el censo; y del mismo derecho podrán usar los acreedores del enfiteúta dentro de los 30 días siguientes de haber recobrado el pleno dominio el dueño directo (art. 1650).

La reglamentación del comiso enfiteútico también tienen inspiración francesa y concretamente en los arts. 1912 y 1913 del Code Nap., a través del Proyecto de 1851, que en su art. 1551, dice que el capital del censo no es exigible, sino en caso de quiebra o insolvencia del deudor, o cuando habiendo dejado pasar dos años seguidos sin pagar la pensión, y requerido judicialmente, no paga en el término de diez días, contados desde el requerimiento».

García Goyena, hace la exégesis de la palabra «requerido judicialmente»: «éstas palabras previenen o resuelven las muchas cuestiones a que ha dado lugar el artículo francés, y pueden verse en Rogron; el artículo de esta parte guarda armonía con el art. 1007 (requerimiento para la mora debitoris), pero es claro que no puede tener aplicación a los censos anteriores» (101).

En efecto, el comiso enfiteútico del CC quiebra la tradición jurídica española.

Tanto las Partidas (part. V,t. 8, ley 29), como el Código de Justiniano (Lib. IV,tit. 66, ley 3), habían establecido el comiso del predio enfiteútico en el caso de éste artículo.

En la Edad Media, los señores se reservaban el derecho de recobrar la finca acensuada como pena o castigo al enfiteúta por la comisión de determinadas faltas; por el influjo de los canonistas, el incumplimiento de una carga se asimilaba a la ingratitud. Las Partidas, establecían que la falta de pago de dos años, «que dende en adelante los señores della, sin mandado del juez, la puedan tomar» (ley 28,t.8.V).

---

(101) *Concordancias*, III, p. 497.

Pero a pesar de esta reglamentación, «González Serrano, comentarista de la Leyes de Toro, lo consideraba en desuso y aun dudaba que se hubiera aplicado nunca en la práctica. La sentencia de 29 de abril de 1868 estableció que la alegación de cualquier causa justa que hubiera impedido el pago del canon, relevaba del comiso, y aunque no se alegara, debía dejarse al arbitrio judicial que declarase o no su procedencia sin embargo, ni esta corriente ni el ejemplo del foro catalán que nunca admitió el comiso, lograron obtener de los redactores del cc. la supresión tan odiosa» (102).

Vemos en el comiso enfiteúatico el mismo origen que el pacto comisorio del art. 1504, y la misma finalidad, de proteger al comprador, al no bastar el impago, sino exigir además que se requiera de pago, y en el acto del requerimiento pueda el enfiteuta pagar las pensiones vencidas.

#### g. *El requerimiento de pago y la Compilación de Navarra*

La Compilación de Navarra, recoge la doctrina que defendemos, en su Ley 486, bajo la rúbrica «De la venta con pacto comisorio, concepto: «En la compraventa con precio aplazado, total o parcialmente, puede establecerse el pacto comisorio por el cual la falta de pago de todo o parte del precio en el tiempo convenido facultará al vendedor para ejercitar de pleno derecho la resolución del contrato, que sólo tendrá lugar una vez cumplido el término de un mes y un día, o el plazo mayor que se haya pactado, a contar del requerimiento fehaciente que el vendedor hiciese al comprador exigiendo el cumplimiento de la obligación. El vendedor podrá optar entre la resolución o el cumplimiento del contrato mediante la percepción del precio aplazado». Ley 487. «En caso de resolución, una vez notificada, la cosa se tendrá por no vendida, y quedará sin efecto los actos de enajenación y gravamen, así como todos los arrendamientos concertados por el comprador».

En conclusión. El requerimiento del artículo 1504, es una intimación dirigida por el vendedor al comprador a que pague y produce como consecuencia la constitución en mora. La mora del deudor comprador se produce como una consecuencia legal de la intimación o requerimiento de pago (art. 1100 Cc).

#### h. *La cláusula «sin requerimiento»*

1.— El requerimiento entendido como una intimación al pago y dentro del ámbito de la mora del comprador, puede ser concebido como ¿puede ser renunciable?

---

(102) CASTAN. *Derecho civil español común y foral*. 1950.II, p. 609. La tradición catalana derogó el comiso desde el Reconoverunt Proceres, hasta la actual ley de Censos en Cataluña.

García Goyena, llevando a las últimas consecuencias la aplicación de la doctrina de la mora del deudor al pacto de la «lex commissoria», admitía que por pacto se establezca que se incurra en mora por el solo vencimiento del plazo fijado, sin necesidad de requerimiento. De manera que se puede pactar la resolución «ope legis» por el mero hecho del vencimiento del plazo, o lo que es lo mismo, la sumisión al régimen del derecho romano según la máxima «dies interpellat pro hómine».

En el derecho francés la cláusula «sans sommation» era lícita, porque se permite estipular que el vencimiento del término constituya en mora al deudor (art. 1139 Code). La intención de las partes con esta cláusula es excluir la aplicación de la condición resolutoria tácita (art. 1184 Code), y del pacto comisorio expreso (art. 1656 Code, que exige la «sommation»), para que se produzca el efecto enérgico de la condición resolutoria ordinaria, por el mero hecho del impago al vencimiento del plazo.

Scaevola, observa que el Art. 1504, es precisamente una limitación del pacto de los contratantes, en obediencia a los principios jurídicos de orden superior que definen la responsabilidad por mora, y que la estipulación particular no puede modificar estos principios, sin desnaturalizar el pensamiento del legislador (Comentarios, XXIII, p. 735).

2.— Pero el requerimiento del art. 1504 lo configura la doctrina y la jurisprudencia española, como una intimación a la resolución de la venta, a que el comprador se allane a la resolución. Y este requerimiento resolutorio tiene carácter imperativo, es de orden público, y no puede derogarse por pacto.

Manresa, dice que «Si consultamos el espíritu del art. 1504, a poco veremos que su finalidad no es otra que procurar la firmeza y seguridad de los contratos y suministrar medios para que lleguen a efectuarse en los términos convenidos, para lo cual, el Código, sin duda se funda en poderosas razones de orden público; si atendemos a su letra, muy especialmente a la frase «aun cuando se hubiera estipulado, etc.», llegaremos a la misma conclusión. Es por tanto, para nosotros indudable que el requerimiento de que tratamos no puede renunciarse, ni en el momento de perfeccionarse el contrato, ni por acto posterior». (Comentarios, X, p. 307).

Mullerat, estima que es inderogable. (El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles. ADC. 1971, p. 528).

Rodríguez Adrados, es inderogable: «esta doctrina es a mi manera de ver indudable, y viene impuesta por el mismo tenor literal de la norma que al permitir al comprador pagar en todo caso, a pesar de cualquier estipulación, hasta que hubiere sido requerido, hace indispensable el requerimiento para conseguir el efecto de que el comprador no pueda ya pagar, y por tanto para conseguir la resolución (*ob. cit.* p. 79, 80).

La jurisprudencia está acorde con ésta doctrina y declara que la exigencia del requerimiento formal es imperativo y el pacto que la ex-

cluya o la renuncia del comprador a que se le haga por el vendedor, se tiene por no puesta. Son varias las sentencias en este sentido. Así, en sentencia de 8 de julio de 1933: «por motivos de orden público, no tiene otra finalidad (el art. 1504) que obligar a los contratantes, en las compraventas de inmuebles a procurar la firmeza y seguridad en los contratos y suministrar medios para que lleguen a efectuarse en los términos convenidos». La STS de 27 de noviembre de 1987, donde la existencia de un pacto de exclusión del requerimiento, y de la afirmación de la resolución por el simple hecho del impago del comprador en el plazo convenido, no impide la aplicación del art. 1504.

La STS de 1 de mayo de 1946 reitera la misma doctrina en el ámbito del art. 1504, y dice que «por razones de orden público a que constantemente se refiere reiterada jurisprudencia que ha motivado su interpretación, y para procurar la firmeza y seguridad de los contratos de tales naturaleza y objetividad». Sin embargo, esta misma sentencia, en el ámbito del art. 1124 Cc declara que pacto «sin requerimiento» es perfectamente admisible.

3. En mi opinión, es renunciable el requerimiento resolutorio, y no lo es el requerimiento de pago.

El requerimiento resolutorio puede ser renunciado. porque cuando el vendedor opta simplemente por exigir el cumplimiento del contrato, es que renuncia tácitamente a la resolución. Pero también puede el vendedor renunciar a la resolución de la venta por no interesarle volver a adquirir la finca. Este tipo de requerimiento ¿qué tiene de imperativo, si está dentro de la opción que tiene el vendedor entre exigir o resolver?

Sin embargo, el requerimiento entendido correctamente como una intimación al pago, para cortar la purga de la mora al comprador, sí que tiene carácter imperativo y no puede renunciarse en el ámbito del art. 1504. Así lo expresa éste precepto, «Aun cuando se hubiera estipulado» la resolución automática por impago en el día pactado, puede el comprador purgar su mora, mientras no se le requiere de pago. Lo que es de orden público, es la purga de la mora, que humaniza el contrato en favor del comprador, como lo disponían los canonistas por razón de equidad en base a las Decretales, que ordenaban que no se puede castigar por un hecho, sino que se precisaba purgar la mora («*delictum praesens cum contumacia coniunctum*»), y que los autores del «*droit coutumier*», formalizaran esta doctrina mediante la exigencia de la «*sommation*», o requerimiento de pago. Todo esto, tiene su encaje perfecto en la tradición de la «*lex commissoria*» romana, en que la resolución se derivaba en la venta del pacto expreso y como consecuencia de la mora del comprador.

Por ser un requerimiento de pago, para constituir en mora al comprador, el Juez no puede conceder nuevo plazo, por ser una contradicción que el vendedor exiga el precio al comprador y que el juez le prorrogue el pago. Por no exigirse la constitución en mora dentro del

ámbito del art. 1124, éste ordena que el juez pueda conceder un nuevo plazo.

i. *Las formas del requerimiento*

De acuerdo con la doctrina general del requerimiento resolutorio que defiende la jurisprudencia anteriormente expuesta, las formas del requerimiento pueden ser:

— Por acto de conciliación. Esta es una forma de requerimiento, y la no asistencia del comprador al acto de conciliación puede entenderse como una manifestación mas de la deliberada voluntad rebelde al cumplimiento, negándose a dar por recibidas las citaciones. Así STS de 25 de septiembre de 1982.

— Por acta notarial, con diligencia personal del Notario, aunque entregue la cédula a parientes que habiten en el mismo inmueble que el comprador. Así la STS 25 de septiembre de 1985.

— Por acta notarial de requerimiento efectuado por carta remitida por correo. Así la STS de 27 de mayo de 1985, y de 21 de junio de 1991.

En la STS de 21 de junio de 1991, el recurrente comprador «niega que haya sido cumplido el requisito previsto en el art. 1504, ya que los requerimientos efectuados mediante carta certificada con acuse de recibo remitida por conducto notarial carecen de eficacia por las imprecisiones existentes en la recepción de las expresadas cartas, así como la falta total de identificación de las personas receptoras y por supuesto la no aparición y presencia en dichas actas del demandado y su esposa». La sentencia dice que «el espíritu y finalidad del art. 202 RN, es que «la noticia» o «la voluntad» ínsitas en el acta lleguen efectivamente al destinatario, y la modificación introducida por el RD de 8 de junio de 1984, supone un criterio dulcificador del rigor formal anterior, por lo que reconoce la corrección formal del requerimiento notarial previsto en el art. 1504 Cc cuando ha sido practicado por correo en la forma establecida por el art. 202 RN, requerimiento que tendrá plena eficacia, siempre que se acredite que el mismo llegó a su destinatario».

Pero como dice R. Adrados, el acta de envío de carta no es un requerimiento notarial, sino un acta de presencia de la constancia de un hecho, que es el envío de la carta, pero el destinatario no tiene derecho a contestar dentro de la misma acta, precisamente porque no ha sido notificado o requerido notarialmente, sino que ha recibido un envío postal remitido por conducto notarial («La reforma de 1984 y el instrumento público», prólogo a la edición de la Junta de Decanos de la legislación notarial. Madrid. 1985).

Por las características de éste acta, que es de presencia del hecho del envío de una carta, y no requerimiento notarial, puesto que priva al



requerido comprador del derecho que le asiste a oponerse a la constitución en mora, por no concurrir los presupuestos legales para que ésta tenga lugar, entendemos que no es apta para cumplir la finalidad que dispone el artículo 1504. Sin embargo, si que entendemos que será apta, el acta de requerimiento notarial, con la comparecencia del vendedor solicitando del Notario que requiera de pago, y éste no la diligencie personalmente al comprador, sino utilizando los servicios de correos.

En conclusión, y de acuerdo con nuestra posición sobre este tema, entendemos que la forma correcta del requerimiento de pago para la constitución en mora es el acta notarial o judicial que contenga la intimación al pago, y el ejercicio del poder resolutorio se debe formalizar mediante la correspondiente acta de notificación, de manera subsidiaria y como consecuencia de la mora del comprador.

#### j. *El requerimiento y la notificación a terceros*

En el caso de existir adquirentes posteriores de los bienes sujetos a pacto comisorio, o titulares de gravámenes constituidos sobre los mismos, debemos plantearnos la necesidad o conveniencia de notificar a estos terceros, el requerimiento que se realiza al propio comprador primitivo.

Los terceros pueden encontrarse en estas situaciones:

— Puede ocurrir que el subadquirente haya pactado con el comprador primitivo, la *asunción de la deuda* por razón del precio aplazado sujeto a la condición resolutoria, con el consentimiento del acreedor vendedor. El primitivo comprador quedará liberado de la deuda, que la asumirá el adquirente posterior. Es a éste posterior subadquirente-deudor a quien se le debe requerir de pago y notificarle la resolución de pleno derecho caso de impago, puesto que su posición jurídica es la misma que la del comprador primitivo-deudor.

— Cuando el adquirente posterior *haya retenido o descontado* del precio la parte de deuda del precio aplazado pendiente de pago. El comprador primitivo continuará siendo el deudor, y el adquirente posterior es el que asume su cumplimiento. El vendedor con poder resolutorio, debe requerir de pago al deudor, que es el primitivo comprador, y notificar, tanto al comprador-deudor, como al subadquirente que asumió el cumplimiento del pago del precio aplazado, que si no se pagan los plazos debidos, el vendedor ejercita el poder resolutorio con la consiguiente resolución de pleno derecho de la venta.

Cuando es el subadquirente que ha retenido o descontado la deuda pendiente de pago, el que atiende el requerimiento de pago, abona este importe retenido y descontado, y provoca la extinción del crédito del vendedor, la liberación de la deuda del comprador-deudor y la cancelación de la condición resolutoria.

Cuando es el primer comprador-deudor el que atiende el requerimiento de pago, provoca la extinción del crédito y de la condición resolutoria (103).

— Cuando el subadquirente, no haya asumido la deuda, ni haya retenido, ni descontado la parte de deuda sujeta a condición resolutoria, tendrá una posición similar a la del *tercer poseedor*. Lo mismo ocurrirá cuando el tercero sea titular de un derecho real constituido con posterioridad. En estos casos el vendedor debe dirigir al comprador primitivo, que continúa siendo el deudor, el requerimiento de pago y la notificación resolutoria. Respecto a los terceros (subadquirente o titular de un derecho real), es optativo del vendedor notificarles a éstos, que ha formalizado por acta el requerimiento y notificación al comprador-deudor primitivo y que si no se pagan los plazos debidos, ejercita el poder de resolver la venta.

Cuando es el subadquirente (tercero poseedor), el que atiende el requerimiento de pago, provoca la extinción del crédito a favor del vendedor-acreedor y del poder resolutorio que le es accesorio, pero continuará como deudor el primer comprador, por lo que en éste caso, el subadquirente pagador quedará subrogado en el crédito por la parte pagada frente al comprador-deudor (art. 1211 Cc.), pero no se aplicará por analogía la subsistencia de la condición resolutoria de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118.2 LH, y por tanto no se subrogará en el poder resolutorio, para perseguir la finca puesto que ésta ya se encuentra dentro de su patrimonio, y la condición resolutoria se extinguiría por confusión.

Cuando es el tercero titular de un derecho real, el que atiende el pago, continúa el primer comprador como deudor del crédito aplazado con condición resolutoria y como propietario de la finca gravada con ésta condición. En éste caso, el tercero que ha realizado el pago al acreedor-vendedor, ¿quedará subrogado en el crédito del precio aplazado y la condición resolutoria frente al deudor-comprador? ¿Es aplicable, por analogía, el art. 131.5. LH, (se notificará a éstos terceros, y cuando pagan quedarán subrogados en los derechos del actor)?

El tercero pagador, parece que se subroga en el derecho de crédito del precio aplazado que tenía el vendedor-acreedor, porque el tercero

---

(103) Se puede plantear el problema de si es aplicable el art. 118.2 LH, es decir, si el pagador queda subrogado en la parte de crédito retenido o descontado y en el poder resolutorio accesorio, hasta que el subadquirente no le reintegre el total importe retenido o descontado. La subrogación opera mediante el pago realizado por un tercero extraño al crédito, pero no cuando el que paga sea el mismo deudor, porque se producen los efectos extintivos de la confusión. (art. 1210 Cc.). Es difícil de mantener la subsistencia de la condición resolutoria, a pesar de extinguirse el crédito de la venta primitiva. El mismo comprador tiene derecho a exigir el pago del precio que estaba aplazado mediante la retención al subadquirente que retuvo («*actio venditio*»), pero no puede mantener la subsistencia de la condición resolutoria inscrita para garantizar otro crédito distinto que ha sido pagado. Es irregular que una hipoteca no se extinga al ser satisfecho el crédito garantizado, sino que subsista para asegurar otro crédito distinto. Su admisión en la hipoteca se basa en el art. 118.2 LH; pero en la condición resolutoria no existe norma legal al respecto.

es un acreedor que paga a otro acreedor preferente, y se presume la subrogación por el art. 1210 Cc. Esta subrogación en el crédito comprenderá también la condición resolutoria, por aplicación del art. 1212 Cc («la subrogación transmite al subrogado el crédito con los derechos a él anexos...»). Pero esta subrogación goza de una protección superior a la subrogación que se deriva de la cesión de créditos, y no asume ninguna garantía frente al subrogado. No responde ni de la «veritas nóminis» (de la legitimidad del crédito), ni de la «bonitas nóminis» (de la solvencia del deudor) (104).

#### k. *La oposición al requerimiento*

La jurisprudencia registral ha declarado que cuando el comprador se oponga al requerimiento resolutorio, no puede inscribirse la resolución de la venta.

La Resolución DGRN de 29 de diciembre de 1982, así lo mantiene en base a unos razonamientos que vamos a examinar a continuación:

«Considerando que, igualmente, y según la Sentencia de 16 de noviembre de 1979, si al hacerse el requerimiento «no se allana el requerido al mismo, sino que se opone categóricamente a él, a tal resolución contractual no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada por los tribunales, y es mediante ésta, cuando no existe conformidad en las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria».

El primer fundamento, es la doctrina de STS, de 16 de noviembre de 1979. Pero esta sentencia, no se refiere al requerimiento del pacto de la «lex commissoria», porque en el caso objeto de la sentencia no hay pacto resolutorio de ninguna clase.

---

(104) Dice DÍEZ PICAZO, ¿cuál es la diferencia que separa a la subrogación en el crédito frente a la cesión de créditos? La diferencia es seguramente una diferencia de trato y de régimen jurídico, que, a su vez, obedece a una diferencia en orden a la función económica y al interés protegido. Como ha puesto de relieve BETTI, la cesión es un cauce institucional para realizar el interés de la circulación del crédito; en ésta se parte de la consideración del crédito como un bien patrimonial objeto de tráfico jurídico con el que puede comerciarse; por esta causa es siempre negocial, pero entre cedente y cesionario cumple una función de comercialización del crédito. La subrogación, en cambio, realiza en favor del subrogado en el crédito un interés de recuperación o de realización en vía de regreso de un desembolso patrimonial que le ha sido efectuado al acreedor satisfecho; no es una simple acción de reembolso, que significaría un crédito nuevo, nacido en éste instante, sino una vía de regreso para dar satisfacción a quien ha llevado a cabo en favor del acreedor una atribución patrimonial que ha resultado útil. El caso normal de subrogación es el pago de un crédito por persona distinta del deudor. El que paga o libera al deudor puede ejercitar contra éste su derecho de regreso y con éste fin se subroga en el crédito adquiriéndolo. La subrogación es una medida de protección del subrogado, superior en efecto a la concesión de una pura acción de reembolso. El subrogado ejercita el crédito inicial que adquiere y lo ejercita por tanto con su originaria integridad y con todas las facultades a él anexas, como privilegios, garantías... etc. (cfr. art. 1212 Cc.) (*Fundamentos del derecho civil patrimonial*. I. 1970, p. 801).

La alusión que hace a la «resolución contractual», en la sentencia aludida, no es la que se deriva de un pacto expreso resolutorio, porque no lo hay en el caso de la sentencia, sino que se refiere a la resolución del contrato extrajudicialmente, fuera de la vía judicial, mientras no haya oposición del comprador. Tanto esta sentencia, como todas las sentencias a que alude, se refieren a la posibilidad, cuando no hay pacto expreso resolutorio, de ejercitar la acción resolutoria del art. 1124, pero fuera de la vía judicial cuando no se oponga el comprador. La sentencia dice, que cuando el comprador acepta el requerimiento, se excluye la intervención judicial; pero cuando se opone, se suspende la resolución hasta que se declara por los tribunales (105).

Pero en el caso de pacto comisorio expreso pasa a primer término la voluntad manifestada por las partes en el contrato de que la resolución discurra por la vía extrajudicial cuando el comprador no pague el precio aplazado en el término pactado. El comprador no puede oponerse a la resolución de la venta porque éste derecho lo ha otorgado al vendedor en la cláusula resolutoria expresa, y esta oposición supondría la reserva de una facultad revocatoria, y esto iría en contra del art. 1256 Cc. que establece que la validez y eficacia de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes.

El otro argumento, es que el requerimiento se dirige a que se allane el requerido, a que no se oponga, a que preste su conformidad a la resolución.

Por la imposición de ésta exigencia, se ha llegado a decir que el art. 59 RH, «es inconstitucional, por implicar la indefensión para el comprador y privación de sus derechos, extrajudicial sin consentimiento del comprador, luego el vendedor al día siguiente pueda transmitir la finca a un tercero del art 34 LH, ... y sería imposible la recuperación de la finca» (106).

Esta doctrina la consideramos inadmisibile.

El requerimiento del art. 1504 Cc es un requerimiento de pago, dirigido al comprador, para constituirlo en mora, y poner fin a la purga de demora que le permitían los canonistas y el «droit coutumier». La resolución opera de pleno derecho, como consecuencia de la mora del

---

(105) La STS 16-noviembre- 1979, dice que «al hacerse tal requerimiento y no allanarse el requerido mismo, sino oponerse categóricamente a él, a tal resolución contractual no se pueda dar eficacia sin que sea estimada y declarada la misma por los tribunales, ya que tal requerimiento es requisito previo a la demanda, y es mediante ésta, cuando no existe conformidad en las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria».

(106) Este párrafo de la inconstitucionalidad es de J.M. GARCÍA GARCÍA, en su informe al recurso de las Resoluciones citadas de 1990 y 1991. En el mismo sentido cita a MEZQUITA DEL CACHO «Seguridad jurídica y sistema cautelar», II, p. 203. Como da por sentado la inconstitucionalidad del art. 59 RH el Registrador debe tener en cuenta la Constitución al calificar las escrituras, y que en la redacción de las escrituras con pacto comisorio, se debe decir que la resolución de la venta se produce por la notificación si consiente o se allana el comprador y en otro caso, la vía judicial.

comprador y la decisión del vendedor de ejercitar el poder resolutorio pactado. La resolución de la venta no puede ser paralizada por el comprador, porque iría contra sus propios actos, puesto que reconoció «in continenti», que el vendedor pudiera resolver la venta, y no puede «ex intervalo» oponerse a lo que se obligó. Por esto, el comprador no tiene que consentir nuevamente la resolución, puesto que ya consintió en ella cuando se celebró el contrato. Este nuevo consentimiento entre vendedor y comprador «ex intervalo» desfigura los perfiles del pacto de la «lex commissoria», y se transforma en un nuevo contrato de compraventa con desplazamiento de la cosa en sentido contrario desde el comprador al vendedor.

Vuelvo a recordar los antecedentes del art. 1504, con las palabras del Tribuno GRENIER en su discurso al «Corp Legislatif: Si l'acquéreur ne répond pas a la sommation par le paiement, le juge ne peut accorder aucun délai, et la resolution de la vente est opérée par la seule force de la convention».

Es cierto, que el comprador no puede quedar en una situación de indefensión frente al requerimiento del vendedor. El comprador puede oponerse al requerimiento de pago para evitar la situación de «mora debitoris», negando alguno de los presupuestos legales, no sólo su propio incumplimiento, sino también negando el cumplimiento íntegro del vendedor (art. 1.100, párrafo ult.<sup>o</sup>). El camino es acudir a los Tribunales de Justicia, para que éstos controlen la legalidad de los presupuestos de la resolución, que son los de la constitución en mora del comprador (107).

El comprador no queda indefenso y puede oponerse al requerimiento de pago, pero no basta la simple oposición verbal en la contestación del acta de requerimiento, sino que se precisa la prueba fehaciente de haber realizado su pago; o que el vendedor no ha cumplido íntegramente su obligación por lo que el comprador puede pedir al juez un pronunciamiento sobre la legalidad de los presupuestos de la resolución. El Registrador podrá suspender la resolución de la venta, hasta que el juez se pronuncie.

En conclusión. El comprador no puede oponerse a la misma resolución de la venta, porque iría contra el propio pacto resolutorio que atribuye al vendedor la facultad de resolver, y supondría, por el contrario, atribuir al comprador una facultad revocatoria no pactada. Y en

---

(107) Así lo entiende BORRICARD, cuando dice: «Si le juge peut être amené a intervenir, ce n'est pas pour prononcer la resolution, puisque la clause lui retire le droit d'apprécier l'opportunité de la résolution. Son rôle se réduit a constater une résolution qui s'est effectué en dehors de lui». Distigue este autor entre la sentencia declarativa y la constitutiva de derechos. La sentencia es declarativa porque constata la resolución que se produce por el juego de una cláusula resolutoria, pero cuando la sentencia declara la resolución es constitutiva de derechos. Por tanto la sentencia en este caso no es constitutiva de derechos, porque no declara la resolución misma. «La clause resolutoire expresse dans les contracts». *Revue. Droit. Civ.* LV, pp. 451 y 542.

consecuencia, el comprador tampoco podrá oponerse a la reinscripción a favor del vendedor.

Pero el comprador sí puede oponerse en el momento del requerimiento de pago y constitución en mora, alegando que no se cumplen sus presupuestos, como el incumplimiento del vendedor, o el cumplimiento del comprador. Y en consecuencia si que por éste camino el comprador puede solicitar al Registrador de la Propiedad que proceda a suspender la reinscripción a favor del vendedor (108).

### 1. *Efectos de la constitución en mora*

El comprador que no ha atendido al requerimiento de pago formulado por el vendedor, incurre en una situación de morosidad que comporta para el comprador deudor una especial responsabilidad: que se produce en dos terrenos: por los daños y perjuicios que el retraso en el cumplimiento le ocasione al vendedor-acreedor, y por la pérdida o destrucción fortuita de las cosas debidas.

1.— El comprador deudor debe indemnizar al vendedor acreedor de los daños y perjuicios que le ocasione el retraso en el pago del precio de conformidad con el art. 1101 Cc. La indemnización comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante según el art. 1106 Cc.

Al ser el pago del precio de la venta una obligación dineraria, el daño sufrido por el vendedor será el no haber dispuesto del capital y no haberse, por consiguiente, beneficiado con sus frutos, concretados en el interés devengado por dicho capital. Así lo establece el art. 1108 Cc, al decir que la indemnización por la mora, «no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal».

De manera que el requerimiento de pago no atendido produce que el comprador deba aquello que expresamente haya sido pactado para el caso de mora, y si no hay pacto especial, deberá los intereses moratorios. El art. 1501 Cc, dispone que «El comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio.... Si se hubiere constituido en mora, con arreglo al artículo 1.100».

---

(108) MARTÍNEZ SANCHIZ propone que en caso de oposición del comprador a la propia resolución de la venta, se lleve a cabo la reinscripción a favor del vendedor, pero con una simultánea reserva de puesto por el tiempo que se predetermine en favor de una posible anotación por eventiva de demanda solicitada por el comprador. Sería una modalización contractual de los efectos resolutorios. El plazo de caducidad sería, por imitación del art. 45.2 LH, el de 180 días. («El deterioro del pacto resolutorio en la JH». ADC. p. 43).

El comprador moroso será responsable de los riesgos por la pérdida o destrucción fortuita de la cosa comprada hasta que se realice la entrega.

La mora del deudor producía en el derecho romano la «perpetuatio obligationis» que era una agravación de la responsabilidad. El deudor moroso no puede exonerarse por la pérdida fortuita de la cosa debida. No obstante la jurisprudencia imperial y el derecho justiniano, admitieron que el deudor se liberara demostrando que el acreedor hubiera perdido igual la cosa si ésta le hubiera sido puntualmente entregada.

En nuestro derecho, según Díez Picazo, parece subsistir esta «perpetuatio obligationis» en los arts. 1096.3 Cc (serán de cuenta del deudor moroso, los casos fortuitos hasta que se realice la entrega), y el art. 1182 (la obligación de entregar la cosa se extingue cuando la cosa se pierde o destruye «sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora»). No obstante, estos preceptos parecen un residuo de la originaria responsabilidad objetiva del deudor poco coherente con la valoración espiritual de la conducta del Derecho Moderno. (*Fundamentos...* I, p. 676.) Albaladejo, entiende que no debe responder el deudor por caso fortuito cuando éste hubiera podido afectar a las cosas, aunque se hubieran encontrado en poder del acreedor.

Estas reglas deben ser matizadas en la compraventa, por la «compensatio morae» del art. 1100.3, «En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe». Lo que significa que el vendedor debe tener cumplidas sus obligaciones íntegramente, para que el efecto de la mora se produzca.

## C. LA CONSIGNACIÓN DEL PRECIO RECIBIDO Y LA CLÁUSULA PENAL

### a. *La consignación del art. 175,6 RH: génesis y evolución*

El art. 175.6 RH, actual se refiere a varios supuestos de cancelación, *sin* el consentimiento del titular registral, que operan automáticamente, por estar el derecho extinguido.

La Dirección General en varias Resoluciones, y un sector de la doctrina, estima que la consignación del precio por parte del vendedor es un requisito previo para la inscripción de la resolución de la venta (reinscripción a favor del vendedor). Veamos lo cierto de ésta tesis, en los antecedentes del art. 175.6 RH. siguiendo a Roca Sastre (*Instituciones..edic. 1941, pp. 477 y ss.*).

La LH de 1861 y su Reglamento silenciaron este tipo de cancelación automática, porque solo previeron la cancelación *con* consentimiento del titular registral en sus art. 82 y 83 LH.

Pero el principio de la cancelación *sin* el consentimiento del titular ya se manifestó en el RH de 1870, en su art. 72, que admitió la cancelación, en ciertos casos, sin necesidad de consultar al titular inscrito.

Pero los Registradores fervorosos seguidores de la LH de 1861, y la propia Dirección General, prescindieron del art. 72 RH, aplicando estrictamente el art. 82 LH. La Resolución de 19 de enero de 1.877, llegó a declarar que lo dispuesto en el art. 72 RH no podía derogar total o parcialmente el precepto claro y terminante del art. 82 LH.

Sin embargo, fuera del ámbito registral, la tendencia era favorable a la cancelación automática. La Real Orden de 27 de septiembre de 1867 (recogida en el actual art. 177 RH) admite la cancelación automática del derecho de retracto convencional. La sentencia 6 de diciembre de 1876, declaraba que la venta de una finca hipotecada hecha judicialmente para pagar el crédito a que estaba afecta anulaba de derecho las demás inscripciones posteriores, pasando al comprador dicha finca libre de los referidos gravámenes.

Para poner fin a esta situación, en que la Dirección General y los Registradores hacían caso omiso del RH, vino el Real Decreto de 20 de mayo de 1880, que admitía supuestos de cancelación *sin* consentimiento del titular registral, y establecía que «para cancelar las inscripciones de constitución de derechos reales impuestos sobre bienes vendidos sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias, exige, además del documento que acredite haberse anulado o rescindido la venta, otro en que conste que se ha consignado en la Caja de Depósitos, el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto» (109).

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, desarrolló el RD de 1880, en sus arts. 1518 y 1519, aplicándolo a la cancelación de las hipotecas posteriores a la de la hipoteca que se ejecuta. La Real Orden de 10 de diciembre de 1883, extendió esta doctrina a los gravámenes y anotaciones posteriores a la hipoteca que se ejecuta.

La LH de 1909, a pesar de la amplia autorización para armonizar las disposiciones dictadas en ésta materia, tampoco recogió los preceptos del RD de 1880, relativos a la cancelación sin consentimiento del titular, lo que constituyó un punto criticable.

Pero fue el RH de 1915, el que incluyó las disposiciones del RD de 1880, y RO de 1883 en sus arts. 150 y 151.

---

(109) Como dicen GALINDO y ESCOSURA, este Real Decreto provocó una amplia discusión en todos los medios, en las Cortes, en la prensa política, en la profesional y hasta en particulares conversaciones. Algunos quedaron alarmados por su publicación presagiando perjuicios y perturbaciones. Para BIENVENIDO OLIVER, dicha disposición había derogado un principio fundamental del sistema germánico. Pero como dice ROCA SASTRE, este RD no introducía cambio alguno, pues no hacía mas que recordar un principio que en el RH ya existía y adaptarlo a los casos de los arts. 107 y 109 LH.



El art. 150 impone la cancelación automática, sin consentimiento de sus titulares cuando quede extinguido el derecho inscrito (110).

El art. 151 dispone la cancelación de las inscripciones cuya existencia no depende de la voluntad de los interesados (111).

Este precepto y sus antecedentes se refieren claramente a la cancelación automática de los derechos constituidos posteriormente sobre bienes que ya están sujetos a condición resolutoria, (es decir, cuando haya terceros), para lo cual, se precisaba poner a disposición de estos titulares el valor o precio que haya de ser devuelto en su caso.

El RH actual ha reproducido en los arts. 175 y siguientes el contenido de los arts. 150 y 151 del RH de 1915, con algunas variaciones. El art. 175.6 RH recoge en su párrafo 2.º, el contenido del RO de 1880 y RH de 1915, que se refieren a la cancelación de los derechos reales constituidos posteriormente sobre bienes ya sujetos a condición resolutoria.. Pero introduce un nuevo párrafo 1.º para las ventas de bienes sujetos a condiciones resolutorias. Como advierte LA RICA, el art. 175.6 distingue entre la cancelación de las ventas a favor de subadquirentes en el párrafo 1.º y la de los derechos reales posteriores, en el párrafo 2.º (Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario. Madrid. 1948. En conclusión:

Los presupuestos legales del art. 175.6 RH:

En el ámbito subjetivo, sólo se refiere a los terceros.

En el ámbito objetivo, la consignación sólo comprende el importe de los plazos que con las deducciones, que en su caso procedan, y haya de ser devuelto.

En el ámbito registral, solo se refiere a la cancelación de los asientos a favor de terceros, y sin consentimiento de éstos.

Así se desprende de la evolución histórica expuesta, y además de una Resolución DGRN, 3 de junio de 1961, que, limita la exigencia de la consignación, para poder cancelar las cargas o gravámenes constituidas por el comprador de los bienes sujetos a condición resolutoria, siempre que no se haya estipulado expresamente como cláusula penal un derecho del vendedor a retener en todo o en parte el precio recibido.

(110) «Las inscripciones verificadas en virtud de escritura pública podrán cancelarse, sin que preste su consentimiento la persona a cuyo favor se hayan hecho, o sus causahabientes o representantes legítimos, y sin necesidad de que recaiga la providencia ejecutiva., cuando quede extinguido el derecho inscrito por declaración de la ley resulta así de la misma escritura inscrita» art. 150 RH de 1915.

(111) «6. Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias, y las de constitución de derechos reales impuestos sobre los mismos, podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta o constitución, y que se ha consignado en la Caja de Depósitos el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto».

### b. *La jurisprudencia registral*

La Resolución DGRN de 17 de noviembre de 1978, se separa de anterior orientación, y exige la necesidad de la consignación, en el ámbito subjetivo, haya o no terceros, pero dejando a salvo las deducciones procedentes. Veamos como lo dice: «Los mencionados preceptos (arts. 1504 Cc y 59 y 175.6 RH), introducen un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor que le permite obtener la reinscripción de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento por el comprador de sus obligaciones de pagar el precio a través de un procedimiento caracterizado por el automatismo, pero que por su mismo rigor debe ser examinado con todo tipo de cautelas, a fin de salvaguardar los posibles derechos de todos los interesados y terceros y evitar que el vendedor —en particular en los casos en que se ha pactado en concepto de indemnización que puede apropiarse de la parte del precio ya entregada —, por su sola voluntad, y sin la intervención de los tribunales, pueda decidir unilateralmente una cuestión, en la que, por otra parte el art. 175.6 RH. solo le autoriza a realizarla en el supuesto de que devuelva el importe de los plazos recibidos con las deducciones que en su caso procedan, mediante la consignación en el correspondiente establecimiento bancario o Caja de Ahorros».

La Resolución de 29 de diciembre de 1982, exige la consignación total sin deducciones para que tenga lugar la reinscripción a favor del vendedor. Así declara, que además de los requisitos del art. 59 RH es preciso, que «se haya realizado por el vendedor aquellas obligaciones derivadas de la propia cláusula pactada, como podría ser en su caso la consignación, de acuerdo con el art. 175.6 RH del valor del bien vendido o del importe de los plazos, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal cuando pueda tener aplicación la corrección judicial prescrita en el art. 1154 Cc.».

Las Resoluciones de 16 y 17 de septiembre de 1987, reproducen este considerando, solo que suprimen el párrafo final, «cuando pueda tener aplicación la corrección judicial».

La Resolución de 4 de febrero de 1988, dice que el art 175.6 RH, no precisa a favor de quien deba verificarse la consignación, pero que por similitud con las hipótesis de los arts 107.7 RH. (bienes vendidos a carta de gracia que se hipotecan), art. 131.2.17 LH (consignación a favor de hipotecas posteriores), art. 175.2 RH (consignación a favor de créditos posteriores) y 4 RH (consignación de la cantidad subhipotecada a favor del hipotecante), establece que la consignación debe hacerse, por subrogación real, tanto en favor del comprador, como en favor de los titulares de gravámenes posteriores, aunque estos podrían unilateralmente eximir al vendedor, por su parte, de la obligación de consignar.

Las Resoluciones de 5, 6, y 7, de febrero de 1990, sigue la misma amplitud subjetiva que la anterior Resolución, y dispone que la consignación se impone, tanto en favor del comprador primitivo, como de los

terceros, pero respecto de la amplitud objetiva, exige la consignación global de todas las cantidades que el vendedor hubiera recibido del comprador, como presupuesto de la operatividad registral de la resolución; el efecto subrogatorio se opera respecto de una parte, después de hechas las detracciones que procedan según el contrato.

Las Resoluciones 8, 9, 10, 11, 14 de octubre de 1991 declaran que «es indudable la necesaria consignación, en caso de resolución, tanto del precio abonado como de los intereses satisfechos, pues unos y otros integran la contraprestación del comprador que equilibra la transmisión dominical perseguida, sin que sea suficiente establecer que el vendedor consignará el precio pagado en el momento de ejecutar la resolución».

En conclusión, según esta jurisprudencia registral, el art. 175.6 RH, tiene:

En el ámbito subjetivo una mayor extensión, y se refiere tanto al comprador-deudor, como a los terceros.

En el ámbito objetivo, comprende todo lo recibido por el vendedor, precio e intereses, «que con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto».

En el ámbito registral, es requisito para la reinscripción de la finca a favor del vendedor, y la cancelación de los asientos a favor de terceros.

En el ámbito extrarregistral, el vendedor, si que debe hacer las detracciones pactadas, y el resto, quedará afecto al pago de las cargas, y la distribución serán debidamente actuadas judicialmente.

Por nuestra parte, vamos a intentar replantear nuevamente el sentido que tiene la consignación, para desenredar la madeja de la jurisprudencia registral, aunque soy consciente de la dificultad de ésta empresa. Por esto, voy a analizar a continuación, la consignación en el plano subjetivo y en el objetivo o cuantitativo, y en el plano registral.

### c. *La consignación y los terceros*

Entendemos que la consignación se exige sólo en el caso de existir terceros, sean estos subadquirentes de la cosa, o sean titulares de derechos reales o cargas posteriores a la venta con pacto comisorio expreso, y la consignación tiene por finalidad la cancelación de los asientos practicados a favor de los terceros, como se deduce de los antecedentes históricos expuestos y de la Res. DGRN de 3 de junio de 1961.

El art. 175.6 RH en el segundo párrafo, se refiere a la cancelación de los derechos reales posteriores (es decir, se refiere a los terceros titulares de derechos reales); y en el primer párrafo, se refiere a las ventas posteriores de bienes *ya sujetos* a condiciones resolutorias (es decir, se refiere a los subadquirentes de bienes gravados con condición reso-

lutoria). En ambos casos la cancelación se opera automáticamente y sin intervenir en absoluto los terceros.

El supuesto del art. 59 RH, tiene un ámbito subjetivo limitado al vendedor y comprador (no a los terceros), y el registral (reinscripción a favor del vendedor), pero silencia en absoluto la necesidad de consignar el precio recibido por el vendedor.

Lo que entendemos que no es admisible, es hacer una aplicación conjunta de ambos artículos reglamentarios.

La aplicación del art. 175.6 RH, (que es un caso de cancelación de una carga a favor de un tercero), al art. 59 RH, (que es un caso de reinscripción a favor del vendedor), daría lugar al absurdo de que una misma situación jurídica, la resolución de la venta con pacto comisorio, tendría un tratamiento registral diferente: en el art. 59, sería una reinscripción a favor del vendedor, con intervención y consentimiento del propio titular registral del poder resolutorio; sin embargo, en el art. 175.6, RH, sería un asiento de cancelación automática, sin intervención del titular registral; en este caso, los únicos que no intervienen son los terceros adquirentes o titulares de derechos reales posteriores.

La consignación del art. 175.6 RH, es un presupuesto para cancelar los asientos a favor de terceros, sin el consentimiento de éstos; no es un requisito previo para que opere la resolución de la venta. Este precepto antepone la resolución de la venta y la consignación, a la cancelación de los asientos a favor de los terceros, al decir que se practicará «presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario... el importe de los plazos...». Este precepto no se refiere a inscripción de la resolución de la venta (que está regulado en el art. 59 R.H.), y menos aún, que la consignación sea presupuesto de ésta.

La doctrina española, también limita el ámbito de la consignación a la existencia de terceros adquirentes o titulares de cargas posteriores. Así, Roca Sastre (D. Hipotecario. p. 275. III), Rodríguez Adrados (*ob.cit.* p. 92). Para Molina García en el caso de estipularse en la cláusula la exigencia de la consignación del precio, prima la autonomía de la voluntad y la consignación se basaría en la propia estipulación (Molina García, La resolución de la compraventa de inmuebles. Madrid, 1981).

Martínez Sanchiz, entiende que la consignación solo es necesaria cuando existan terceros, por existir una concurrencia de varios acreedores sobre un mismo crédito en base al art. 1176 Cc. (El deterioro... p. 1199).

#### d. *La consignación y su ámbito cuantitativo*

La extensión cuantitativa de lo que tiene que restituir el vendedor se refiere al precio percibido, a la devolución de los intereses, y a la amplitud de las detracciones pactadas por la cláusula penal.

Estas restituciones como reconoce la jurisprudencia registral citada, se desenvuelven en dos vertientes o planos distintos, a saber:

Uno se refiere al plano meramente registral, es decir, el «quantum» que debe restituirse para conseguir la cancelación de los asientos a favor de terceros, y no como erróneamente dispone la jurisprudencia, para conseguir la reinscripción a favor del vendedor que resuelve. El otro se refiere al plano material o extrarregistral, es decir, como debe distribuirse el precio que se devuelve; una parte para atender al interés del vendedor en el precio, y la otra, para atender al interés de los terceros posteriores (112).

Pues bien, en estos dos planos, registral y extrarregistral, vamos a analizar la cuantía de la restitución.

1.— Restitución de los intereses.

& En el plano extrarregistral.

Ya vimos con anterioridad, que es válido el pacto por el que se extiende la cobertura de la condición resolutoria expresa a la obligación del pago de los intereses, según reiterada jurisprudencia registral (Resoluciones de febrero de 1990 y de octubre de 1991).

Los intereses no son accesorios del precio aplazado, sino que están en correspondencia con el uso y disfrute de la cosa, como antes se ha visto. Así el art. 1501 Cc., dispone que el comprador pagará intereses si la cosa vendida y entregada produce frutos o renta.

Los intereses *pactados* no deben restituirse porque son la compensación al vendedor por el uso y disfrute del inmueble por parte del comprador.

Pero el comprador que no ha atendido el pago y constituido en mora, deberá abonar, además, los intereses legales *moratorios*, desde que se constituyó en mora, por aplicación del art. 1501.3 Cc.

& En el plano registral, la jurisprudencia citada, exige para la reinscripción de la finca al vendedor, la consignación del precio y los intereses satisfechos, «pues unos y otros integran la contraprestación del comprador que equilibra la transmisión dominical perseguida, sin que sea suficiente establecer que el vendedor consignará el precio pagado

---

(112) La Resolución de 6 de febrero de 1990, se hace eco de estas diferencias y declara: que a efectos registrales es suficiente, para que el vendedor consiga la reinscripción a su favor, con la consignación global de las cantidades que el vendedor haya recibido del comprador, pero que no implica que pertenezcan al comprador y de modo definitivo. Por esto, en el aspecto material, se deben tener en cuenta los intereses de los que participan en la titularidad del bien: por una parte el interés del vendedor en el precio que éste devuelve y hechas las deducciones que procedan según el contrato; por otra parte, se debe de tener en cuenta el interés de los titulares de las cargas o gravámenes recayentes sobre el bien rescatado que deben extinguirse al operarse la resolución, por lo que otra parte de lo consignado quedará afectada al pago de estas cargas; y otra parte de lo consignado se integrará indiferenciadamente en el patrimonio del comprador para servir de garantía a sus acreedores; y todo esta distribución debe ser consecuencia de las previsiones contractuales estipuladas, debidamente actuadas judicialmente.

en el momento de ejecutar la resolución». (Res. DGRN 8, 9, 10, 11, 14 octubre 1991).

A esta doctrina se debe añadir y aclarar que el precio e intereses son la contraprestación del comprador, pero el precio es el que equilibra la transmisión dominical y los intereses el uso de la cosa. Los intereses son la remuneración del tiempo que el comprador ha usado la cosa, y si se devuelven, tendrá el comprador un enriquecimiento sin causa.

### 2.— Restitución del precio percibido

El problema es el de si debe restituirse todo el precio, o solo la parte que resta despues de realizadas las deducciones que en su caso procedan.

& En el plano extraregistroal.

Se puede pactar la detracción de una parte del precio, para retenerlo el vendedor, a título de arras, o al de cláusula penal.

### 3.— La restitución del precio: las arras y cláusula penal

Para abordar este tema, es preciso recordar los distintos tipos de arras y la función que tuvieron en nuestro derecho patrio.

Las arras romano-clásicas tenían una función confirmatoria, o de prueba de la celebración del contrato de venta. «Argumentum est emptionis et venditionis contracta» Inst. de Gaio, III, 139.

Las arras justinianeas, introducidas por los compiladores bizantinos, de su pérdida por el comprador o la devolución del duplo por el vendedor, caso de arrepentimiento, tenían una función penal (no penitencial que se confundía con el arrepentimiento, según D'Ors.). Las arras intervenían tanto en los contratos imperfectos, como en los contratos perfectos, y en ambos, tienen la función de penar el desistimiento del contrato.

Pero el texto del Digesto (18, 3, 6,), aplica las arras a la venta con «lex commissoria», con otro efecto, que es la de retener el vendedor lo que se dió por razón de las arras. Las discusiones de los romanistas sobre el tema se expuso con anterioridad. La opinión de Wieacker, es que el texto del Digesto se refiere a una venta, no clásica productora de obligaciones, sino a una venta griega, similar a la posclásica, productora de efectos reales, con arra penal, cuya función es la de proteger el vendedor del impago del precio. Esta opinión es la mas coherente con la ley y las costumbres del derecho patrio.

En el derecho visigótico, la reglamentación de las arras, se contiene en el Liber y Fuero Juzgo (ley 5, 4, 4,), que pasaron al Fuero Real en la ley 3, 10, 2, cuando dice que si el vendedor tomare señal, y el comprador no pagare el precio, pierda la señal, e non vala la vendida.

Las Partidas, reglamentan las arras justinianeas del arrepentimiento con la pérdida o la devolución doblada en la Partida V, V, VII.

Pero el Rey Sabio, no se limitó a transcribir el derecho romano justiniano, sino que, como dice Otero, también recogió el derecho de nuestros Fueros medievales y del Fuero Real. Así ocurre en la Partida,

V, V, XXXVIII, que regula la venta con «lex commissoria», mediando arra, y dice «que si el comprador no paga aquel día», «gana por ende el vendedor la señal, o la parte de precio que le fue dada».

Dice Benito Gutiérrez, que si el optase por rescindir el contrato podría retener la señal o parte del precio que se le hubiere entregado, y el comprador no deberá restituir los frutos que hubiese sacado de la cosa, sino los que excedan del precio que entregó. Mas si el comprador renunciase a la señal y parte del precio recibido, el comprador deberá devolver todos los frutos recibidos (113).

De acuerdo con esta tradición se puede pactar la retención que puede hacer el vendedor configurándola con arras penales, y no como cláusula penal. Pero mientras la cláusula penal, no implica entrega actual antes del incumplimiento por parte del deudor, sino solo una obligación accesoria para el caso de que la obligación principal se incumpla. En cambio, en las arras si hay entrega por el deudor, antes de su incumplimiento, precisamente por la doble función que desempeñan las arras: si no hay incumplimiento, las arras entregadas por el deudor se consideran como cumplimiento, como pago parcial del precio. Si hay incumplimiento funciona como medida fijada anticipadamente de la indemnización que corresponda. Pero tiene una particularidad, y es que la entrega no se produce en un único acto, sino que puede producirse sucesivamente en varios, tantos como pagos parciales haya.

Pero el pacto por el cual, el vendedor podrá retener a título de indemnización de daños y perjuicios la totalidad o una parte de las cantidades satisfechas a cuenta del precio, tanto la doctrina como la jurisprudencia convienen que éstas cláusulas tienen naturaleza de cláusula penal. Estas están sujetas al control judicial con la posibilidad de ser moderadas (reducida) por los Tribunales, por el art. 1154 Cc cuando el importe indemnizatorio que resulte de su aplicación sea desproporcionado, excesivo o abusivo (114).

Tanto, si se configuran como arras penales, como si se configuran como cláusula penal, siempre están sometidas a la moderación judicial del art. 1154 Cc y por consiguiente a la posibilidades de reducción del importe indemnizatorio que resulte de la aplicación de éstas cláusulas. (Albaladejo, Díez Picazo...).

#### 4.— La moderación judicial.

Los principios que rigen la moderación judicial del art. 1154 Cc. siguiendo a Jordano Fraga, son los siguientes:

a'.— La moderación judicial del art. 1154 Cc tiene carácter imperativo, y no puede ser excluido por voluntad de las partes. De manera que se considerará como no puesto, el pacto entre el vendedor y

(113) B. GUTIÉRREZ, *Tratado de las obligaciones*. Madrid, 1877, IV, p. 348.

(114) ALBALADEJO, *D.º civil*, I, 1, p. 269. GARCÍA CANTERO, *ob. c.* p. 434. RZ. ADRADOS, *ob. c.* p. 89. STS 3 de marzo de 1967, y STS 7 de diciembre de 1990.

comprador de excluir la aplicación del art. 1154 Cc, así como la renuncia del comprador que tenga tal contenido (115).

b'.— El control judicial se aplica «ex officio» por los órganos jurisdiccionales a los que la ley ordena su realización, y sin necesidad de una petición de parte del comprador incumplidor (116).

c'.— La moderación judicial del art. 1154, se aplica a los casos de incumplimiento del deudor, no solo parcial como literalmente dice éste art., sino también el total, pues la finalidad del 1154 es corregir todas las cláusulas penales que sean abusivas o desproporcionadas para el deudor incumplidor (117).

La cláusula por la que el vendedor retiene la totalidad de las cantidades satisfechas por el comprador presenta dos riesgos de signo contrario, según Jordano Fraga:

— Si el nivel de cumplimiento del comprador ha sido elevado, la cláusula deberá reducirse ex art. 1154. Por esto, las partes en previsión de éste riesgo, suelen establecer un tope máximo a la indemnización

(115) Admite la renuncia a la moderación del 1154, M. SANCHIZ, pues si la facultad moderadora de los Tribunales sólo existe respecto del incumplimiento parcial (no en caso de incumplimiento total (art. 1154 Cc) puede preverse convencionalmente para lo menos —incumplimiento parcial— lo que la ley prevé para lo más. (*El deterioro... ob. cit.*).

(116) Existen dos sentencias (STS de 20 noviembre de 1970 y 30 de junio de 1981) que sostienen la necesidad de la petición por parte interesada a efectos de proceder a la moderación moderación judicial: su doctrina es ésta:

«Al expresar el legislador que el juez modificará equitativamente la pena, cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, no está imponiendo un deber de imperativa observancia, con independencia de las alegaciones de los litigantes, ya que afirmar, que la modificación se hará de manera equitativa implica algo consustancial con la valoración y apreciación discrecionales, que es ajeno a la idea de un mandato imperativo, e implica la necesidad de que sea solicitado por aquel a quien interese. Critica JORDANO FRAGA estas sentencias. La verdadera «ratio», de la STS de 1981, no fue la falta de petición de la moderación judicial por el sujeto interesado, sino que el Tribunal no Supremo, no apreció en la cláusula penal de autos desproporción o abuso. En la de 1970, la «ratio» del rechazo de la moderación judicial fue que la infracción del art. 1154 se planteó, a efectos de casación, como una cuestión nueva. Añade este autor, que no es necesaria la petición del interesado, porque ésta no figura en el supuesto de hecho del art. 1154, como un requisito de su aplicación, sino que la simple presencia de la desproporción o el abuso es la hipótesis fáctica ante la que se ordena reaccionar a la autoridad judicial, sin necesidad de petición de parte (*ob. cit.* pp. 195 a 197).

(117) La gran mayoría de la doctrina limita el ámbito del art. 1154, sólo a los casos de incumplimiento parcial. Así ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 1, p. 266-267. LA CRUZ-SANCHO, *Elementos...* II, 1, p. 382). Pero arguye JORDANO FRAGA: «Esta doctrina no repara en el dato, de que la penalización de que se habla prevé, por hipótesis, la existencia de un incumplimiento parcial (y no total) y que, en su propia previsión, ajusta gradualmente el importe de la penalización/indemnización a los distintos grados posibles de cumplimiento parcial por el comprador: para cada grado parcial una indemnización (una cantidad de dinero retenida) distinta. Una tal cláusula, con arreglo a los planteamientos de la doctrina mayoritaria, nunca podría judicialmente reducirse, al existir una perfecta adecuación, en cada caso, entre la pena convencional que se aplica y la medida de pago parcial a que se corresponde. Y en cambio, si que lo es para la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria. (JORDANO FRAGA, *ob. c.* p. 202).



por resolución, fijado en un porcentaje del precio total convenido (un 25% se ponía en la Res DGRN de 2 de febrero de 1988), o un tope máximo, por cada año transcurrido desde la celebración del contrato del 20% del precio total.

— Si el nivel de cumplimiento del comprador es nulo o mínimo, se deberá pactar un tope mínimo de indemnización a satisfacer por el comprador, que será la diferencia entre el mínimo pactado y las sumas inferiores efectivamente pagadas al vendedor a cuenta del precio (118).

5.— Inscripción de la cláusula penal.

Un sector de la doctrina, consideran que la cláusula penal tiene un alcance obligacional, y que no debe inscribirse en el Registro, porque sólo tienen acceso registral, los derechos con transcendencia real (art. 2 LH).

La jurisprudencia, admite su inscripción, en la Res. de 6 de febrero de 1990, y en el bloque de 1991 y 1992.

— Declara inscribible la cláusula penal prevista para caso de resolución frente al criterio del Registrador que la negaba por tratarse de estipulaciones personales carentes de transcendencia real. Transcribo el considerando: «Dada la unidad negocial configurada en concordancia con la finalidad práctica perseguida, la supeditación del efecto restitutorio real al simultáneo cumplimiento de cierto contenido obligacional, así como la posible actuación extrajudicial del supuesto y la hipotética aparición de terceros interesados, se produce una íntima conexión entre las varias estipulaciones integrantes, de modo que la eficacia plena de cada una de ellas no puede determinarse aisladamente sino en conjunción con las restantes; por ello, la plasmación registral del negocio no puede realizarse exclusivamente en función de la naturaleza básica, real u obligacional, de cada una de sus estipulaciones, sino que junto a este criterio ha de procurarse la no desnaturalización de la autonormación de los intereses particulares efectuada por los otorgantes dentro de los límites legales (arts. 1255 CC; 2 y 9 LH; 7 y 51 RH)».

— Declara que la cláusula penal es conveniente y necesaria su inscripción para la mejor claridad de los derechos de los terceros adquirentes posteriores de bienes resolubles. Dice la Resolución: «Como a efectos registrales es suficiente con la consignación global.... podría invocarse la no necesidad de constatación tabular de la cláusula penal estipulada. Mas no puede ignorarse que tal omisión produciría una innegable ambigüedad sobre el alcance del mecanismo subrogatorio implícito en la resolución, respecto de los posibles adquirentes posteriores del dominio o de un derecho real sobre el bien resoluble; éstos desconocerán si ese silencio registral implica la definitiva extensión de sus expectativas subrogatorias a todas las cantidades abonadas por el comprador o si', por el contrario, habrán de atenerse en cuanto a dicho extremos al concreto contenido contractual estipulado. Por todo

ello, y habida cuenta de las exigencias de claridad y precisión de los pronunciamientos registrales y de la necesaria expresión en el asiento de todos los pormenores del título que definan la extensión del derecho inscrito (arts. 9-2.º LH, y 51-6.º RH), debe mantenerse la consignación registral de las cláusulas penales que acompañan a las previsiones resolutorias explícitas.

La Dirección General admite la conveniencia de la inscribibilidad de la cláusula penal; sin embargo, exige la consignación global para la reinscripción a favor del vendedor, sin que quede afectada por el resultado de la decisión judicial sobre el porcentaje de lo devuelto que corresponda al comprador o a los terceros.

El pacto de arras, que implica una retención dineraria inmediata y gradual por el vendedor de carácter real, es perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad. Mientras que a la cláusula penal se le alega su carácter obligacional, que le impediría su acceso al Registro.

#### e. *La consignación de las letras*

Cuando la obligación de pagar el precio está representada por letras de cambio, la obligación de consignar el precio se traduce, en la de consignar las letras, para conseguir la reinscripción a favor del vendedor.

La Resolución DGRN, de 29 de diciembre de 1982, abordó este tema. Así dice su Considerando: «Que al igual que sucede en materia de hipoteca cambiaria —como pusieron de relieve, entre otras, las Resoluciones de 26 de octubre de 1973 y 31 de octubre de 1978— en que para proceder a la ejecución hipotecaria se requiere que el acreedor presente y tenga en su poder las restantes letras todavía no vencidas, a fin de evitar una doble ejecución, la derivada de la hipoteca y la derivada de la acción cambiaria, en los casos en que se haya pactado en una compraventa con precio aplazado que la falta de pago de una letra da lugar a la resolución, será necesario que el vendedor ponga a disposición del comprador todas las letras todavía no vencidas y pendientes de pago por el deudor».

La analogía entre ambas figuras es relativa. En la hipoteca cambiaria, el tenedor de la letra garantizada con hipoteca tiene dos acciones, una hipotecaria y la otra cambiaria y por tanto puede haber doble ejecución. En la condición resolutoria, el vendedor tiene la posibilidad de ejercer su poder resolutorio contra el comprador, y el tenedor de las letras que representan la obligación de pagar el precio aplazado de la venta, puede ejercer la acción cambiaria contra el aceptante comprador.

La consignación en los casos de letras de cambio tiene algunas especialidades:

— Que el vendedor debe poner a disposición del comprador todas las letras no vencidas. Esta obligación de consignar debe actuar, tanto en la hipótesis de la existencia de terceros, como la de entre partes.

— Que esta obligación de consignar puede suplirse con la restitución de su importe cuando las letras no sean rescatables por haberse descontado.

## XI. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

### A. EFICACIA LIBERATORIA Y RESTITUTORIA DE LA RESOLUCIÓN

El primer efecto que produce la resolución es la extinción del contrato de compraventa, con la consiguiente desvinculación de las partes de la relación obligatoria en que se encontraban, y la parte compradora que incumplió el pago del precio, queda liberado del deber jurídico de realizarlo.

El segundo efecto es el deber recíproco de las partes de restitución y liquidación de sus respectivas prestaciones. La restitución será «in natura», y consistirá en los mismos bienes que hubieren sido objeto del contrato, es decir, en la retransmisión de la propiedad de la finca a favor del vendedor, y en su caso, los frutos e intereses, así como las mejoras y deterioros producidos en la finca.

### B. EFICACIA RETROACTIVA DE LA RESOLUCIÓN

La doctrina entiende que la resolución produce efectos retroactivos, y alcanza a los actos dispositivos y constitución de derechos reales sobre la finca objeto de la restitución. De acuerdo con esta idea, se aplica la máxima «resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum».

Su apoyo legal se encuentra en el art. 1120 Cc. que dispone que: «Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquella. Esto no obstante, cuando la obligación imponga recíprocas prestaciones a los interesados, se entenderán compensados unos con otros los frutos e intereses del tiempo en que hubiere estado pendiente la condición».

### C. RETRANSMISIÓN DE LA FINCA AL VENDEDOR

#### a. *La retransmisión automática o mediante escritura de retransmisión*

¿Cómo se produce la resolución, por la sola fuerza de la resolución, o necesita un nuevo acto expreso de retransmisión del comprador al vendedor?

La solución depende de la concepción que se tenga del contrato de compraventa, como contrato real u obligacional. Si la venta es real, el solo consentimiento de las partes produce la transmisión del dominio sin necesidad de la tradición (sistema romano quiritarario, francés, e italiano); la resolución retransmite «ipso iure» el dominio de la finca al vendedor. Si la venta es obligacional, será un contrato generador de obligaciones, que exige para que se transmita la propiedad la entrega de la cosa vendida o tradición (sistema del derecho romano clásico y del Código civil español); la resolución de la venta faculta al vendedor para pedir al comprador que le retransmita la finca.

En nuestro derecho histórico español, como hemos expuesto con anterioridad, se aplicó el sistema de venta como contrato real, procedente del derecho romano vulgar que continuó en el Código de Eurico, según el Profesor Merea; recogido en los Fueros de Castilla y León, según Fernández Espinar; pasó a Las Partidas ( III, 28, 48, «la tradición de la cosa vendida transfiere su dominio al comprador; pero si el comprador no oviesse pagado precio...non pasaría el señorío de la cosa fasta que el precio se pagase»); se aceptó por la doctrina de los clásicos castellanos de derecho común y perduró a lo largo del siglo XIX (119).

Por último, la tradición de Las Partidas, se recogió en el Código de Comercio de 1885, en su artículo 909.8, al admitir la «separatio ex iure domini» de la masa de la quiebra a los géneros vendidos y no pagados; y estuvo vigente hasta la publicación del Código civil.

De acuerdo con este sistema de compraventa real, nuestros clásicos castellanos, atribuyen a la resolución de la venta una eficacia real, como si la venta no se hubiese celebrado, con la consiguiente readquisición «ipso iure» del dominio al vendedor, sin necesidad de nueva tradición, y siempre que el pacto comisario se estipulara con palabras directas. Como consecuencia de la situación de propietario que adquiriría el vendedor, éste podía ejercitar la acción reivindicatoria... Cuando se pacta «verba obliqua» era un pacto de retroventa, que no retransmitía el dominio «ipso iure», sino mediante la «actio venditio», de carácter personal (120).

Pero los legisladores de nuestro Código civil, prescinden de la tradición secular española, e instauran el sistema romano clásico-justi-

(119) GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, declaran la vigencia en el siglo XIX, de esta tradición que opere la transmisión del dominio en la venta, y la de Aragón de hacer depender la eficacia de la venta de la redacción de la carta. «Elementos de derecho civil y penal de España». Madrid, 1861, p. 62.

(120) Así adiccionaba AYLLÓN LAYNEZ al texto de ANTONIO GÓMEZ: «Quod pactum legis commissoriae directis verbis conceptum operatur resolutionem contractus ipso iure, traslationem domini in venditionem abque nova traditione.; it agi poterit rei vindicatione, condicione adveniente.. Secus vero..quando verbis obliquis conceptum fuit praedictum pactum.; quia... nunc non trasfertur dominium ipso iure, sed debet agi actione venditio., vel prescriptis verbis ad observationem contractus». ANTONIO GÓMEZ. «Variae Resolutiones...» Madrid. 1794, p. 500 *De emptione et venditione*, cap II. n.º 31.

nianeo de la venta como contrato generador de obligaciones, en su art. 1445 (uno se obliga a entregar la cosa y el otro se obliga a pagar el precio), y 1450 (la venta se perfeccionará, aunque no se entregue la cosa o el precio). La transmisión de la propiedad se produce mediante la tradición de la cosa (art. 609 Cc).

Con éste sistema, la resolución de la venta incide sobre el propio contrato obligacional, que precisa una ejecución posterior de retransmisión del dominio del comprador al vendedor. Veamos cómo se interpreta en la doctrina moderna:

Para Ogayar, la resolución de la venta no produce la retransmisión de forma inmediata y automática, sino que la resolución sólo impone un deber de retransmitir mediante un negocio dispositivo realizado con la voluntad del comprador, y si el incumplidor no lo realiza voluntariamente, que lo otorgue el juez en ejecución de sentencia (121).

Baleriola, escribe lo siguiente: «Creo que la resolución es plenamente retroactiva y opera su eficacia *in rem* (revocación real), por mucho que así sea, y dado que estamos haciendo referencia a una situación extrarregistral, entiendo que de alguna forma se ha de evidenciar esa puesta en poder y posesión del vendedor. Pues bien, no veo inconveniente alguno para aplicar a este ámbito la tradición instrumental configurada en dirección contraria. Claro que no sería el puro régimen del art. 1462.2 Cc configurado al revés, sino que se trataría de un escritura meramente retraditoria, tendente exclusivamente a restituir la posesión de la cosa... Y si se quiere prescindir de la escritura pública... cabe otra vía... la retrotradición simbólica no instrumental: la entrega de llaves...» (122).

Según las anteriores opiniones, la retransmisión de la propiedad se produce mediante una nueva escritura retraditoria otorgada con el consentimiento del comprador, y en su defecto, mediante la intervención del juez. Esta solución condena al vendedor del contrato resuelto a que no adquiera la propiedad, si no es con el consentimiento del comprador o por la actuación judicial.

Sin embargo, creemos que la venta debe quedar resuelta de pleno derecho, como consecuencia de la constitución en mora del comprador, y ésta queda perfecta si al hacerse el requerimiento de pago, el comprador no se ha opuesto a ella (123).

(121) OGAYAR y AYLLÓN. *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 Cc. 1983.*

(122) BALERIOLA LUCAS. «De nuevo, sobre la resolución de la compraventa de inmuebles». *RDN*. n.º 128. año 1985. p. 323-4.

(123) Según la Resolución DGRN de 29 de diciembre de 1982, el comprador puede oponerse a la resolución misma, cuando dice que «si al hacerse el requerimiento no se allana el requerido, sino que se opone categóricamente a él». Por nuestra parte, como se ha dicho con anterioridad, el comprador no puede oponerse a la resolución, porque es un derecho que no le corresponde y supondría la facultad de revocar su propia obligación.

El paso siguiente, es la reinscripción de la finca vendida a favor del vendedor, conforme al art. 59 RH, y esto supone que la tradición ha sido operada mediante el acta notarial en la que se hace constar que ha quedado resuelta la venta, porque si la resolución quedara sólo en el plano obligacional no sería inscribible conforme al art. 9 RH (no es inscribible la obligación de extinguir el dominio), puesto que la inscripción registral no supe a la tradición. Así la inmensa mayoría de la doctrina, Roca Sastre, Sanz, Vallet, Chico Ortiz, Hernández Gil, Lacruz y Sancho Rebullida. Roca Sastre dice, que lo que se inscribe en el Registro en el Derecho español no es el título o contrato de finalidad traslativa, sino la entera traslación, es decir, el conjunto integrado por el título y el modo: así se deduce del art. 2 LH y 9 RH. Para que la inscripción sustituyera a la tradición, sería preciso un texto que así lo determinase, y ese texto no existe en la LH ni en el Cc.

Pero nuestro Código civil, facilita mucho el cumplimiento de la tradición, al reputarla ínsita en el mero otorgamiento de la escritura pública (art. 1462 Cc). Se nos podría argumentar que el acta notarial, como declaración unilateral del vendedor, de requerimiento de pago y de notificación de resolución, está eliminada de la presunción del art. 1462 Cc, que se refiere a escritura pública de venta, como acto bilateral entre el vendedor y el comprador, que representa el consentimiento y la tradición.

Sin embargo, según se ha expuesto con anterioridad y repito ahora, el acta notarial contiene: el requerimiento de pago para constituir en mora al comprador e impedir al juez que conceda nuevo plazo (art. 1504 Cc), y además, la notificación de que el vendedor ejercita el poder resolutorio que tenía atribuido en la cláusula resolutoria, solicitando su vigencia y eficacia resolutoria. La fuente de la resolución está en la cláusula resolutoria, de una parte, y en el acta notarial que le da su vigencia. El comprador ya prestó su consentimiento anticipado en la cláusula resolutoria, y no tiene por qué exigirse que tenga que volver a prestar nuevo consentimiento. Como consecuencia de la resolución de la venta y a falta de normas específicas, habrá que acudir a las reglas de las obligaciones condicionales para determinar sus efectos. En este sentido la Resolución DGRN de 3 de junio de 1961, considera aplicable el art. 1123 Cc, referente a las obligaciones bajo condición resolutoria.

Para salir del campo de las presunciones, será mas claro que en la propia cláusula resolutoria, se exprese claramente el acuerdo de los contratantes, que atribuya al vendedor que pueda ejercitar unilateralmente la resolución de la venta, mediante acta notarial de requerimiento de pago al comprador, y si no paga en el plazo de gracia convenido, la notificación de quedar resuelta de pleno derecho la venta, readquirida la propiedad de la finca y consumada la tradición.

b. *Retraso del comprador en la restitución de la posesión del inmueble vendido una vez resuelto el contrato*

El comprador puede incumplir la obligación legal que le incumbe de restituir la finca vendida al vendedor. El retraso en el cumplimiento de ésta obligación dará lugar a que el comprador incurra en una responsabilidad contractual, siempre que el retraso no obedezca a un impedimento a él imputable, y que el vendedor resolvente ofrezca, por su parte, la restitución de lo recibido como pago parcial de la venta resuelta.

Para ésta responsabilidad contractual, se puede preveer en el contrato de venta («in continenti»), una cláusula penal, que fije anticipadamente el importe que el comprador incumplidor deberá satisfacer cuando el retraso se produzca («ex intervalo»), a razón de una cantidad por día de ese retraso. En la STS de 26 de diciembre de 1990, existía una cláusula que imponía al comprador, si no restituía el inmueble dentro de los siete días siguientes a la notificación resolutoria, debía de satisfacer, pasado ese plazo, 100.000 pesetas diarias, por cada día transcurrido desde entonces, sin hacer la indicada restitución.

Cuando no exista esa previsión especial anticipada en el contrato, el incumplimiento de la obligación legal restitutoria dará lugar a la responsabilidad contractual de los arts. 1.101 y sgs del Cc, consistente en el resarcimiento de daños y perjuicios desde el momento en que la resolución de la venta se produjo de pleno derecho como consecuencia del acta de requerimiento que constata el impago, y subsidiariamente, la de notificación de la decisión de resolver por parte del vendedor. El comprador que retrase la restitución será considerado poseedor de mala fe, con la obligación de restituir los frutos (ex art. 455 Cc.), que en caso de ser civiles, será el precio normal de un arriendo de un inmueble de similares características.

Este es el sentido de la STS de 7 de diciembre de 1990 (ponente López Vilas), en la que casa la sentencia de Primera Instancia, que estimó dos responsabilidades distintas: una primera dimanante de la pena convencional de retener el 50 % de las cantidades previamente satisfechas por el comprador; y otra segunda, que no puede entenderse absorbida por la primera, por el incumplimiento de la obligación de restituir el inmueble retrasando el desalojo efectivo, que se traduce en una posesión de mala fe, con la sanción de abonar los frutos que hubiera podido percibir (art. 455 Cc), que fija en 200.000 pts. mensuales.

#### D. RESTITUCIÓN DE LOS FRUTOS E INTERESES

Como consecuencia de la responsabilidad del comprador derivada de la resolución de la venta y a falta de normas específicas, habrá que acudir a las reglas de las obligaciones condicionales para determinar

sus efectos. En este sentido la Resolución DGRN de 3 de junio de 1961, considera aplicable el art. 1123 Cc, referente a las obligaciones bajo con condición resolutoria. Se debe distinguir estas situaciones:

— Durante el tiempo en que hubiere estado pendiente la condición, por aplicación del art. 1120 Cc. los frutos producidos por las cosas debidas, se entienden compensados con los intereses del precio. Lo que quiere decir que no hay retroactividad. El comprador, poseedor de la cosa, hace suyo los frutos, hasta el momento en que ha sido constituido en mora al no atender el requerimiento de pago, y no puede reclamar que le sean devueltos los intereses del precio.

Los intereses no son los frutos del precio aplazado, ni son una prestación accesoria de éste, sino la compensación al vendedor por el uso y disfrute de la cosa por parte del comprador. El art. 1501, dispone que el comprador deberá intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio... 2. si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta.

— Una vez resuelta la venta, si el vendedor pide la restitución de los frutos, deberá abonar al comprador los gastos de producción, recolección y conservación (art. 452 Cc.).

Pero si se hubiere estipulado una cláusula penal de retención de un porcentaje de las cantidades previamente satisfechas por el comprador incumplidor, se estará en principio a lo pactado, sin perjuicio de la moderación judicial de las penas que impone el art. 1154 Cc.

— Durante el tiempo en que comprador retenga la posesión de la finca, y considerarse a éste poseedor de mala fe, éste deberá restituir, además, por aplicación del art. 455 Cc. el valor de los frutos, que al ser civiles, serán el precio normal del arriendo del inmueble de similares características.

## E. LOS DETERIOROS SUFRIDOS EN LA FINCA Y LAS MEJORAS

Según las reglas 3 y 4, del art 1122, si los deterioros o menoscabos son fortuitos o se producen sin culpa del comprador, deberá soportarlos el vendedor. En cambio si se producen por culpa del comprador deberá éste indemnizarlos.

Respecto de las mejoras, el comprador debe restituir las mejoras provenientes de la naturaleza de las cosas o del tiempo. Pero la mejora que se ha efectuado a expensas del comprador, tendrá el «ius tollendi», siempre que sea posible hacerlo sin detrimento de los bienes que es el derecho que se concede al usufructuario (art. 1122.5 487). Puede también compensar con las mejoras que hubiese hecho en los bienes los desperfectos sufridos por los mismos, de los que él debe responder (488 cc.).



## F. EL PACTO DE NO INDEMNIZAR LAS CONSTRUCCIONES FIJAS REALIZADAS POR EL COMPRADOR

### a. *En el ámbito del Código civil*

El problema que se plantea es el de las consecuencias de la resolución de la venta respecto a las construcciones realizadas por el comprador, y especialmente, la licitud del pacto de no indemnizar al comprador las instalaciones fijas realizadas por el mismo.

Los gastos de construcción no son gastos de conservación del suelo, sino que tienden a producir un aumento del valor del suelo; son gastos útiles.

A falta de una previsión en la cláusula resolutoria, entendemos, que debe aplicarse, por analogía, el art. 1518.2 Cc, y el vendedor deberá abonar al comprador «los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida».

García Goyena, explica la justicia del abono de los gastos útiles, en consideración a que el comprador es poseedor de buena fe, sin que se pueda estimar privado de esa calidad por la incertidumbre de que el vendedor haga o no uso de su derecho de retracto. Manresa, concluye que, siendo tal poseedor de buena fe, los gastos útiles hechos en la cosa le son debidos con arreglo a derecho, según el art. 453 Cc.; y el vendedor podrá optar entre satisfacer al comprador el importe de los gastos útiles (o de la construcción), o abonarle el aumento del valor que por ellos haya adquirido la cosa (124).

Merino Hernández, («El contrato de permuta». Madrid, 1978), estima que es aplicable a nuestro caso el art. 361 Cc, y por tanto, tendría el vendedor el derecho a hacer suya la obra, previa indemnización, o a que le abone el precio del terreno. Por nuestra parte, estimamos, que no es aplicable en nuestro caso, el art. 361 Cc. porque la clara analogía con la venta con pacto de retro, los efectos del art. 1518 Cc, excluye la aplicación de la regla de la accesión.

Las normas legales expuestas, son de derecho dispositivo, que tienen eficacia, en defecto de pacto expreso de las partes. Manresa, al comentar el art. 1518, se pregunta, «¿qué influencia puede ejercer la voluntad de las partes pactando cosa distinta de lo que la ley establece?... No vemos inconveniente en que se pacte que el precio o mejor dicho, que la cantidad que se restituya sea mayor o menor que el precio de la venta.... pues tal convención implica un pacto lícito, de cuya eficacia no se nos alcanza motivo para dudar» (*ob. cit.* p. 360-l).

Para desvanecer las dudas y cuestiones de interpretación que se pueden plantear, es conveniente, que en la práctica notarial se incluya en la cláusula resolutoria, una previsión al respecto, en el sentido de

quedar para el vendedor las construcciones realizadas en la finca vendida, sin tener que abonar por ellas cantidad alguna.

b. *El pacto de mejoras en Cataluña*

El pacto de no indemnizar al comprador las instalaciones fijas realizadas por el mismo, según el informe del Registrador, J.M. García, (en el recurso de la Resolución citada de 1991), vulnera el derecho catalán, porque hay un principio general en Cataluña, que se puede extraer del art. 327 de la Compilación (referente a la venta a carta de gracia), pero también del art. 301 (referente a la enfiteusis), en el sentido de que cuando se resuelve el derecho del comprador o del dueño útil, hay que indemnizarle las obras e instalaciones realizadas por el mismo. Aplica al pacto comisorio, por analogía las reglas de la venta a carta de gracia.

Por nuestra parte, vamos a analizar si el derecho catalán es diferente del Código civil y si se opone a esta cláusula. En efecto:

— Respecto de la enfiteusis. El art. 301 Comp. C. que impone el pago de las «mejoras útiles» dice que expirado el término o cumplida la condición, el dueño directo abonará al enfiteuta las mejoras exigibles hechas por éste, salvo pacto. El Código civil, dice lo mismo, en el art. 1652, para el caso de extinción del censo por comiso, y también impone el abono al enfiteuta de «las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca y que subsistan al tiempo de devolverla»; la posibilidad de pacto en contra se encuentra en el art. 1651.

— Respecto a la aplicación por analogía, de los preceptos de la venta a carta de gracia. Nos parece exacta esta analogía, pero no estamos de acuerdo la diferencia del art. 327 Comp. C. (impone abonar al comprador «las mejoras útiles»), respecto al art. 1518 Cc. (que impone abonar al comprador «los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida»).

Faus, comenta este precepto catalán, diciendo que hace un «desarrollo más minucioso que el art. 1518 Cc aplicándolo a todas las accesiones».

— Pero la reciente Ley 29/ 1991, de 13 de diciembre, al modificar la materia de la venta a carta de gracia, en la Compilación Catalana, se manifiesta claramente en su favor en el Preámbulo, que dice así: «Era necesaria, por lo tanto, la renovación de la venta a carta de gracia para convertirla en una figura realmente operativa dentro del actual tráfico jurídico. Esta renovación debía partir, por lo tanto, de la consideración de que no se trata de una institución perjudicial en sí misma porque no incluye en sus efectos, un derecho real de garantía de un préstamo usuario. La línea de renovación se centra, por lo tanto, en la necesidad de poner de manifiesto como finalidad típica de la figura la que resulta de su eficacia: La transmisión inicial de la propiedad de la cosa de forma indefinida, pero no definitiva. La reforma legislativa se plantea desde

el convencimiento de que en la actualidad la venta a carta de gracia, puede cumplir diferentes finalidades de tipo social y de fomento que justifican no solo el mantenimiento de la figura sino también su difusión. Es el caso, por ejemplo de la utilización de la venta a carta de gracia como instrumento de promoción de viviendas de tipo social».

En la nueva redacción del art. 328.4 Comp. C. dice que se abonarán al titular de la propiedad gravada: Los gastos útiles estimados en el aumento de valor que por ellos haya experimentado la cosa al tiempo de la redención, los cuales no pueden exceder el precio de coste ni, en ningún caso, el 25% del precio fijado para la redención.

#### G. LA MODERACIÓN JUDICIAL DE LAS PENAS CONTRACTUALES

El art. 1154 Cc, dispone: «El Juez moderará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida».

Siguiendo a Jordano Fraga, los principios generales de la aplicación jurisprudencial de ésta norma son los siguientes:

— El control judicial no puede ser válidamente excluído por las partes del contrato, por el carácter imperativo del art. 1154, tanto por vía de pacto entre el vendedor y comprador, como por la renuncia del comprador.

— El control judicial se aplica de oficio por los órganos judiciales, y no por rogación de parte interesada.

— El art. 1154, según la mayor parte de la doctrina solo se aplica cuando la cláusula penal establece la hipótesis de incumplimiento total por el deudor, y éste incumple solo en parte; o cuando la cláusula penal establece la hipótesis de incumplimiento parcial del deudor, y éste incumple en la medida mas leve que la prevista en la cláusula. Es decir, cuando no exista una adecuación entre la cláusula penal y su medida de pago parcial.

Para Jordano Fraga, por el contrario, entiende que el control judicial se aplica no solo en casos de parcial o defectuoso cumplimiento, sino también cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos. La cláusula penal que prevee por hipótesis la existencia de un incumplimiento parcial (y no total), y que el incumplimiento se ajuste exactamente a la prevista en la cláusula, nunca podría estar sujeta a la moderación judicial, según esta doctrina mayoritaria, y sin embargo, si que lo está para la jurisprudencia. (J. Fraga, *ob. c.* pp. 194 y ss. cita las STS de 23-sept. 1959; 3 de marzo de 1967; 31 de octubre de 1968; 26 de enero de 1980; 30 de junio de 1981; 25 de febrero de 1984; 26 de enero y 8 de febrero de 1988; 26 de diciembre de 1990).

El control moderador judicial es aplicable, no solo a las cláusulas penales que prevén la retención de una parte del precio recibido por el vendedor, por la responsabilidad del comprador incumplidor por consecuencia de la resolución de la venta; sino también las que prevén la indemnización al vendedor resolvente por el retraso del comprador en la restitución del inmueble vendido, una vez resuelto el contrato.

## XII. EL PACTO DE LA «LEX COMMISSORIA» Y LA LEY DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES

La aparición de ésta Ley de 19 de julio de 1984, ha dado motivo a la doctrina jurídica y a la jurisprudencia a poner a la prueba del fuego la validez y licitud del pacto de la «lex commissoria» cuando se relaciona con el art. 10 LDC. Esta ley tiene la finalidad de proteger al consumidor de los abusos derivados de la redacción de ciertas cláusulas de los contratos. Vaya por delante mi profundo respeto por ésta ley y proclamo el deber de todo jurista de cumplirla en sus justos términos.

Veamos los problemas que plantea la LDC al pacto de la «lex commissoria» (125).

### A. EN CUANTO A LA POSIBILIDAD DE EJERCITAR EL VENDEDOR UNILATERALMENTE EL PODER RESOLUTORIO

El art. 10.2 de la Ley dice: «Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por el muestrario...», y añade el apartado 4.º: «Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos».

Las Resoluciones DGRN de 8, 9, 10, 11, 14 de octubre de 1991, consideran que «Respecto de la pretendida vulneración del art. 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores de 19 de julio de 1984, ha de recordarse la doctrina sentada por éste Centro Directivo conforme al cual los medios de calificación de que dispone el Registrador (art. 18 LH) impiden a éste apreciar si las concretas estipulaciones debatidas tienen carácter abusivo conforme a dicha ley, y por otra parte, no pueden identificarse la facultad discrecional de resolución a que ésta norma -

---

(125) Han sido puesto de manifiesto por el Registrador J.M. GARCÍA GARCÍA, en sus informes contenidos en las Resoluciones DGRN de 1990, 1991, y 1992, citadas en éste trabajo.

así como el art. 1256 Cc- se refiere con la resolución por impago al amparo del art. 1504 del Código civil».

El informe de J.M. García, dice así: «la reinscripción de la resolución por la vía extrajudicial del art. 59 del RH, sin mas que la mera notificación al comprador, sin contar con la voluntad de éste, y deduciendo directamente cantidades, implica una actuación unilateral del vendedor con posibilidad de incurrir en resolución discrecional de, que es un pacto igualmente abusivo, según el n.º 2 del art. 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores».

A lo largo de este estudio se ha confirmado que efectivamente no basta la mera notificación al comprador para que opere la resolución, pero en lo que discrepo es que se precise una nueva voluntad del comprador que asienta o «se allane» a la resolución, porque éste ya prestó su consentimiento en la misma cláusula resolutoria. El ejercicio del poder resolutorio no lleva consigo una nueva declaración de voluntad negocial, que es fuente de la resolución (cuando esto ocurre nos encontramos dentro del ámbito de la venta con pacto de retro), sino solo que pone en vigencia la condición resolutoria pactada (la fuerza de la convención, que dice Naz).

Pero aparte de esta opinión mía, de la que se puede discrepar, es el propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de febrero de 1991, el que interpreta el precepto de la Ley del Consumidor, declarando lo siguiente, a propósito de un caso de renta inmobiliaria con condición resolutoria expresa:

«El ejercicio de la acción resolutoria no puede tildarse de antisocial y las normas de la Ley de 19 de julio de 1984, que consideran excluidas la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones en las cláusulas que otorgan a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato salvan las prescripciones especiales de los artículos 1.124 y 1.504 Cc, pues no los derogan, y que, conjuntamente, proyectan un estatuto privilegiado para el vendedor de bienes inmuebles, cuyo desconocimiento supondría no ya una dislocación del tráfico inmobiliario cuando el vendedor ha cumplido sus obligaciones, sino una patente de incumplimiento de las suyas, tan elementales como el pago del precio por el comprador, acarreando una clara infracción de los arts. 38, 128 y 139 de la Constitución, a cuyo marco económico ha de ajustarse la aplicación de la Ley especial de 19 de julio de 1984, según impone el artículo 1.2 y el transcendente principio de la seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la misma Constitución».

De ésta sentencia se deduce:

— Que la Ley de Consumidores no ha derogado los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil.

— Que estos artículos suponen un estatuto privilegiado para el comprador de inmuebles, quien debe cumplir la obligación elemental de pagar el precio.

— La Ley de Consumidores debe respetar el marco económico de la Constitución en su art.º 38 (libertad de empresa en el marco de la economía de mercado), art.º 128 (subordinación al interés general) y 139 (libre circulación de bienes en todo el territorio nacional).

## B. EL PACTO DE MEJORAS EN LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Se ha dicho que éste pacto está dentro de la prohibición de «las cláusulas estrictamente penales» del art.º 10 n.º 5 de la Ley del Consumidor, por no corresponder a una contraprestación.

Esta cláusula no impone al comprador la obligación de construir en beneficio y sin contraprestación del vendedor. De admitirse esta cláusula de mejora obligando al vendedor a que realice el desembolso de la construcción también sería una penalización a cargo del vendedor, que igualmente estaría prohibida por la citada ley del consumidor.

Pero también respuestas legales procedentes del derecho de las Comunidades Autónomas:

— El pacto de mejora se encuentra en el Decreto de 22 de diciembre de 1990 de la Junta de Andalucía que establece el régimen de venta de viviendas de promoción pública, y las normas para el caso en que el comprador no pague el precio. En su artículo 7.3, dice lo siguiente: «En caso de resolución, las obras autorizadas que supongan mejoras y las instalaciones fijas y permanentes incorporadas, quedarán en beneficio de la finca, sin que el adjudicatario tenga derecho de indemnización alguna por tal concepto».

— Y en Cataluña, en la nueva ley de la venta a carta de gracia (Ley de 13 de diciembre de 1991), que con un gran sentido de equidad, en el artículo 328.4 Compilación de Cataluña, establece un límite: «Los gastos útiles, estimados en el aumento de valor que por ellos haya experimentado la cosa al tiempo de la redención, los cuales no podrán exceder del precio de coste ni, en ningún caso, del 25% del precio fijado para la redención».

## C. LA CLÁUSULA ERICTAMENTE PENAL

El artículo 10.5 de la Ley del Consumidor, prohíbe las cláusulas en las «que se impongan al consumidor indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales».

Este precepto se interpreta de esta manera: es nula la cláusula estrictamente penal, que no corresponda a una contraprestación, en lo que tenga de punitivo y de lucro, para quien se beneficie de ella, pero se admite la pena sustitutiva del daño. Esta es la interpretación de Bercovitz

(«Estudios Jurídicos sobre protección de consumidores» 1987). Según esta interpretación de la ley debemos distinguir:

— la cláusula penal sustitutiva del daño que se produzca en la cosa, que sería lícita, según esta doctrina.

— la cláusula penal sustitutiva del perjuicio, es decir del lucro cesante del vendedor, del que tendría si la cosa estuviera en su poder, de no haberse celebrado la venta. Como la cosa está en poder del comprador y tiene el uso y disfrute, está beneficiándose o enriqueciéndose a costa del vendedor. La cláusula penal sustituye a la indemnización por este uso y disfrute. La cláusula penal es la contraprestación del uso, y por la misma doctrina debe ser lícita.

— pero cuando, además se estipulan unos intereses, éstos deben considerarse como la contraprestación por el uso y disfrute de la cosa que tiene el comprador. Porque como decía García Goyena, el precio es la cosa, lo que los intereses es a los frutos.

### XIII. ENSAYO DE UNA CLÁUSULA RESOLUTORIA

#### A. CONDICIÓN RESOLUTORIA

Las partes convienen atribuir el carácter de condición resolutoria expresa conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria, al mero hecho del impago a su vencimiento de dos cualesquiera de los plazos pactados en la cláusula anterior, pudiendo el vendedor resolver la venta, que tendrá lugar de pleno derecho, conforme al artículo 1504 del Código civil y 59 del Reglamento Hipotecario.

#### B. CESIÓN DEL CRÉDITO Y ASUNCIÓN DE DEUDA APLAZADA

Las partes prestan su consentimiento desde éste momento y expresamente:

a.— A que el vendedor pueda ceder su derecho de crédito derivado del precio aplazado de esta venta con la condición resolutoria, y a que el cesionario se subrogue en los mismos, renunciando la actual parte compradora al derecho a ser notificada de ésta cesión.

b.— A que el subadquirente de ésta finca, si así se pactara, asuma la deuda derivada del precio aplazado con condición resolutoria, y se subrogue en los derechos y obligaciones del transmitente deudor, quedando éste último totalmente liberado.

#### C. EJERCICIO DEL PODER RESOLUTORIO

El mero hecho del impago a su vencimiento de dos cualesquiera de los plazos pactados, faculta al vendedor para ejercitar unilateralmente

el poder resolutorio, mediante acta notarial por la que se requiera de pago al comprador, y si éste no pagara en el plazo de los quince días siguientes, se le notifique la voluntad de poner en vigor la resolución de la venta, que tendrá lugar de pleno derecho, con la retransmisión de la propiedad de la finca a favor del vendedor, entendiéndose consumada la tradición. El título inscribible será el del vendedor, acompañado de los documentos que anteceden, y las letras no vencidas y pendientes de pago.

La parte vendedora retendrá los intereses recibidos y un 30 % de las cantidades pagadas por el comprador hasta el momento de la resolución, en compensación del uso y disfrute de la finca por el comprador, y como cláusula penal en sustitución de la indemnización de daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento del comprador, y sin que en ningún caso la retención supere el 20 % del precio total de la finca vendida por cada año transcurrido desde la firma de este contrato. Desde la fecha de la resolución de la venta hasta el desalojo efectivo de la finca, se impone al comprador como indemnización de perjuicios por el tiempo transcurrido de ocupación indebida el pago una cantidad mensual calculada de acuerdo con los precios de arrendamiento de fincas similares.

También quedarán en favor de la parte vendedora y sin tener que abonar cantidad alguna, cuantas obras e instalaciones fijas, que tengan la condición de útiles o de lujo, haya introducido en la finca el comprador o su causahabiente.

#### D. CANCELACIÓN DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Las partes convienen expresamente la extinción de la condición resolutoria inscrita transcurrido el plazo de un año desde el vencimiento del último plazo, y la parte vendedora presta su consentimiento anticipado a que se cancele la condición resolutoria una vez transcurrido dicho plazo, a cuyo efecto, autoriza al comprador o a su causahabiente, para que mediante acta notarial solicite del Registro de la Propiedad su cancelación, siempre no aparezca nada que lo impida en los libros registrales.



## BIBLIOGRAFIA

## DERECHO ANTIGUO ESPAÑOL

- ALONSO, María Luz. «La compraventa en los documentos toledanos de los siglos XII-XV», XLIX, 1979, pp. 455-417. *AHDE*.
- ALONSO. «Recopilaciones y Comentarios de los fueros y leyes del Reino de Navarra que han quedado vigentes desde la modificación hecha por la Ley de agosto de 1841. Pamplona 1846.
- ARANGIO RUIZ. «La compravendita nell diritto romano». Napoli, 1956.
- ARCHI, G.G. «Il trasferimento de la proprietà nella compravendita romana». CEDAM. Padova. 1934.
- ARCHI, G.G. «La restituzione dei frutti nelle vendite con “in diem addictio” e con “Lex commisoria”», Studi in memoria di Umberto Ratti». GIUFRE. Milano 1934.
- ARIAS MONET, J.A. «Recepción de formas estipulatorias en la Baja Edad Media». *Boletín Facultade Direito Universidade de Coimbra*. XLII. 1986.
- ARIAS RAMOS Y ARIAS BONET. «La compraventa en Las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del título V, Partida V. Centenario del Notariado». 1965.
- BOFARULL, Manuel de. «Código español según la novísima edición oficial, anotado y concordado». Madrid, 1889.
- BURÓN GARCÍA, Gregorio. «Derecho civil español según los principios de los Códigos y de las leyes precedentes y la reforma del Código civil». Valladolid 1898.
- COVARRUBIAS. «Variarum Resolutionum, cum Additiones, Observationes et notae DE FARIA». Lugduni 1688.
- D'ORS, Alvaro. «El código de Eurico. Edición palingenesia, índices». Roma-Madrid 1960. Estudios visigóticos.
- ESCUADERO, J.A. «Curso de historia del derecho». Madrid, 1985.
- FEBRERO. «Librería de Escribanos». Madrid I, 2.
- FERNÁNDEZ ESPINAR. «La compraventa en el derecho medieval español». *AHDE* XXV. 1955.
- GALINDO Y ESCOSURA. «Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar». Madrid 1880.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANO. «Compra a desconocidos y compra en el mercado, en el derecho medieval español», en homenaje a Ramón Carande. Madrid 1962.
- GARCÍA DE VALDEAVELLANO. «Sobre la prenda inmobiliaria en el derecho medieval español», en sus *Estudios medievales de Derecho Privado*. Sevilla 1977.
- GARCÍA GOYENA, Florencio. «Concordancias y motivos y comentarios del Código civil español». Madrid 1852.
- GÓMEZ DE LA SERNA Y JUAN MANUEL MONTALBÁN. «Elementos de derecho civil y penal de España». Madrid 1961.
- GÓMEZ, Antonio. «Variae Resolutiones Iuris Civilis Communis et Regii. Cum Additiones Ioannis de Ayllon Laynez». Matriti 1653.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito. «Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Tratado de las obligaciones». Tomo IV, p. 346. Madrid 1877.
- GUTIÉRREZ, Joannis. «Practicarum Quaestionum Civilium Circa Leges Regias Hispaniae». Lugduni 1730.
- HERMOSILLA, Gaspare A. «Additiones, Notae, Resolutiones, ad 7 Partit. Glos. et cogita Doct. Gregorii Lopetii». 1634.

- HINOJOSA. «El elemento germánico en el derecho español». Madrid 1915.
- IGLESIA FERREIROS, A. «El cartulario de San Cugat del Vallés del Liber Iudiciorum al Corpus Iuris Civilis». Universidad de Barcelona, 1985.
- IGLESIA FERREIROS, A. «La Cataluña Alto Medieval y el Código de Justiniano». *Revista Jurídica de Cataluña*, 1983.
- IGLESIA FERREIROS, A. «Las garantías reales en el derecho histórico español». I. «La prenda contractual desde sus orígenes hasta la recepción del derecho común». Santiago de Compostela 1977.
- IGLESIA FERREIROS, A. «Lecciones de historia de derecho español». Barcelona, 1989.
- LACARRA, J.M. «En torno a la formación del Fuero General de Navarra». *AHDE*. Tomo I, pp. 93 y ss. 1980.
- LARREA, Joanne Baptista. «Novarum Decisionum, Sacri Regii Senatus Granatensis Regni Castellae». Lugduni 1729.
- LASSO GAITE, Juan Francisco. «Crónica de la Codificación española». 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código). Ministerio de Justicia. Madrid 1970.
- LEVY, Ernest. «West Roman Vulgar Law». Filadelfia 1951. «Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrecht». Weimar, Böhlaw. 1956. Otra edición posterior hace una recesión D'ORS en *AHD*, tomo 27, p. 1207 y ss.
- LÓPEZ, Gregorio. «Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX, con la Glosa del Lic. Gregorio López, y Adicciones de SANPONTS, MARTI DE EIXALA Y FERRER SUBIRANA». Barcelona 1843.
- LÓPEZ, Gregorio. «Las Siete Partidas Glosadas por el Licenciado Gregorio López». Salamanca 1955.
- MARTI MIRALLES. «La excepción non numerata pecunia y su renuncia». *Revista Jurídica de Cataluña*. XVIII. pp. 72-77. 1912.
- MAYER, E. «El antiguo derecho español de obligaciones». Barcelona 1926.
- MELGAREJO, Pedro. «Compendio de contratos públicos, autores de particiones executivos y de residencias». Madrid 1733.
- MÉNDEZ APENELA, Eduardo. «La venta de la cosa ajena». Libro homenaje a J. B. Vallet de Goytisolo. Colegios Notariales, pp. 511 y ss. 1988.
- MEREA, Paulo. «Sobre a compra em venda na legislação visigótica». en *Estudos de direito visigótico*. Coimbra 1948. «A arra penitencial no direito hispânico anterior a Recepção» en *Estudos do direito hispanico medieval*. Coimbra, 1953.
- NAVARRO AMANDI, Mario. «Código civil de España. Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes». Con un prólogo de Eugenio Montero Ríos. Tomo II, pp. 233 y ss. Madrid 1880.
- NÚÑEZ LAGOS. «La estipulación en Las Partidas». Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid 1950.
- OTERO, A. «Las arras en el derecho español medieval». *AHDE*. 1955, XXV, pp. 189-210.
- OYUELOS, Ricardo de. «Digesto, Principios, Doctrina y Jurisprudencia referentes al Código civil español». Madrid 1921.
- PÉREZ MARTÍN. «El estudio de la recepción del derecho común en España. I, Seminario de Derecho y Derecho Privado», pp. 243. Bellaterra, 1985.
- SALINAS QUIJADA, F. «Instituciones de Derecho Navarro».
- SCHRÖEDER, Richart. «Lehrbuch der deutschen Rechtsgesiche». Berlin-Leipzig 1922.
- SIGÜENZA, Pedro de. «Tratado de cláusulas instrumentales, útil, y necesario para Jueces, Abogados y Escribanos destos Reynos, Procuradores, Partidores y Confesores, en lo de Justicia y Derecho». Madrid 1627.
- SCHWERIN, Baron von. «Notas sobre la historia del derecho español más antiguo». *AHDE*. i. 1924, pp. 46 y ss.

- UREÑA, Rafael. «Legislación gótica-hispánica. Estudio crítico II». Madrid 1906.  
 WIEACKER, «Lex Commisoria». *Freiburger Rechtsgesichtliche Abhandlungen*. Berlin. 1932.

## DERECHO FRANCÉS

- BAUDRY-LACANTINERIE, G. et LEO SAIGNAT. «Traité theorique et pratique de droit civil. T. XIX». *De la vente et de l'échange*. Paris 1908.  
 BENATTI, Francesco. «La costituzione in mora del debitore». Giufrei Milano, 1968.  
 BORRICARD, Jean. «La clause resolutoire expresse dans les contracts». *Revue Droit Civil* LV, pp. 433 a 470.  
 CAPITANT, Henri. «De la causa de las obligaciones». Paris 1922.  
 CASSIN. «De l'exception tiree de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques», p. 94. Paris 1914.  
 CASSIN. «Réflexión sur la resolución judiciaire des contracts pour inexécution». *Rev. Trim. Dr. Civil*, 1945, pp. 160 y ss.  
 DEMOLOMBE, C. «Traité des contracts ou des obligations conventionnelles en general». Paris 1878.  
 DOMAT (1625-1696). «Les lois civiles dans leur ordre naturel». Paris 1777. Este jurista une la doctrina romanista con la de Derecho Natural, y preparó el camino a la Codificación.  
 DUMOLIN. «Variae Iuris questiones» Tomo III. De verborum obligationibus». Rúbrica I, n.º 57 a 63.  
 DURANTON, M. «Cours de Droit Civil suivant le Code Français». 4.ª Edición. Société belge librairie. Bruxells. 1841.  
 FOTESCO, Victor. «Vente de meubles et immeubles pour default de paiement du prix». Paris 1807.  
 GRAVIER. C. «De la lex commissoria dans la vente». Paris 1896.  
 GUILLOUARD, L. «Traites de la vente et de l'échange». Paris 1890.  
 LEVY, JEAN. «La Résolution de plein droit des contrats». Tesis Doctoral. París. 1931.  
 MARTIN, Felix-Jean-Baptiste-Bienvenu. «De la lex commissoria dans la vente en droit romain et de la resolution de la vente pour défaut de paiement du prix en droit français». Paris 1874.  
 NAZ, Louis. «Essai sur l'histoire de la resolution de la vente pour default de paiement du prix». Paris 1870.  
 PAULE, H. «De la resolution de la vente pour default de paiement du prix». Toulouse 1903. Tesis doctoral.  
 POTHIER (1695 -1772). «Traité de la vente». Es un puro jurista que ordena y sistematiza el derecho francés, y sirvió de base inmediata a los redactores del Code de Napoleón.  
 ROLAND, G. «De la acción resolutoire du vendeur au cas de non paiement du prix».  
 TROPONG, M. «De la vente», II. Paris 1845.

## DEL DERECHO MODERNO:

- ALVAREZ VIGARAY. «La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento». Granada 1972.  
 BADENES GASSET. «El contrato de compraventa». Bosh. Barcelona 1979.

- BADÍA SALILLAS, Angel. «En torno al art. 1504 del Código civil: Requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor». *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*. Madrid 1985, pg. 65.
- BALERIOLA LUCAS, Gabriel. «De nuevo, sobre la resolución de la compraventa de inmuebles». *RDN* n.º 128, pp. 269 y ss. 1985.
- BELTRÁN DE HEREDIA. «Arrumbamiento de un tópico jurisprudencial. Una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. *La Ley*, n.º 3150. (8-diciembre-1992).
- BETTI, Emilio. «Crítica de los sistemas de transmisión». *Conferencia en el I Congreso de Derecho Registral*. Mayo de 1961.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, Jose Ignacio. «El mecanismo resolutorio de la venta de inmuebles por impago de los intereses». *RDN* n.º 133-134, pp. 69 y ss. 1986.
- CARRETERO, Tirso. En el comentario a la Resolución DGR de 11 de diciembre de 1974. *RCDI*. 1975, p. 654.
- DE CASTRO Y BRAVO. «Derecho civil de España». Madrid 1949.
- CLAVERIA GOSÁLVEZ. Comentarios a la STS de 23 de octubre de 1984, en *CCJC*. 6. 1984, p. 2027.
- FONT RIUS, Jose María. Mi maestro en la carrera de derecho, cuyas orientaciones y relaciones bibliográficas le agradezco profundamente.
- GARCÍA CANTERO. En los «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, XIX». art. 1504. Edersa. Madrid 1980. A este profesor, mi agradecimiento, por sus orientaciones bibliográficas francesas.
- GARCÍA GARCÍA, Juan Manuel. *Informe del Registrador de la Propiedad en el recurso de las Resoluciones*.
- GÓMEZ GALIGO, Francisco J. «Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado». *RCDI* n.º 613. nov-dic. 1992. pp. 2463 a 2494.
- GONZÁLEZ, Jerónimo. «Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil». Madrid 1948.
- HEDEMANN. «Tratado de Derecho civil. Derechos reales». Traducido por González Enríquez y Diez Pastor. Madrid 1955.
- IRURZUN GOICOA, Domingo. «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio». *Estudios de Derecho Privado*. Madrid 1965.
- JORDANO FRAGA, Francisco. «La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del art. 1504 Cc». Civitas. Madrid 1992.
- LACRUZ BERDEJO. «Derecho Inmobiliario Registral». Barcelona 1968.
- LACRUZ BERDEJO. «Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral». Zaragoza 1957.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio. «Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles». *RCDI* n.º 608, pp. 63 y ss. 1992.
- MANRESA. «Comentarios al Código civil español».
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Angel. «El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria». *ADC*. 1989, pp. 1169 y ss.
- MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel. «Repercusiones prácticas de escrituras notariales». *RDP*, pp. 183 y ss. 1964.
- MERINO HERNÁNDEZ. «El contrato de permuta». Madrid, Tecnos. 1978.
- MOLINA GARCÍA. «La resolución de la compraventa de inmuebles». Montecorvo. Madrid 1981.
- MULLERAT BALMAÑA. «El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles (art. 1.504 Cc)». *ADC* pp. 481 y ss. 1971.
- NAVARRO PÉREZ. «La cesión de los créditos en derecho español». Granada 1988.

- OGAYAR Y AYLLON. «Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los arts. 1124 y 1504 Cc». Aranzadi 1983.
- ROCA SASTRE. «Derecho Hipotecario». Barcelona 1948.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. «Algunos aspectos de la Lex Commissoria». *RCDI* n.º 464, p. 24 y ss. 1968.
- RODRÍGUEZ GARCÍA. «La condición resolutoria, medio de garantía en las ventas inmobiliarias a plazos». Madrid 1986. Con un prólogo del catedrático BELTRÁN DE HEREDIA.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ. «El pacto comisorio temporal. Su cancelación por la vía del art. 355 RH.» *RCDI* 1981, p. 656.
- ROVIRA JAÉN, Francisco-Javier. «El requerimiento del artículo 1.504 del Código civil». *RDN*. 1981. «El pacto de la *lex commissoria*. en la reciente jurisprudencia registral». *RCDI*. n.º 615, pp. 349 a 392.
- RUBIO TORRANO, «El pacto de retroventa». Madrid, 1990.
- SABATER. «El art. 1504 del Código civil». *Revista de Derecho Judicial*, p. 17. 1960.
- SANZ FERNÁNDEZ, Angel. «Instituciones de Derecho Hipotecario». Madrid 1945-53.

FRANCISCO JAVIER ROVIRA JAÉN  
NOTARIO.—

## ESTUDIO LEGISLATIVO

# Notas sobre el derecho de tanteo en la Ley de Arrendamientos Urbanos (con referencias al ordenamiento italiano)

LOURDES FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ

**SUMARIO:** I. Supuestos y fundamentos.—II. Títulos traslativos que sirven de presupuesto para el ejercicio del derecho de tanteo.—III. Límites objetivos al ejercicio del derecho de tanteo.—IV. Momento hasta el que se podrá ejercitar el derecho de tanteo.—V. Introducción a la naturaleza jurídica del derecho de tanteo.—VI. Naturaleza del acto de comunicación del alienante: VI.1. Posibilidad del ejercicio del derecho de tanteo si se obtiene el conocimiento preciso por otra vía diversa de la notificación fehaciente del alienante. VI.2. Consecuencias jurídicas de la obtención del conocimiento pleno del proyecto de transmisión por medios distintos de la notificación fehaciente por parte del alienante. VI.3. Posibilidad del alienante de impedir los efectos de la notificación. VI.4. Otras consecuencias de la omisión de notificación del alienante. VI.5. Pérdida de eficacia de la notificación por transcurso del tiempo.—VII. Acto de ejercicio del derecho de tanteo. Modo de adquisición de la propiedad. VIII. Límites que la Ley impone al arrendatario que adquiere la propiedad y al arrendador que recobra el uso del local de negocio por el ejercicio del derecho de tanteo.—IX. Renuncia del derecho de tanteo.

### I. SUPUESTOS Y FUNDAMENTOS

La Ley de Arrendamientos urbanos vigente, texto refundido aprobado por Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, reconoce en favor de una de las partes del contrato de arrendamiento tres tipos de derechos de tanteo (1):

---

(1) El ordenamiento italiano disciplina unos supuestos de derecho de tanteo en materia de arrendamientos urbanos que se separan en algunos puntos fundamentales de los establecidos en la LAU. Estos derechos de tanteo están regulados en la ley n. 392/1978, arts. 38, 40 y 69. El art. 38 concede un derecho de tanteo al arrendatario de

— «En los casos de ventas por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros», podrá el inquilino utilizar el derecho de tanteo sobre el piso (art. 47.1 LAU).

— En los mismos casos señalados en el supuesto anterior, podrá el arrendatario ejercitar el derecho de tanteo sobre el local de negocio que ocupare (art. 47.1 LAU).

— Se reconoce, además, al arrendador de local de negocio el derecho de tanteo cuando el arrendatario haya decidido traspasar el local de negocio (art. 35.1 LAU).

La doctrina española ha mostrado una gran uniformidad al explicar el fundamento de dichos derechos de tanteo. En este sentido, respecto al derecho de tanteo señalado en segundo lugar, se ha insistido en que con esta figura se pretende fomentar la unificación de propiedad y facultad de uso y disfrute, tan importante para el crecimiento y favorecimiento de cualquier actividad comercial (2). Algunos autores, partiendo de este fundamento, han pretendido observar igualmente una protección del trabajo (3) y de la continuidad de la empresa (4).

Es interesante notar que las normas no señalan ningún especial requisito que limite el grupo de los arrendatarios de locales de negocio que pueden valerse de este derecho. Es decir, no se contempla la necesidad, como sucede en el ordenamiento jurídico italiano, de que ejerciten una actividad comercial que implique un contacto directo con el público (5). Sólo se ha exigido reiteradamente por la jurisprudencia

un local de negocio en el que se desarrollen actividades comerciales que impliquen un contacto directo con el público, cuando el arrendador pretenda transmitir a título oneroso el inmueble arrendado. Y el art. 40 reconoce un derecho de tanteo al arrendatario de un local de negocio, que reúne las mismas características señaladas anteriormente, cuando el arrendador pretenda arrendar de nuevo el local. El art. 69 disciplina este último tipo de derecho de tanteo respecto de las relaciones arrendaticias en curso en el momento de la entrada en vigor de la presente ley.

(2) V. GARCÍA AMIGO, M., «Derechos reales de adquisición (Notas para una Teoría general)», en *RDP*, 1976, p. 112; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *El derecho de retrato en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, Barcelona, 1955, pp. 75 y ss.

(3) V. IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 80-83.

(4) V. LLOMBART, M. D., «Los derechos de adquisición preferente de fincas rústicas a favor de los arrendatarios», en *RDP*, 1983, p. 345.

(5) Art. 35 de la ley n. 392/1978. En doctrina, v. BERNARDINI, M., *La prelazione urbana*, Padova 1988, p. 71; LAZZARO, F., «Unità di ratio nelle prelazioni urbane», en *Prelazione e retratto. Seminario coordinado por G. Benedetti y L. V. Moscarini*, Roma 1988, pp. 242-243; TROILA, R., *La prelazione urbana*, Milano 1990, pp. 21-24. La jurisprudencia también ha insistido en numerosas ocasiones en este requisito: v. Cass., 10-VII-1986, n. 4486, en *Foro it.* 1987, I, 1523; Cass., 22-VII-1987, n. 6410, en *Rass. equo canone* 1987, 273; Cass., 8-IX-1987, n. 7229, en *Rass. equo canone* 1987, 268; Cass. 23-VI-1989, n. 2982, en *Riv. giur. edilizia* 1989, I, 870; Cass., 23-VI-1989, n. 2993, en *Giust. civ.* 1989, I, 2301; Cass., 20-II-1990, n. 1261, en *Foro it.* 1990, I, 1520.

Sobre la interpretación del alcance de esta exigencia de contacto directo con el público, v. especialmente, BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 181-189; TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 21-37; Corte Costit., 5-V-1983, n. 128, en *Foro it.* 1983, I, 1497; Corte Costit., 22-XI-1985, n. 369, en *Riv. giur. edilizia* 1986, I, 501; Cass., 5-II-1986, n. 713, en *Nuova giur.*

que el arrendatario ocupe efectivamente el local (6) y que el contrato de arrendamiento sea uno de los que quedan regulados por la LAU (cfr. arts. 1, 4.2, 5.2 de dicho cuerpo legal). De ahí, quizás, que no se hayan desarrollado en España, como, sin embargo, ha sucedido en Italia, estudios destinados a conectar la protección del aviamiento con el derecho de tanteo (7). Si bien este aspecto del fundamento del Derecho de tanteo ha sido también puesto de manifiesto por la doctrina española, no ha sido considerado generalmente como la razón principal y destacada sobre las demás posibles.

El fundamento del derecho de tanteo que se concede al arrendador se encuadra, generalmente, también en el intento de proteger la unión de propiedad y facultad de goce, cambiando, no obstante, el titular del derecho, dado que varía igualmente el sujeto que pretende deshacerse, si bien onerosamente, de la facultad que ostenta sobre el bien (8).

Subyace a estas dos hipótesis la concepción de que la propiedad dividida es fuente de problemas y, sobre todo, produce una mayor dificultad para el crecimiento de una cierta actividad económica que, sin embargo, se verá fomentada por la estabilidad de la propiedad plena y la seguridad en la situación jurídica básica de su establecimiento.

Menos justificaciones ha observado la doctrina en orden al tipo de derecho de tanteo señalado en primer lugar. Se explica (9) generalmente por una tendencia a ofrecer una mayor estabilidad a la familia, al hogar familiar (10).

civ. 1986, I, 571 con nota de Giove; Cass., 5-III-1986, n. 1405, en *Arch. locazioni* 1986, 228, con nota de Barbieri; Cass., 22-VII-1987, n. 6410, en *Foro it.* 1988, I, 1177; Cass., 28-VII-1987, n. 6537, en *Arch. locazioni* 1987, 646; Cass., 14-X-1987, n. 7604, en *Mass. Foro it.*, 1987; Cass., 9-II-1988, n. 1390, en *Giust. civ. Mass.* 1988; Cass., 29-III-1988, n. 2647, en *Giust. civ. Mass.* 1988; Cass., 21-IX-1988, n. 5187, en *Foro it.* 1989, I, 3178; Cass., 10-VII-1989, n. 3264, en *Giust. civ. Mass.* 1989; Cass., 21-VII-1989, n. 3464, en *Giust. civ. Mass.* 1989.

(6) V. SANTOS BRIZ, J., «Derechos reales de adquisición o de preferencia en la práctica jurídica española», en *RDP* 1971, p. 356. Además, STS de 22-IV-1969 (RA 2201); 9-VI-1969 (RA 3351); 3-XII-1970 (RA 5356).

(7) V., especialmente, BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 163-164 y TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 1-3. En jurisprudencia, Cass., 10-VII-1987, n. 4486, en *Foro it.* 1987, I, 1523; Cass., 8-IX-1987, n. 7229, en *Foro it.* 1988, I, 2636; Cass., 20-II-1990, n. 1261, en *Foro it.* 1990, I, 1520.

(8) V. GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, pp. 112-113; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 80-81.

(9) V. IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 83-85.

(10) La ley italiana n. 392/1978, sobre arrendamientos urbanos no contempla un derecho de tanteo para los inquilinos de inmuebles destinados a vivienda. Algunas leyes sucesivas han ampliado el ámbito del derecho de tanteo hasta comprender hipótesis de transmisión de inmuebles destinados a vivienda. No obstante, estas normas son esporádicas. Entre ellas, podemos destacar la ley n. 219, de 14 de mayo de 1981, que forma parte de un grupo de intervenciones legislativas que han seguido a los eventos sísmicos de noviembre de 1980 y febrero del 81 y la ley n. 187, de 29 de abril de 1982. En este sentido, también destaca la ley n. 168, de 12 de abril de 1982 que introdujo una doble hipótesis de este tipo de tanteo, pero limitando el período de vigencia hasta el 31



A pesar de las diferencias existentes entre estas figuras, se observa una tendencia a facilitar el acceso a la propiedad por parte de inquilinos o arrendatarios y a considerar económica y socialmente favorable la protección y fomento de la propiedad plena lo que conlleva a una estabilidad del asentamiento urbano (11). En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han insistido en el carácter supraindividual de los intereses tutelados por los derechos de tanteo y retracto (12).

---

de diciembre de 1983. Este período fue prorrogado posteriormente hasta el 30 de junio de 1984. En el art. 1, párrafo 3 de esta ley se indicaba que los entes públicos de previsión, las empresas de seguros y las que tienen por objeto exclusivo o principal la adquisición, gestión y venta de inmuebles, en caso de transmisión de inmuebles alquilados, efectuada según las disposiciones dictadas por la misma ley, debían comunicar el precio y las condiciones de venta al arrendatario que ocupase el inmueble objeto de la compraventa. A este sujeto le correspondía un derecho de tanteo que debía ser ejercitado dentro de los 60 días desde la recepción de dicha comunicación. Y el párrafo 4 de dicho art. 1 concedía tal derecho de tanteo en caso de cesión o de transmisión, en la que los alienantes fuesen los mismos sujetos indicados anteriormente, de un inmueble dedicado a vivienda a un adquirente que pretendiese rescindir el contrato. En este caso, al inquilino se le concedía en arrendamiento, por parte de los sujetos ya propietarios del alojamiento cedido, otra vivienda en el mismo municipio donde se encontraba el inmueble objeto del contrato de arrendamiento que se había disuelto o en un municipio colindante.

Es la primera vez que, en la legislación italiana, de una forma general, la disciplina del tanteo se refiere a inmuebles destinados a viviendas. No obstante, dada la limitación que establece la ley respecto de los sujetos que deben ser alienantes, y a la vigencia temporal de esta normativa, la doctrina considera que esta ley no es indicativa de un cambio en la orientación del legislador (v. CERCEO, G., «Ecezzionalità e temporaneità della prelazione nella disciplina degli immobili ad uso abitativo», en *Prelazione... cit.*, pp. 321 y ss.; CORBO, N., *La prelazione in caso di nuova locazione nel regime ordinario ed in quello transitorio*, p. 304; LAZZARO, F., *op. cit.*, pp. 249 y ss.).

De hecho, la doctrina italiana, ante supuestos en los que el inmueble arrendado se destina a actividades comerciales y a vivienda, establece como criterio, para determinar la posibilidad o no de ejercitar el tanteo, el uso prevalente que de este inmueble se haga. De tal manera que se podrá ejercitar si el destino primordial no es el de vivienda (v. TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 5-7).

(11) Además de la protección del aviamiento, la doctrina italiana se muestra muy cercana a la española al determinar el fundamento del derecho de tanteo que ambos ordenamientos conceden al arrendatario, en el caso de que el arrendador haya decidido vender el bien inmueble arrendado. En este sentido, esta doctrina ha subrayado la pretensión del legislador italiano de crear incentivos e instrumentos para reunificar en las mismas manos propiedad y goce, con el fin de hacer cada vez más rentable la utilización del inmueble, garantizando una cierta permanencia. Pretende ayudar a quien presente, respecto del inmueble, una iniciativa más dinámica, así como proteger la estabilidad del asentamiento urbano. V. AMICARELLI, G., «La prelazione nell'impresa familiare e nella locazione di immobili urbani ad uso non abitativo», en *Prelazione... cit.*, p. 331; BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 72-74, 156-157; LAZZARO, F., *op. cit.*, pp. 247-253.

(12) V. ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, T. III, vol. 2, 5.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1983, p. 365; BADENES GASSET, R., *La preferencia adquisitiva en el derecho español (tanteo, retracto, opción)*, Barcelona 1958, pp. 41, 189; COCA PAYERAS, M., *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia 1988, pp. 53, 65-68; GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, p. 114; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 75 y ss. Además: STS de 22-IV-1969 (RA 2201); 9-V-1969 (RA 2446); 9-XII-1970 (RA 5465); 8-VII-1974 (RA 3555); 5-I-1981 (RA 110).

En definitiva, el fundamento de la disciplina del derecho de tanteo, establecida por nuestro legislador se encuentra en una composición de intereses: entre el interés individual del alienante a la libertad de contratación y el interés social de facilitar la estabilidad del sujeto que disfruta del goce del bien, protegiendo así la finalidad a la que se dirige tal posesión, ya sea servir de sede del hogar o de una actividad comercial. Se fomenta, de esta manera, el acceso a la propiedad del que ya está obteniendo una utilidad y ha establecido en ese lugar la sede de sus relaciones económicas, comerciales o personales.

## II. TITULOS TRASLATIVOS QUE SIRVEN DE PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO

El art. 35 de la LAU concede al arrendador el derecho de tanteo en caso de traspaso del local de negocio. El art. 29 de esta misma ley señala en qué consiste esta figura contractual (13).

El art. 47.1 de la LAU, sin embargo, reconoce el derecho de tanteo del arrendatario en caso de venta o cesión solutoria de la vivienda o local de negocio arrendado. La doctrina española se ha planteado si solamente cabe tanteo ante la decisión de celebrar un contrato de los específicamente señalados o cabe realizar una interpretación extensiva e incluir otros tipos de negocios jurídicos.

Esta ley recoge fundamentalmente la disciplina que al respecto ofrecía la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos de 1955, que, en este punto, seguía a la precedente de 1946. Estos cuerpos legales se referían a los casos de venta y de cesión solutoria. Y, a su vez, dicha normativa recogía los supuestos que regula el Cc. en los arts. 1521 y 1636 (retrato en general y retrato del enfiteuta, respectivamente), que se refieren a la venta y la dación en pago, aun existiendo un precedente en la Ley de Arrendamientos Rústicos, que concedía tal derecho «en todos los casos de transmisión a título oneroso de una finca arrendada...» (art. 16.1 de la Ley de 16 de julio de 1949).

Respecto de esta cuestión se puede observar una línea jurisprudencial bastante uniforme tendente a rechazar interpretaciones extensivas de la fórmula legal contenida en el art. 47.1, pues el derecho de tanteo supone siempre una limitación impuesta a la facultad de libre disposición del propietario. En este sentido, la jurisprudencia se orienta a admitir la posibilidad de tanteo únicamente en los casos de venta o cesión en pago (14). En esta línea, ha negado la posibilidad de ejercitar el de-

---

(13) V., ARECHEDERRA ARANZADI, L., «Tanteo convencional y traspaso de negocio», en *RCrDI* 1980, pp. 24-26.

(14) En esta línea, la STS de 2-IV-1985 (RA 1679) expresamente señala, respecto de las normas que regulan este derecho de adquisición preferente: «Por envolver una limitación del derecho de propiedad en pugna con la libertad de contratación, han de

recho de tanteo y el retracto en caso de contratos a título gratuito (15), de permuta (16), de renta vitalicia (17).

No obstante, la misma jurisprudencia pone de manifiesto la necesidad de realizar una interpretación que, aun sin reconocer este derecho en caso de celebración de otros tipos de contratos, sí admita el ejercicio del tanteo en supuestos en los que el negocio o contrato de transmisión sea fundamentalmente análogo a los citados, o, incluso, encubra uno de ellos, para evitar que se burle la disciplina de la LAU y la tutela, que con ésta, pretende ofrecer el legislador. En este sentido se ha admitido el ejercicio del derecho de tanteo y retracto en el caso de aportaciones de fincas arrendadas en pago de ampliaciones suscritas de capital de una sociedad anónima (18), o en caso de permutas que encubren verdaderas ventas (19).

Respecto del contrato de compraventa, la jurisprudencia admite el ejercicio del derecho de tanteo incluso en la venta en pública subasta (20). Hipótesis que no está prevista expresamente en el caso de venta forzosa de vivienda o local de negocio, a diferencia del caso de traspaso de local de negocio, en el que se admiten expresamente estos derechos, en caso de ejecución judicial o administrativa del traspaso (art. 35.1 de la LAU).

Si bien, en un principio, el TS pareció negar el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en caso de venta de la nuda propiedad únicamente (21), posteriormente la jurisprudencia parece haber consolidado

ser aplicadas con criterio restrictivo». Por tanto, es necesario rechazar «todo intento de hacer entrar por asimilación otros actos de transmisión que no se basen concretamente en una compraventa y en su único equivalente de la adjudicación en pago de deudas». En el mismo sentido, v. STS de 17-II-1954 (RA 336); 9-VII-1958 (RA 2539); 12-II-1959 (RA 474); 3-VII-1959 (RA 2953); 7-XI-1959 (RA 4437).

(15) V. STS de 26-V-1982 (RA 2602). (En este caso se trataba de una aparente venta pero, sin embargo, el negocio disimulado era una donación, por ello el TS rechaza la posibilidad de ejercitar el tanteo). V., además, STS de 22-II-1974 (RA 646); 22-II-1972 (RA 863).

(16) V. STS de 16-V-1960 (RA 2042), 23-V-1960 (RA 2052), 12-VI-1964 (RA 3261), 9-XI-1972 (RA 4564).

(17) V. STS de 9-XII-1964 (RA 5774), 2-IV-1985 (RA 1679), 22-XII-1989 (RA 8866).

(18) V. STS de 30-XI-1973 (RA 4542). Esta sentencia justifica su decisión en que, de otro modo, se burlarían por tales sociedades las disposiciones sobre el retracto. Además «lo verdaderamente transmitido fueron las acciones que es un signo que representa al dinero y se halla incluido en el art. 1445 del Código, pese a los otros derechos que en la vida de la sociedad represente por lo que el contrato podría calificarse de simple venta...». No obstante, en otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de tanteo y retracto en casos de aportación por un socio a la sociedad de una vivienda o inmueble en pago de acciones de la misma (v. STS de 12-VI-1964 (RA 3261)).

(19) V. STS de 22-IV-1969 (RA 2201).

(20) V. STS de 23-I-1971 (RA 289); 3-VII-1974 (RA 3471); 21-IV-1975 (RA 1820).

(21) V. STS de 12-II-1949 (RA 548).

la doctrina contraria. Es decir, la posibilidad de ejercitar tales derechos en estas hipótesis, si bien, se reconoce igualmente que el usufructo no es un derecho susceptible de ser retraído (22).

La cesión en pago igualmente dará lugar al derecho de tanteo, tanto si se trata de la judicial como de la extrajudicial (23).

La doctrina española ha seguido en esta cuestión muy de cerca a la jurisprudencia (24). Únicamente es interesante destacar una corriente doctrinal que considera conveniente distinguir, a efectos de admitir o no la posibilidad de ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, en caso de transmisión realizada a través de una permuta, si ésta se realiza a cambio de cosa específica o de cosas genéricas (25).

En el ordenamiento jurídico italiano, el art. 38, párrafo 1, de la ley n. 392, sobre arrendamientos urbanos, concede el derecho de tanteo al arrendatario en caso de que el arrendador pretenda «transmitir a título oneroso el inmueble arrendado», si bien en los párrafos siguientes de este mismo artículo, el legislador hace referencia únicamente a la compraventa. Y el art. 40 de este mismo cuerpo legal disciplina el tanteo, que corresponde al arrendatario, en caso de estipulación de un nuevo contrato de arrendamiento.

Interesantes problemas interpretativos ha planteado la aplicación del citado art. 38. La jurisprudencia ha seguido una línea interpretativa bastante uniforme en el sentido de admitir el derecho de tanteo únicamente cuando el inmueble se pretende transmitir a través de un contrato de compraventa. Ha justificado esta interpretación restrictiva en la referencia que, especialmente, los párrafos 2.º y 4.º del citado artículo (26)

(22) V. STS de 12-VI-1958 (RA 2763); 7-III-1963 (RA 1394); 6-X-1972 (RA 3935). En este mismo sentido, v. Sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid de 15-junio-1985 (en *RGD*, 1986, p. 3538).

(23) V. IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, p. 145 y STS de 30-XI-1973 (RA 4542); 24-V-1982 (RA 2591); 2-IV-1985 (RA 1679).

(24) V. AZPIAZU, J., «El retracto y el registro de la propiedad», en *RCr.DI* 1954, pp. 154 y ss.; DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 4.ª ed., Madrid 1988, pp. 564, 570; GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, pp. 126-127; HIJAS PALACIOS, J., «Los derechos de tanteo y de retracto del inquilino y del arrendatario de local de negocio en la nueva ordenación legal», en *RGD* 1947, p. 537; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 137-153.

(25) Pues si se trata de cosas genéricas, es posible que el arrendatario adquiera la propiedad del inmueble en las mismas condiciones que un tercero, sin que resulte perjudicado el alienante. V. ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 338-339; CASALS COLLDECA-RRERA, M., *El retracto en los arriendos de fincas rústicas*, Barcelona 1946, p. 108; GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. XIX, pp. 593-594; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 151-152.

(26) «... En la comunicación deben indicarse la contraprestación, que debe valorarse en todo caso en dinero, las demás condiciones a las que la venta será concluida y la invitación a ejercitar o no el derecho de tanteo.

...  
Cuando el derecho de tanteo se haya ejercitado, la entrega del precio de la adquisición, salvo que otra condición se haya indicado en la comunicación del arrendador,

realizan al contrato de compraventa y en la limitación a la facultad de libre disposición que sufre el propietario con este derecho de adquisición preferente. Todo lo cual, según la jurisprudencia de este país, no consiente que esta disciplina se aplique por analogía a otros supuestos (27). Sin embargo, la doctrina italiana no se muestra tan uniforme como la jurisprudencia. Se pueden observar autores que, en la misma línea indicada, no reconocen el derecho de tanteo en supuestos distintos de la compraventa (28). No obstante, numerosa doctrina, basándose precisamente en el párrafo 2.º de dicho artículo, que indica que la contraprestación se debe cuantificar, en todo caso, en dinero, considera que la ley permite una interpretación abierta. Y en esta línea, reconoce este derecho en hipótesis distintas de la compraventa, especialmente, en supuestos de permuta, en la que la contraprestación sea fungible, de «datio in solutum», transacción, y aportación a una sociedad (29).

---

debe efectuarse dentro de los treinta días siguientes al sexagésimo día sucesivo a aquel en el que se realizó la notificación de la comunicación por parte del propietario, contextualmente a la estipulación del contrato de compraventa o del contrato preliminar.»

(27) V. Cass., 14-I-1988, n. 205, en *Giust. civ.* 1988, I, 1225; Cass., 14-I-1988, n. 206, en *Giust. civ. Mass.* 1988; Cass., 14-I-1988, n. 207, en *Giust. civ. Mass.* 1988; Cass., 1-II-1988, n. 913, en *Giur. it.* 1987, I, 1, 2666. En este sentido, no ha reconocido el derecho de tanteo a favor del arrendatario en casos de permuta (v. sentencias citadas en esta nota y además, T. Prato, 26-V-1987, en *Arch. locazioni* 1987, 519), ni de venta forzosa encuadrada en un procedimiento de quiebra (v. Cass., 30-V-1984, n. 3298, en *Mass. Foro it.* 1984; Cass., 13-I-1981, n. 295, en *Foro it.* 1981, I, 689; Cass., 1-II-1988, n. 913, en *Foro it.* 1989, I, 203. Sobre la venta llevada a cabo dentro del proceso concursal del «concordato preventivo», la jurisprudencia no es uniforme. En ocasiones niega tal derecho, v. Cass., 6-IV-1990, n. 2900, en *Giust. civ.* 1990, I, 2596, y, sin embargo, en otras decisiones se admite, ya que dicho procedimiento da lugar a una situación de origen convencional, v. Cass., 1-II-1988, n. 913, en *Giur. it.*, 1987, I, 1, 2666).

(28) V. TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 58-71.

(29) V. especialmente, BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 206-211 (este autor reconoce este derecho en caso de permuta, transacción, «datio in solutum», cesión de bienes a los acreedores, «negotium cum donatione», cuando prevalece el carácter oneroso, la renta vitalicia y aportación a una sociedad a título de propiedad. No lo admite en los supuestos de ejecución forzosa), ALOISIO, R., en AAVV, *Equo canone*, en *Le nuove leggi civili commentate*, Padova 1978, pp. 456 y ss. (reconoce el tanteo en supuestos de permuta, cuando la contraprestación es fungible, de transacción, y de «datio in solutum»), CAPUTO, E., *Il diritto di prelazione nella nuova disciplina delle locazioni urbane*, Padova 1988, pp. 77 y ss. (lo admite en caso de «datio in solutum», pero lo niega ante transmisiones a una sociedad a título de propiedad), GIARDINI, P. M., «Profili strutturali della prelazione locatizia», en *Prelazione... cit.*, pp. 280 y ss. (reconoce el tanteo en caso de permuta e, incluso, en todas las hipótesis en las que el inmueble se cambie por un bien infungible, por ejemplo, la transacción. En estos casos será el arrendador el que tendrá que cuantificar en dinero la prestación que le ofrece el tercero y señalarlo en la comunicación que haga al arrendatario. Este último sujeto podrá ejercitar el derecho de retracto si considera excesiva dicha valoración), NUZZO, M., «La prelazione successiva tra storia e dogma», en *Prelazione... cit.*, pp. 65 y ss. (podrá ejercitarse el derecho de tanteo, según este autor, en caso de permuta, cuando la prestación ofrecida por el tercero sea fungible, de «datio in solutum», cuando sea indiferente para el alienante ceder el propio bien al acreedor o entregarle la suma de dinero obtenida como contraprestación. No se concede tal derecho en caso de transacción, venta coactiva, o negocio gratuito).

En el marco de los negocios jurídicos que pueden dar lugar al ejercicio del derecho de tanteo y retracto, en la normativa española sobre arrendamientos urbanos, el art. 47.3 de la LAU contiene una interesante observación: «De igual facultad gozará el inquilino en caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, exceptuados los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, y de adquisiciones realizadas antes de 1 de enero de 1947.

En la escritura deberá consignarse el precio asignado a cada vivienda».

La jurisprudencia ha considerado que se halla legalmente equiparada a la compra o dación en pago, a los efectos del tanteo y retracto arrendaticio, la adjudicación que de la vivienda arrendada, en el supuesto de que la misma pertenezca a varios copropietarios, se haga a uno de los condueños, como consecuencia de división de la cosa común (30).

Interesante es la sentencia de la Audiencia de La Coruña de 1-junio-1987 (31), que insiste en la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo y retracto sólo en caso de adjudicación de viviendas como consecuencia de la división. No puede extenderse tal facultad a los arrendatarios de locales de negocio, pues no están mencionados en el número 3 del art. 47. «El retracto legal, en cuanto implica una limitación al derecho de libre disposición del propietario... ha de quedar circunscrito a aquellos supuestos específicos en que legalmente se establezcan, no siendo susceptibles de interpretación extensiva o de analogías las normas que lo regulan».

Un gran debate ha suscitado una cuestión relacionada con esta hipótesis contenida en el art. 47.3 de la LAU: si una comunidad es propietaria de un inmueble y someten a tal edificio al régimen de propiedad horizontal, se produce una división de la cosa en una pluralidad de inmuebles menores, siendo el propietario de cada uno de ellos una comunidad compuesta por los mismos sujetos. Nos encontramos,

---

Como se puede observar, aunque la jurisprudencia no lo ha declarado, la mayoría de la doctrina admite el ejercicio del derecho de tanteo en caso de permuta, cuando la contraprestación esté constituida por bienes fungibles (v. además de los autores citados en nota, v. VARRONE, M., «Problemi della prelazione ed ipotesi di riforma», en *Rass. equo canone* 1989, pp. 203 y ss.).

(30) V. STS de 6-X-1989 (RA 6894). Y, en este sentido, v. igualmente STS de 24-III-1988 (RA 2424); 25-X-1988 (RA 7638), Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 28-VI-1983 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *Arrendamientos urbanos. Diez años de jurisprudencia*, Madrid 1989, p. 1000), Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 17-X-1984 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1000); Sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 17-IX-1986 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1001), S. de la Audiencia Territorial de Madrid de 2-X-1986 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1001).

(31) En *RGD*, 1988, p. 4033.

por tanto, con una pluralidad de comunidades de propietarios, si bien compuestas por las mismas personas. ¿El someter un edificio al régimen de propiedad horizontal produce una división de la cosa común incluida en el art. 47.3, de modo que el inquilino de un apartamento quedaría legitimado a ejercitar la acción de tanteo y retracto?

Una parte de la doctrina considera que, en primer lugar, basta la división de la cosa común, no es necesaria la formal disolución total de la comunidad, ya que, en realidad, la propia comunidad también se ha dividido, como consecuencia de la división de la cosa común, en cuanto que la inicial comunidad se ve sustituida por otras tantas comunidades parciales como pisos se mantienen en el proindiviso particular que se afirma para cada uno. El art. 47.3 procede tanto si la comunidad sobre la casa se resuelve en adjudicaciones concretas de pisos por separado a los diversos y particulares dueños, como si se resuelve en la adscripción separada de pisos en comunidad a los mismos condóminos que eran y en las mismas o distintas cuotas que tenían (32).

Esta corriente doctrinal encuentra base en algunas sentencias del Tribunal Supremo en las que, sin referirse especialmente al régimen de propiedad horizontal de un edificio, conceden el derecho de retracto a un inquilino cuando el edificio por entero pertenece en proindiviso a una comunidad y un comunero vende a los demás su parte respecto de un único apartamento, pues considera el TS que se ha producido una división de la cosa común (33). Algunos autores que han sostenido esta posición han precisado que, de todas maneras, es necesario distinguir si previamente existía una comunidad romana sobre la finca (arts. 392 y ss. del Cc.) o no existía por haber ordenado su régimen los interesados, desde un principio, por las reglas del régimen de propiedad horizontal (34).

También puede observarse una corriente doctrinal, que igualmente se basa en algunas decisiones de nuestro Tribunal Supremo, que niega el que por el simple hecho de someter un edificio al régimen de propiedad horizontal se produzca una división y una adjudicación del tipo contemplado en el art. 47.3 de la LAU (35).

(32) V. FUENTES LOJO, J. V., *Suma de la propiedad por apartamentos*, Barcelona 1964, pp. 332 y ss.; MONET Y ANTON, F., «El retracto del Retornista», en *Homenaje a Juan Berchmans Válet de Goytisolo*, Volumen I, Madrid 1988, pp. 386-387, 390-398; ROCA SASTRE, R. M., *Derecho Hipotecario*, Tomo 3.º, Barcelona 1968, p. 624; VENTURA TRAVESSET, A., *Derecho de Propiedad Horizontal*, Barcelona 1961, pp. 47 y ss.

(33) V. STS de 19-V-1961 (RA 2328), 30-VI-1962 (RA 3181); 15-VI-1964 (RA 3882). V. MONET Y ANTON, F., *loc. cit.*, pp. 392-397.

(34) MONET Y ANTON, F., *op. cit.*, pp. 382 y ss. y «Adquisición de pisos y locales en edificios por construir», Publicación del Colegio Notarial de Valencia 1968, pp. 48 y ss.; CÁMARA ALVAREZ, M., «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal», en *Acta del I Simposio de Propiedad Horizontal*, Valencia 1971, p. 46.

(35) V. ALVAREZ, J. L., «Título constitutivo de la propiedad horizontal», en *Centenario de la Ley del Notariado*, pp. 443 y ss.; LUCAS FERNÁNDEZ, F., «La contratación sobre edificio futuro», en *RDN*, 1967, p. 277.

La jurisprudencia no ha seguido una línea constante, es posible encontrar decisiones que no consideran tal fenómeno como una división (36), y otras que consideran que el sometimiento de un edificio al régimen de propiedad horizontal podría ser «soporte del ejercicio del derecho de retracto» (37).

En el ordenamiento jurídico italiano no encontramos una norma expresa que contemple este supuesto y la doctrina lo ha tratado en función de que pueda considerarse o no una transmisión o alienación a título oneroso. En este sentido, la mayoría de la doctrina, al afrontar el problema de la indicación de los negocios susceptibles de constituir presupuesto del derecho de tanteo, han omitido el caso de adjudicación por división de la cosa común, considerándolo improponible o, si lo han analizado, han llegado a la conclusión negativa, siempre y cuando no estemos en presencia de la división de una cosa común que se produce para su venta (38).

### III. LIMITES OBJETIVOS AL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO

La LAU, en su art. 35 concede el derecho de tanteo al arrendador en caso de traspaso del local de negocio arrendado.

Mayores problemas interpretativos ofrece el art. 47.1 en el que se reconoce el derecho de tanteo al arrendatario «en los casos de ventas por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros». La jurisprudencia, no obstante ha ido configurando una doctrina bastante uniforme al respecto. En este sentido, reiteradamente ha exigido, para que proceda el derecho de tanteo, la coincidencia entre lo que se vende y lo que es objeto del contrato de arrendamiento con el tanteante (39).

No obstante, en los casos en los que se vende una parte de una finca o una finca, de la que el objeto del arrendamiento constituye sólo una parte, el criterio fundamental, en base al cual determina si cabe o no ejercicio del tanteo respecto de la parte arrendada, es el de la inde-

---

(36) V. STS de 28-III-1974 (RA 1203); 6-X-1989 (RA 6894).

(37) V. STS de 27-III-1989 (RA 2200).

(38) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, p. 215; FURGIUELE, G., *Contributo allo studio della struttura delle prelezioni legali*, Milano 1984, pp. 22 y 23; TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 66-67 (este último autor niega la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo por división de una cosa común y posterior adjudicación, pues, aun cuando se pudiera hablar de alienación o transmisión no puede considerarse realizada a título oneroso, no existiendo una contraprestación, un precio que a paridad de condiciones el arrendatario debería de corresponder.); VARRONE, M., *loc. cit.*, pp. 214-215. En este sentido, v. Cass., 24-X-1983, n. 6256, en *Giust. civ.* 1984, I, 787.

(39) V. STS de 17-II-1961 (RA 890); 9-X-1962 (RA 3632); 29-IX-1964 (RA 4095); 29-I-1966 (RA 228); 20-XII-1969 (RA 6197); 6-X-1972 (RA 3935); 24-V-1982 (RA 2591).



pendencia de las distintas partes. Es decir, solamente se admite en caso de que el objeto del arrendamiento sea una parte integrante de una unidad superior creada por agrupaciones de otras unidades perfectamente independientes y diferenciadas y, en este caso, el alienante deberá notificar el precio de cada una de las partes (40). En este sentido, la jurisprudencia no admite el ejercicio del derecho de tanteo aun cuando goce de una cierta independencia el inmueble arrendado, si las demás partes de esa unidad superior que se vende no gozan de tal independencia (41). De ahí que generalmente la jurisprudencia niegue la posibilidad de ejercitar tal derecho cuando lo que se vende es más amplio de lo arrendado (42), exceptuándose sólo la hipótesis de agrupación de unidades todas ellas independientes. Además, el Tribunal Supremo ha declarado que tal independencia debe deducirse de sus condiciones físicas, de su naturaleza, límites y destino y del contrato de arrendamiento, no pudiéndose negar tal unidad por el hecho de que se permita a cada una de las edificaciones o inmuebles una utilización independiente y por la asignación de una numeración concreta que puede deberse a efectos de identificación administrativa (43). En esta línea, reiteradamente ha señalado la jurisprudencia, igualmente, que en el examen de la independencia del inmueble prevalecerá la realidad física sobre la registral (44).

La jurisprudencia también se ha pronunciado de forma uniforme y reiterada negando la admisibilidad del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en los casos de venta de un edificio entero por un precio (45).

La doctrina española también en esta materia ha seguido muy de cerca la doctrina jurisprudencial (46).

(40) V. STS de 25-III-1969 (RA 1588); 22-IV-1969 (RA 2201); 14-VI-1969 (RA 3430); 5-XII-1969 (RA 5950); 7-III-1970 (RA 1436); 9-XII-1970 (RA 5465); 8-V-1971 (RA 2007); 15-VI-1974 (RA 3256); 5-I-1981 (RA 110) y 26-III-1988 (RA 4341).

(41) V. STS de 12-III-1969 (RA 1232); 14-VI-1969 (RA 3430); Audiencia Territorial de Granada, 15-II-1985 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1008).

(42) V. STS de 11-XII-1970 (RA 5511); 27-III-1989 (RA 2200); Audiencia Territorial de Madrid de 21-IV-1982 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1007); Audiencia Territorial de Pamplona 4-VI-1984 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1007); Audiencia Territorial de Cáceres 13-II-1985 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1008); Audiencia Territorial de Madrid 13-X-1987 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 994).

(43) V. STS 26-V-1988 (RA 4341).

(44) V. STS de 20-II-1960 (RA 921); 26-III-1960 (RA 1656); 28-II-1961 (RA 912); 31-I-1963 (RA 882); 5-XII-1969 (RA 5950); 8-V-1971 (RA 2007); 5-I-1981 (RA 110); 26-III-1988 (RA 4341).

(45) V. STS de 3-XI-1959 (RA 4873); 20-II-1960 (RA 921); 12-XI-1960 (RA 3475); 30-VI-1962 (RA 3181); 8-V-1968 (RA 2431); 22-IV-1969 (RA 2201); 5-I-1981 (RA 110); 24-V-1982 (RA 2591); 30-IV-1985 (RA 1010); 17-I-1989 (RA 104).

(46) V. especialmente, ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 365-366; AZPIAZU, J., *loc. cit.*, pp. 155 y ss.; CARRETERO, T., «Tanteo y retracto arrendaticio urbano y Registro de la propiedad», en *RCrDI* 1957, pp. 780 y ss.; Díez PICAZO, L., y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 570; INFANTE LOPE, J., *Todo sobre derechos y deberes del inquilino*, Barcelona 1983, pp. 117-118; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 120-127; SANTOS BRIZ, J., *loc. cit.*, pp. 356-359.

Esta exigencia de coincidencia entre el objeto del derecho de tanteo y el objeto de la relación arrendaticia también ha sido observada por la jurisprudencia italiana (47). En cuanto a la venta de una pluralidad de inmuebles, la jurisprudencia italiana ha usado el criterio de la independencia de la que puedan gozar cada uno de estos inmuebles, para determinar si el arrendatario de uno de ellos puede ejercitar el tanteo respecto del bien arrendado (48). En ocasiones, la jurisprudencia ha extendido el derecho de tanteo a bienes que no eran objeto del contrato de arrendamiento, pero les unía, respecto al inmueble arrendado, una relación de pertenencia (49). La doctrina italiana ha seguido muy de cerca en estos puntos a la jurisprudencia (50).

Por lo que se refiere al ejercicio de tanteo en caso de venta de todo el edificio, la Casación italiana es constante y uniforme en negar esta posibilidad (51). No presenta la misma uniformidad la doctrina italia-

(47) V. Cass. 24-X-1983, n. 6256, en *Giust. civ.* 1984, I, 787; Cass., 27-III-1984, n. 2023, en *Foro it.* 1984, I, 2477; Cass., 16-XII-1985, n. 6382, en *Arch. locazioni* 1986, 261; Cass., 10-IV-1986, n. 2521, en *Giust. civ.*, 1986, I, 2839; Cass., 23-VII-1986, n. 4729, en *Nuova giur. civ.* 1987, I, 93; Cass., 24-II-1987, n. 1934, en *Arch. locazioni* 1987, 280; Cass., 28-VII-1987, n. 6528, en *Arch. locazioni* 1987, 649; Cass., 21-V-1988, n. 5550, en *Giust. civ. Mass.* 1988; Cass., 23-VI-1989, n. 2992, en *Giust. civ. Mass.* 1989; Cass., 30-X-1990, n. 10484, en *Giust. civ. Mass.*, 1990.

(48) V. Cass., 9-V-1986, n. 3094, en *Giur. it.* 1987, I, 1, 1054; Cass., 23-VII-1986, n. 4729, en *Giust. civ.* 1987, I, 594; Cass., 24-II-1987, n. 1934, en *Arch. locazioni* 1987, 280; Cass., 23-VI-1989, n. 2992, en *Giur. it.* 1990, I, 1, 62; Cass., 19-V-1990, n. 4519, en *Riv. giur. edilizia*, 1990, I, 51; Cass., 30-X-1990, n. 10484, en *Giust. civ. Mass.* 1990.

(49) V. Cass., 23-VII-1986, n. 4729, en *Nuova giur. civ.* 1987, I, 93; Cass., 30-X-1990, n. 10484, en *Giust. civ. Mass.* 1990.

(50) V. CAPUTO, E., *op. cit.*, p. 68; MAJELLO, P., «La prelazione: il caso della c.d. vendita in blocco dell'edificio», en *Riv. notar.* 1984, p. 105; SPALLANZANI, D., «La vendita dell'intero stabile e la prelazione urbana», en *Riv. notar.* 1984, p. 203; TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 43 y ss. (este último autor añade que la hipótesis de alienación conjunta del inmueble arrendado y de un local que podría desempeñar función de pertenencia, pero que actualmente no tiene tal destinación, se asimila a la venta de un conjunto de cosas. Será necesario valorar la posibilidad de tanteo según el criterio de la independencia), VARRONE, M., *loc. cit.*, p. 214. En cuanto a la posibilidad de ejercitar tal derecho en caso de venta de la nuda propiedad solamente, algunos autores no la reconocen (v. TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 49-50, App. Venezia, 7-IV-1989, en *Vita not.*, 1989, 167) y, sin embargo, otros se inclinan por la opinión afirmativa (v. CAPUTO, E., *op. cit.*, p. 69; TERZAGO, G., *Diritto di prelazione e riscatto*, Milano 1980, p. 14).

(51) V. Cass., 24-X-1983, n. 6256, en *Foro it.* 1983, I, 3004; Cass., 30-X-1984, n. 5561, en *Rass. equo canone* 1985, 56; Cass., 16-XII-1985, n. 6382, en *Arch. locazioni* 1986, 261; Cass., 23-VII-1986, n. 4729, en *Nuova giur. civ.* 1987, I, 93; Cass., 21-V-1988, n. 3550, en *Giust. civ. Mass.* 1988; Cass., 23-VI-1989, n. 2992, en *Giust. civ.* 1989, I, 2571; Cass., 28-X-1989, n. 4519, en *Giust. civ. Mass.* 1989; Cass., 25-XI-1989, n. 5118, en *Giust. civ. Mass.* 1989; Cass., 25-XI-1989, n. 5119, en *Giust. civ. Mass.* 1989.

V., además, Cass., 16-VI-1986, n. 3993, en *Giust. civ. Mass.* 1986; Cass., 4-VII-1986, n. 4409, en *Giust. civ. Mass.*, 1986; Cass., 29-VII-1987, n. 6576, en *Arch. locazioni* 1987, 644. En estas últimas decisiones la Casación italiana reitera la exclusión del derecho de tanteo en caso de venta del edificio completo del que el inmueble arrendado forma parte, si bien advierte que se le reconoce al arrendatario la posibilidad de demos-

na, ni los tribunales de instancia. Las soluciones ofrecidas por estos últimos son esencialmente cuatro: exclusión del derecho de tanteo (52), reconocimiento de este derecho respecto del edificio en su totalidad (53), admisión del ejercicio del tanteo, pero objeto de ello será sólo y exclusivamente el bien arrendado (54), reconocimiento del derecho de tanteo que, en principio, debería ejercitarse únicamente sobre el bien arrendado, a no ser que, de esta forma, el valor del bien en su integridad se perdiera y, en cualquier modo, se derivase un daño para el propietario, pues en este caso se tendrá que ejercitar sobre todo el edificio (55).

#### IV. MOMENTO HASTA EL QUE SE PODRÁ EJERCITAR EL DERECHO DE TANTEO

Otra cuestión que ha suscitado un vivo debate en la doctrina española, a diferencia de la italiana, consiste en la determinación del momento a partir del cual no cabe un ejercicio del derecho de tanteo sino

---

trar que la cesión, en un único acto, de una pluralidad de bienes supone una simulación, así como la mala fe de los contratantes que hayan añadido a la venta del inmueble arrendado otros bienes con el fin de eludir la aplicación de la norma y hacer inútil el derecho del arrendatario.

(52) V. ALOISIO, R., *op. cit.*, pp. 444 y ss.; ALPA, G., «La prelazione legale nella vendita di un immobile che comprende, in compendio, quello locato», en *Giust. civ.* 1981, I, 2726; CERVELLI, F. M., «La prelazione nell'ipotesi di vendita dell'intero edificio», en *Giust. civ.* 1982, I, 2835; App. Milano 20-III-1981, en *Giust. civ.* 1981, I, 1758; A. Roma, 4-XI-1986, en *Temi rom.*, 1986, 676; T. Lucca, 9-V-1987, en *Arch. locazioni* 1987, 338.

BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 232-235, considera que, si bien parece razonable, en este supuesto, no conceder el derecho de tanteo, ello implica que, de alguna manera, tal derecho queda expropiado y es necesario dar una compensación o indemnización. En el momento de la venta en bloque, el arrendador originario debería de pagar lo mismo que establece la ley en caso de tener que indemnizar por la pérdida de aviamiento.

(53) V. BRAVI, D., «Vendita in blocco e prelazione locatizia», en *Arch. locazioni* 1980, p. 327; Trib. Torino, 30-I-1982, en *Arch. locazioni* 1982, 717; Pret. Varese, 22-2-1980, en *Giur. merito* 1980, I, 763.

(54) PEREGO, E., «La prelazione legale nella vendita in blocco di edifici», en *Giust. civ.* 1981, II, 1763; PREDEN, R., «Ammissibilità della prelazione parziaria del conduttore nel caso di vendita di intero edificio», en *Giust. civ.* 1980, II, 237; ZANCHI, D., «Sull'ammissibilità della prelazione parziale del conduttore in caso di vendita in blocco dell'immobile», en *Dir. giur.* 1981, 791; Trib. Milano, 30-IX-1982, en *Giur. it.* 1983, I, 2, 480; App. Venezia, 16-VII-1983, en *Foro it.* 1983, I, 3005; T. Rimini, 5-III-1982, en *Riv. Not.* 1983, 153; T. Padova, 6-II-1986, en *Giust. civ.* 1990, I, 831; App. Venezia, 28-VIII-1989, en *Arch. locazioni* 1990, 277.

(55) V., especialmente, LECCESE, E., «La prelazione del conduttore nella vendita in blocco dell'immobile», en *Prelazione... cit.*, pp. 298 y ss. Esta autora señala que una cierta orientación de la jurisprudencia hacia su tesis se puede observar en Cass., 24-X-1983, n. 6256, en *Foro it.* 1983, I, 3004 y ss., pues, aunque esta decisión se alinea en la tesis negativa, en la motivación de la sentencia se afirma que una correcta aplicación del citado art. 38 exigirá tener en cuenta caso por caso y resolverse en relación a cada concreta hipótesis, sobre todo, por la necesidad de verificar que la unidad del acto de venta no sea un medio para eludir las normas sobre el tanteo.

del derecho de retracto. Cuestión que se plantea dada la eficacia obligatoria del contrato de compraventa en nuestro ordenamiento (56). La compraventa no produce por sí misma efectos jurídicos reales. Es título válido para justificar una entrega, una «traditio» que, junto con dicho título, constituirá un procedimiento de transmisión de propiedad. Se plantea el problema de determinar si la celebración del contrato de compraventa, incluso, sin que contemporáneamente se produzca la «traditio» y, por tanto, la transmisión de la propiedad, es suficiente para legitimar la acción de retracto, o todavía, hasta que se produzca tal transmisión, podrá ejercitarse el derecho de tanteo.

El texto de los arts. 47 y 48 de la LAU no nos ofrece una respuesta unívoca. El art. 47.1 de la LAU establece como punto de referencia para el inicio del cómputo del plazo, para el ejercicio del derecho de tanteo, la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, dando lugar a una primera interpretación en el sentido de que se refiere a momentos anteriores a la perfección de la venta. Sin embargo, el art. 48.1 de la LAU se refiere en todo momento a la transmisión y el art. 48.2 señala, como inicio del cómputo para el ejercicio del derecho de retracto, la notificación que, en todo caso, exige realice «el adquirente al inquilino arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada». Este último texto normativo parece dar por hecho una adquisición de la propiedad.

Como hemos tenido ya ocasión de observar, la redacción del art. 47.1 de la LAU recoge fundamentalmente la dicción que ofrecían las anteriores LAU, las cuales se referían a la venta y la cesión solutoria. Y a su vez esta normativa recogía, esencialmente los supuestos que regula el Cc. en los arts. 1521 y siguientes. Será interesante analizar, por tanto, si el Código civil aclara la interpretación. Para ello pasaremos un rápido análisis a los antecedentes históricos de dicho art. 1521 del Cc.

El Proyecto de Código civil de 1836, en sus arts. 1152 y 1153 fijaba el momento de actuación del tanteo en la «celebración de la compraventa». No obstante, el art. 1175 del mismo proyecto afirmaba que el retracto actuaba una vez producida la transmisión. Sin embargo, el art. 1172 declaraba que el retracto producía el efecto de subrogación del retrayente en lugar del comprador, considerándose la venta primera como hecha a favor de aquél. En el Proyecto de Código civil de 1851 desaparece toda alusión al tanteo a pesar de mantener el retracto en la misma sede sistemática que su antecedente de 1836. Es decir, como apéndice al contrato de compraventa. No obstante, en este segundo

---

(56) En el ordenamiento jurídico italiano, la compraventa produce efectos reales (cfr. art. 1470 del «Codice civile»). Sólo en tres casos produce únicamente efectos obligatorios: cuando se trata de venta de cosa futura (cfr. art. 1472 «Codice civile»), de venta de cosa ajena (cfr. art. 1478 «Codice civile») y de venta de cosa determinada sólo por su pertenencia a un género (cfr. art. 1178 «Codice civile»). No obstante, estos últimos supuestos quedan fuera de las figuras jurídicas que, en este momento, analizamos.

proyecto la sistemática era diversa, pues contenía la disciplina del retracto en un capítulo que denominaba «De la resolución de la compraventa» en la que incluía una primera Sección, dedicada al «Retracto convencional», y una segunda al «Retracto legal», disciplinando en la primera, en realidad, el pacto de retro, provocando así una cierta confusión, que luego se reflejará en el Cc. actual, al aparecer el pacto de retro y el retracto como especies de un mismo género.

Algunos autores han explicado la falta de alusión del derecho de tanteo en el carácter del sistema de transmisión de los derechos reales, previsto en el Proyecto de 1851, que introduce un sistema «consensual» de transmisión, que prescindía de la tradición como requisito indispensable (art. 548). Estos autores consideran ejercitable el derecho de tanteo una vez que se ha perfeccionado el contrato, de ahí que, en este caso, les parezca inútil su disciplina (57).

No obstante, este Proyecto continua en su art. 1450 refiriéndose al retracto como derecho a subrogarse en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago. Paradójico supuesto que produciría una subrogación en una situación jurídico real.

Esta oscuridad se desplaza, a través del anteproyecto de 1882-1888 hasta el Código civil, en el que destacan los siguientes aspectos: mantenimiento de la confusión sistemática; consideración, en el art. 1506 «in fine» del retracto como causa de resolución; descripción en el art. 1521 de la actuación de ese derecho como una «subrogación»; olvido del derecho de tanteo en esta sede. Olvido que no puede explicarse ni siquiera por las razones que algunos autores han señalado respecto del Proyecto de 1851, pues el art. 609 del Cc., en su párrafo segundo «in fine», establece un sistema transmisivo de corte romano (58).

Además incorpora un derecho de adquisición preferente inexistente en los antecedentes citados, el de colindantes. Genera una heterogeneidad en los puntos de referencia tenidos en cuenta por las diferentes hipótesis legales de los diversos retractos. Así la identificación de la figura jurídica en la que encuentra soporte el retracto en los arts. 1522 (referido al retracto de comuneros) y 1656. 6.º (retracto en los foros) se realiza desde una óptica real (art. 1522: ... «en el caso de enajenarse...», art. 1656. 6.º: «... en las enajenaciones...») Y, sin embargo, en los art. 1523 (retracto de colindantes) y 1636 (retracto enfiteúutico) esta figura es obligacional (art. 1523: «... cuando se trate de la venta...», art. 1636: «... siempre que vendan o den en pago...»). Por su parte el art. 1521 (referido al retracto en general), define el derecho de retracto como el derecho de subrogarse, lo cual hace pensar en una posición obligatoria aún existente y, sin embargo, añade que tal subrogación se realizará en lugar del «que adquiere», posición individualizada desde una óptica real. Por otra parte, el art. 1506 «in fine» del Cc. con-

---

(57) V. COCA PAYERAS, M., *op. cit.*, pp. 46-48.

(58) V. COCA PAYERAS, M., *op. cit.*, pp. 48-49.

sidera el retracto causa de resolución de la compraventa. No aporta el Código civil más datos para resolver esta cuestión que, al contemplar el retracto en general, se limita a ofrecer una breve regulación de los presupuestos y plazos de ejercicio de los retractos legales.

La doctrina y la jurisprudencia, conscientes de la impropiedad y brevedad con la que el Código civil aborda los derechos de tanteo y retracto y tomando en consideración los motivos históricos de la confusión y oscuridad, han intentado ofrecer una interpretación lógica y sistemática. En este sentido, se ha considerado que la Sección II del Capítulo VI, Título IV, libro IV del Código, si bien sólo menciona el retracto, va referida también al tanteo. Sin embargo, como es sabido y la doctrina lo ha destacado, el retracto convencional definido en el art. 1507 y el legal del art. 1521 no constituyen una misma institución diferenciada sólo por el origen, voluntario, el primero, y legal, el segundo. Con el mismo nombre de retracto se regulan figuras distintas que tienen en común el nombre y que comparten la aplicación de algunos preceptos (por la remisión del art. 1525 a los arts. 1511 y 1518 del Cc.).

En orden a la cuestión que analizamos, en doctrina y jurisprudencia, podemos observar las dos posturas, la que considera como límite para el ejercicio del derecho de tanteo la celebración del contrato y la que, sin embargo, permite su ejercicio hasta que se produce la transmisión de la propiedad.

La corriente doctrinal que considera que la celebración del contrato marca el límite temporal y funcional para el ejercicio del derecho de tanteo se apoya fundamentalmente en la literalidad de la ley, pues tanto la LAU, como el Código civil, cuando disciplinan el retracto en general, se refieren a venta o dación o cesión en pago y en la referencia que el Código civil realiza al derecho de retracto, al que califica como derecho a subrogarse, subrogación que sólo tendría sentido mientras exista todavía una posición jurídico-obligatoria (59). Algunos autores consideran que también avalan esta posición razones de conveniencia y utilidad jurídica, puesto que un derecho debe tenerse por nacido y poder ejercitarse desde el momento que se dan todas las condiciones para su existencia, sin necesidad de supeditarlo a posteriores efectos llevados a cabo por terceras personas. Además, encuentran confirmación de su tesis en la necesidad de procurar en lo posible la estabilidad en los negocios jurídicos del tráfico económico (60).

Asimismo es posible observar una corriente doctrinal, que podemos calificar como mayoritaria en la actualidad, que admite el ejercicio del derecho de tanteo hasta el momento que el tercero adquiere la propiedad, pues considera que es esta adquisición lo que realmente viola el derecho de tanteo. En este momento se producen los efectos

---

(59) V. CLEMENTE DE DIEGO, F., «Consulta», en *RDP*, 1929, pp. 335-344; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 100-101.

(60) V. IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 100-101.

que el legislador pretende supeditar a la voluntad del arrendatario de no querer hacer prevalecer su preferencia. Además, esta doctrina ha criticado el uso de la terminología que presenta el Código civil al referirse a la subrogación en caso de retracto (61).

La jurisprudencia, en un principio, pudo considerarse vacilante. No obstante, cuando parece haberse inclinado por la teoría de la perfección, lo ha hecho sin pronunciarse expresamente sobre esta cuestión (62) y, cuando se ha inclinado por la otra teoría, lo ha hecho respondiendo expresamente a esta problemática. Además, si en un principio podía considerarse, como hemos señalado, que la jurisprudencia se había mostrado vacilante, posteriormente y en la actualidad, se ha manifestado decididamente por la segunda teoría (63).

El derecho de tanteo podrá ejercitarse hasta que la propiedad se transmita a un tercero. Esta conclusión se combina perfectamente con el sentido y finalidad propios del derecho de retracto que, en definitiva, es el poder de adquirir un bien incluso cuando ha salido del patrimonio del obligado, violándose el derecho de tanteo. El derecho de retracto es un mecanismo protector de la adquisición preferente a que tiene derecho el tanteante. Mecanismo que ofrece una posibilidad de satisfacer tal derecho, concediendo una protección que el ordenamiento no concede de otro modo. Al pasar el bien al patrimonio de un tercero, momento en que el derecho de tanteo, como poder de adquirir con preferencia la propiedad y excluir así la adquisición de un tercero, se vería violado definitivamente, el tanteante no tendría medios jurídicos para oponer su derecho, en caso, especialmente, de buena fe de este tercero y quedaría reducido el ejercicio del derecho de adquisición preferente al resarcimiento de daños y perjuicios, al contenido de una obligación. Sin embargo, el legislador pretende proteger tal adquisición con una tutela realmente efectiva, ya que, de otra forma, sería excesivamente fácil poder impedir la satisfacción del derecho de adquisición preferente. Para ello, concede a su titular, en caso de violación del derecho de tanteo, una protección particular que el ordenamiento no le concede de otro modo: la posibilidad de dirigirse frente a terceros ad-

---

(61) ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 331, 335, 345; ARECHEDERRA ARANZADI, L., «Los derechos de tanteo y retracto convencionales configurados con carácter personal», en *RDJ* 1980, p. 124; AZPIAZU, J., *loc. cit.*, p. 86; BADENES GASSET, R., *op. cit.*, p. 7; CARRETERO, T., *loc. cit.*, p. 789; COCA PAYERAS, M., *op. cit.*, pp. 36-37, 54 y ss.; DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 563; FIGA FAURA, L., «El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado», en *RDJ* 1948, p. 881; GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, p. 106; GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, p. 585; HIJAS PALACIOS, J., *loc. cit.*, p. 539; PACANOWSKA GONZÁLEZ, I., «Retracto de origen voluntario», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia 1989, pp. 324 y ss.

(62) V. STS de 27-X-1933 (RA 416); 12-VI-1951 (RA 3029).

(63) V. STS de 19-XII-1935 (RA 2464); 20-V-1943 (RA 572); 6-II-1965 (RA 529); 19-XII-1968 (RA 5886); 28-III-1969 (RA 1653); 25-X-1969 (RA 4982); 30-X-1969 (RA 5057); 19-I-1971 (RA 217); 23-I-1971 (RA 289); 22-II-1974 (RA 646); 21-IV-1975 (RA 1820); 20-VI-1980 (RA 3079); 30-IV-1985 (RA 2004); 29-IV-1986 (RA 2066).

quirentes, terceros que pueden haber adquirido de buena fe y que, incluso, pueden haber inscrito su título en el Registro de la Propiedad.

De ahí que entendamos con la mayoría de la jurisprudencia y gran parte de la doctrina que el retracto podrá ejercitarse una vez adquirida por parte de un tercero la propiedad (64).

Se pueden observar, por tanto, supuestos en los que se ha celebrado un contrato de compraventa entre el propietario alienante y un tercero, contrato en virtud del cual el alienante está obligado a entregar el bien, y no haberse realizado todavía dicha entrega. Es posible, además, que, en un supuesto de este tipo, el titular del derecho de tanteo ejercite su derecho. Nos encontramos ante la presencia de dos esquemas de adquisición de la propiedad sobre un mismo bien. La solución que nuestro ordenamiento jurídico ofrece al posible conflicto entre tales esquemas adquisitivos está estrechamente unida a la naturaleza que se atribuya al mecanismo de adquisición de la propiedad que implica el ejercicio del derecho de tanteo. De ahí que dejemos la cuestión abierta y la abordaremos al explicar aquel procedimiento adquisitivo.

Y además, con la interpretación que admite el ejercicio del derecho de retracto al estipularse el contrato, aun cuando no haya habido «traditio», se llegaría a la paradoja de dirigir una acción de retracto, que fuerza una transmisión de la propiedad, frente a una persona que no ha adquirido todavía y, por tanto, no es propietario. Algunos autores han acudido para rechazar la posición que hemos apoyado a la alusión que el Código civil hace, en tema de retracto, al efecto subrogatorio que éste produce, lo cual sólo tiene sentido en caso de vigencia de una relación contractual no consumada. Sin embargo, consideramos, como observaremos más adelante, que, en ningún caso se puede reconocer una subrogación en el ejercicio del derecho de retracto.

De todas maneras, estimamos muy interesante la STS de 8-VII-1974 (65), en orden a la protección del titular de la adquisición preferente, más allá de las posibles complicaciones que el alienante o tercero puedan realizar, aprovechándose de esta posibilidad de celebrar un contrato sin transmisión de la propiedad, para burlar el derecho del tanteante o retrayente, ya que es posible que dicho sujeto tenga conocimiento de un contrato de venta en escritura privada y no de la posterior escritura pública, o no sepa realmente si ha habido o no «traditio» válida.

En esta sentencia se realiza una interpretación de los hechos, quizás, algo forzada, considerando realizada la «traditio» con el fin, funda-

---

(64) Es interesante observar, no obstante, que lo que en realidad se exige es la salida del inmueble del patrimonio del alienante y su adquisición por el tercero. Puede ser que este momento ni siquiera coincida con la total consumación del contrato de venta, pues es posible ejercitar el retracto aun cuando se ha aplazado el precio, si ya se ha transmitido la propiedad (V. FIGA FAURA, L., *loc. cit.*, pp. 880 y ss.; HILAS PALACIOS, J., *loc. cit.*, p. 540).

(65) RA 3555.



mentalmente, de reconocer el derecho de retracto ejercitado por el actor frente a la pretensión de los demandados, que intentan frustrar dicho ejercicio, negando la realización de la «traditio» y, por tanto, la existencia de los presupuestos del retracto. El Tribunal Supremo da por consumada la venta aunque sólo se ha presentado una escritura privada y el inmueble sigue ocupado por el arrendatario, basándose en una comunicación, hecha por la vendedora al arrendatario, de la venta y del nuevo propietario al que deberá dirigirse para el pago del alquiler. Deduce de tal comunicación que la posesión mediata se ha transmitido. Insiste esta sentencia en la necesidad de interpretar las normas que regulan el tanteo y el retracto en la LAU teniendo presente siempre la finalidad protectora del inquilino y arrendatario, que caracteriza tal ley. Interpretación que se orientará a evitar que puedan prevalecer maniobras o argucias encaminadas a crear situaciones que dificulten el derecho de un arrendatario, a facilitar el logro de un resultado contrario a la justicia, pues ello equivaldría a tutelar la mala fe y la posibilidad de burlar legítimos derechos establecidos por la ley en favor del arrendatario.

## V. INTRODUCCIÓN A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE TANTEO

Tradicionalmente la doctrina española ha venido considerando el derecho de tanteo como un derecho real, derecho real de adquisición preferente. Inspirándose en la doctrina alemana, se ha considerado que este tipo de derecho constituye una categoría independiente de derecho real (66). Entre los derechos reales se han distinguido diversas categorías: derecho de propiedad y derechos limitativos de la propiedad, y, entre estos, se distinguen, a su vez, los que limitan el uso y disfrute y los que limitan la facultad de disposición. Entre estos últimos se pue-

---

(66) V. ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 329-330; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente», en *ADC* 1965, pp. 979-980; ARECHEDERRA ARANZADI, L., *Los derechos... loc. cit.*, pp. 124, 130; BADENES GASSET, R., *op. cit.*, pp. 25-28; CASALS COLLECARRERA, M., *op. cit.*, p. 50; DE LA RICA, R., «El derecho de tanteo: su naturaleza. Posibilidad de inscripción. Efectos de ésta. Título inscribible y circunstancias de la inscripción», en *RCrDI* 1979, pp. 1037-1038; GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, p. 100; GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.*, pp. 547, 587; GÓMEZ CALERO, J., «Notas sobre el retracto de comuneros en el Código civil español», en *RDP*, 1963, pp. 776-778; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 25 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDEZ, C., «Hacia la consagración jurisprudencial de los derechos reales de adquisición preferente (Comentario a la Sentencia de 3 de abril de 1981)», en *ADC* 1983, p. 301; SANTOS BRIZ, J., *loc. cit.*, pp. 337-338, 355 (si bien este autor añade que quizás sea conveniente buscar una nueva concepción de estos derechos, distinguiendo sus aspectos obligacional y real). V., además, STS de 6-II-1947 (RA 142); 12-XI-1963 (en *ADC* 1965, pp. 955-956); 10-II-1966 (RA 447); 3-XII-1970 (RA 5356); 3-IV-1981 (en *ADC* 1983, pp. 299 y ss.).

den observar, por un lado, los de hipoteca y prenda y, por otro lado, los de adquisición preferente de la propiedad, incluyendo entre éstos el derecho de tanteo, el retracto y el derecho de opción (67).

La doctrina ha explicado tradicionalmente este encuadramiento y calificación a través de un estudio que se ha preocupado especialmente del derecho de retracto y de las notas que lo caracterizan. Entre éstas se han destacado, como reveladoras de su naturaleza real, en primer lugar, el objeto sobre el cual recae tal derecho, que se trata siempre de una cosa determinada y específica, su oponibilidad *erga omnes*, el poder de exclusión que conlleva y el poder de persecución del bien, incluso, frente a terceros (68).

Fundamentada la naturaleza real del derecho de retracto en estos argumentos, se ha interpretado que también pueden observarse en el derecho de tanteo pues se considera, generalmente, que participa de la misma naturaleza o esencia del retracto. Se tratarían de dos momentos de una figura de adquisición preferente (69).

En efecto, tanto el tanteo como el retracto recaen sobre un objeto determinado y específico. Y estos derechos se pueden ejercitar haciendo prevalecer la preferencia en la adquisición frente a cualquier persona que pretenda, desee, o haya ya adquirido. Otra cuestión es que esta constatación, especialmente referida a la tutela del derecho, de que participa de los caracteres de la tutela real nos lleve necesariamente a reconocer en estas figuras un derecho real, cuando, además, podemos observar otras características que se alejan de las que generalmente identifican a un derecho real.

En este sentido no es posible observar un poder directo e inmediato sobre la cosa, ni siquiera un poder jurídico (70). No depende del titular del derecho de tanteo el decidir cuándo ejercitarlo, incluso puede que no se encuentre en situación de ejercitarlo nunca, porque la transmisión, por ejemplo, se realice a través de esquemas contractuales que no son ni la venta, ni la cesión en pago. El bien puede circular, gravarse, sin que el titular del derecho de tanteo pueda oponer ningún poder sobre dicho bien inmueble. Tampoco puede ejercitarse, es decir, hacer valer este hipotético poder, en caso de que el inmueble arrendado for-

---

(67) V. GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, p. 100.

(68) V., especialmente, ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 330; GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, pp. 102-104; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 25 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *loc. cit.*, pp. 301 y ss.

(69) V. AMOROS GUARDIOLA, M., *loc. cit.*, p. 979; DE LA RICA, R., *loc. cit.*, 1038; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 15-16; LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, p. 350; SANTOS BRIZ, J., *loc. cit.*, p. 337.

(70) En esta línea, v. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid 1986, p. 73 y ARECHEDERRA ARANZADI, L., *Los derechos... loc. cit.*, p. 125. En contra expresamente, ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 330; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 30 y ss. y a este último autor se adhiere BADENES GASSET, R., *op. cit.*, pp. 27-28.

me parte de una unidad más amplia que se transmite como tal unidad. Se trata de un derecho instrumental, de un poder para adquirir la propiedad. Es decir, la facultad de adquirir la titularidad de un derecho real. Los derechos reales presentan en sí mismos su fundamento y, en las facultades que otorgan a su titular, encuentran su función, su finalidad. El derecho de tanteo es un derecho que otorga un poder de adquisición, un medio o instrumento para obtener un derecho real.

Es interesante, igualmente, notar que es un derecho destinado a no perdurar en el tiempo, en el sentido de que, si bien el arrendatario mientras siga siéndolo podrá ejercitarlo cuando se reúnan los presupuestos necesarios para ello, el ejercicio de tal derecho lo extingue. Esta observación se conecta con el carácter instrumental que señalábamos anteriormente. Al ser instrumento para adquirir un derecho real, al producirse su puesta en acción y facilitar tal adquisición, termina su función y con ella su vida.

El derecho de tanteo no concede un poder sobre la cosa, pues, al máximo, se podría hablar de un poder para adquirir un dominio sobre la cosa. Poder que, por los presupuestos necesarios para ser ejercitado, que quedan fuera del ámbito de la voluntad del titular, no puede realmente identificarse con el contenido de un derecho real sobre la cosa.

Mayor dificultad para ser encuadrado en una figura de ese género encuentra el derecho de tanteo y retracto que se reconoce al arrendador de un local de negocio en el caso de traspaso del local. En este supuesto, el arrendatario tiene intención de ceder por un precio el contrato de arrendamiento sobre un local de negocio. En esta hipótesis, el derecho de tanteo concede una preferencia en orden a la adquisición de una situación jurídico-contractual, cuyo contenido esencial, constituido por derechos y obligaciones, consiste en el derecho de usar la cosa arrendada con la obligación de destinarla al uso pactado y pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos. En este caso, la posibilidad de hacer recaer el poder que concede el derecho de tanteo sobre una cosa determinada y específica resulta todavía más difícil y artificioso (71). De hecho, algunos autores consideran este poder de naturaleza distinta a la de los ordinarios derechos de tanteo y retracto, como derechos de adquisición preferente de la propiedad (72). No obstante, todo ello demuestra que nos encontramos esencialmente ante una figura instrumental, un mecanismo dirigido a consolidar una situación jurídica nueva. Situación jurídica que podrá ser de naturaleza real u obligacional, lo que forzosamente hace que sean distintos los efectos

---

(71) No obstante, algunos autores españoles, igualmente, califican de derecho real esta figura, v., especialmente, ARECHEDERRA ARANZADI, L., *Tanteo...*, loc. cit., pp. 27, 29.

(72) V. CORBO, N., *op. cit.*, pp. 303-304. Este autor se adhiere a la doctrina que, insistiendo en esta diferente naturaleza, consideran que sería más correcto usar, en este caso, el término de «preferencia» y distinguirlo de los derechos de adquisición preferente de la propiedad.

del uso de tal institución jurídica y, en la medida que tales efectos condicionen su naturaleza, será diferente también ésta. De todas maneras queda patente el carácter esencialmente instrumental de esta figura.

Consideramos, por tanto, que no puede catalogarse como derecho real, si bien no puede tampoco negarse que el legislador le atribuye una tutela que comparte aspectos esenciales con la tutela con la que protege a los derechos reales (73). De ahí que sea posible afirmar una tutela de efectos reales dispensada a un tipo de derecho que, sin embargo, se aleja sensiblemente, en cuanto a su naturaleza, de los derechos reales (74). No obstante, es importante tener en cuenta los debatidos y criticados límites de la figura del derecho real. En la actualidad, nos encontramos con ejemplos de derechos reales que ponen en tela de juicio ciertas cualidades consideradas tradicionalmente características de un derecho real. De ahí que todo intento de separación y distinción de un derecho subjetivo respecto del derecho real se vea afectado de esta afirmación relativa de contornos.

Algunos autores españoles, que reconocen los importantes puntos que alejan tal derecho de los derechos reales, califican el derecho de tanteo y de retracto como limitaciones legales de la propiedad (75). Más concretamente limitaciones a la facultad de disposición del titular de la propiedad, que ve vinculada su facultad de transmitir, en determinados casos, al sujeto que él considere, pues verá canalizada la dirección de su voluntad hacia el sujeto que la ley le impone preferir.

Efectivamente la existencia del derecho de tanteo supone una cierta limitación de la facultad de disponer del propietario o, en su caso, del arrendatario sobre la propia situación jurídica derivada del contrato de arrendamiento de local de negocio. Sin embargo, no consideramos esta calificación suficiente para explicar la naturaleza jurídica de esta figura. Supone analizarla sólo desde el punto de vista de los efectos que produce en la esfera de poder del propietario o arrendatario, es decir, del sujeto que aliena. Sin embargo, no queda claro la naturaleza del poder o facultad que se concede al titular del derecho de tanteo. Con su ejercicio se condiciona de alguna manera al alienante, pero constatar este efecto no agota la naturaleza de esta institución. Se limita el poder de alienante, pero a través de un instrumento particular que concede un determinado poder a otro sujeto, un poder concreto que producirá efectos inmediatos en la esfera jurídica del sujeto alienante, que podrán

---

(73) V. Díez-PICAZO, L., *op. cit.*, pp. 42-46, 73.

(74) En Italia, la doctrina y la jurisprudencia admiten sin discusiones que no nos encontramos ante un derecho real, sino ante una figura instrumental para la adquisición, en su caso, de un derecho real. No obstante esta unanimidad, no se puede observar acuerdo en la naturaleza obligacional o potestativa de la facultad que la ley concede al tanteante (v. MOSCARINI, L. V., «Riflessioni conclusive: Categorie civilistiche della prelazione», en *Prelazione... cit.*, pp. 717-718; TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 42, 179.

(75) LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, pp. 347 y ss. y ROCA SASTRE, R. M., *op. cit.*, p. 602. V. además, STS de 27-IX-1962 (RA 3786); 2-IV-1985 (RA 1679).

agruparse en su conjunto como una limitación del poder de disposición, pero que es necesario individualizar. Será preciso, por tanto, detenerse en el análisis de cada uno de los elementos y fases que intervienen en el nacimiento, ejercicio y eficacia de tal derecho, para poder determinar sus presupuestos, sus requisitos intrínsecos, los efectos que derivan de su ejercicio. Sólo así podremos poner de manifiesto la naturaleza de tal derecho (76).

En este análisis la atención se dirigirá especialmente a los aspectos de carácter estructural. El examen se centrará sustancialmente en los presupuestos para el nacimiento de este derecho, los actos a través de los cuales el derecho de tanteo se ejercita y los efectos que conlleva. Son en realidad los aspectos de su configuración en los que es posible encontrar mayores incertezas interpretativas.

## VI. NATURALEZA DEL ACTO DE COMUNICACION DEL ALIENANTE

El primer acto al que se refiere el legislador en el procedimiento de ejercicio del derecho de tanteo es la notificación fehaciente, por parte del alienante, de la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado (art. 47.1 de la LAU) o, en su caso, de traspasar el local de negocio (art. 35.1 de la LAU). Es necesario, por tanto, plantearse la naturaleza de dicho acto, así como sus efectos. Ni la doctrina española, ni la jurisprudencia han sido muy explícitas en esta materia.

En Italia, sin embargo, este tema ha sido objeto de un interesante debate en la doctrina, avivado, además, por una serie de decisiones jurisprudenciales contrapuestas. Partiendo de presupuestos normativos, en este punto, análogos a los ofrecidos por la ley española de arrendamientos urbanos, es posible observar una pluralidad de interpretaciones. En términos generales se pueden agrupar las distintas explicaciones que doctrina y jurisprudencia italianas han ofrecido sobre la naturaleza del acto de comunicación, en varias líneas de pensamiento:

Algunos autores consideran que, en realidad, dicha comunicación encierra una oferta contractual que el alienante realiza al arrendatario (77).

---

(76) V. *infra* epígrafe VII.

(77) V. BUSONI, A., y SALSÌ, P., «Sulla natura giuridica della "denuntiatio" nella prelazione urbana», en *Corriere giuridico* 1990, p. 469; CAPUTO, E. *Natura giuridica della denuntiatio*, en *Giust. civ.* 1983, I, 1332; CASAROTTO, G. G., «I nuovi problemi della prelazione urbana», en *Riv. dir. civ.* 1978, II, pp. 633 y ss.; SCOGNAMIGLIO, C., «Osservazioni sulla natura della comunicazione del locatore "ex" art. 38.1, n. 392 del 1978», en *Giur. it.* 1986, I, 1, 1383-1384; TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 101 y ss.; Cass., 24-X-1983, n. 6256, en *Foro it.* 1983, I, 3004; Cass., 16-VI-1988, n. 4103, en *Giust. civ.* 1988, I, 2585; T. Roma, 15-VI-1981 n. 5364, en *Temi rom.* 1981, II, 228; T. Rieti 17-IV-1987, en *Giust. civ.* 1987, I, 1543.

Otros autores consideran que se trata, sin embargo, de una comunicación que no tiene más finalidad que la de poner en conocimiento del arrendatario un evento. Evento que permite el ejercicio del derecho de tanteo. No nos encontraríamos ante una declaración negocial, ante una propuesta de contrato, sino ante una declaración de ciencia que participa al arrendatario de la existencia de los presupuestos de hecho necesarios para ejercitar su derecho (78).

Otros autores han considerado que, en esta comunicación, se manifiesta una invitación dirigida al arrendatario para que éste realice una oferta en las condiciones indicadas (79).

Cada una de estas concepciones implica una serie de consecuencias de gran relevancia. Y, sobre todo, partiendo de estas distintas concepciones de la naturaleza del acto de comunicación del arrendador, la doctrina y la jurisprudencia han ofrecido diferentes explicaciones del modo de adquisición de la propiedad por parte del arrendatario.

Sin embargo en España, la mayoría de la doctrina, sin definir la naturaleza de este acto, lo interpreta esencialmente como punto de referencia para el cómputo del plazo de ejercicio del derecho de tanteo, como parece deducirse de la literalidad de los arts. 35.1 y 47.1 de la LAU (80) y como acto tendente a poner en conocimiento del arrendatario todas las circunstancias concurrentes en la transmisión proyectada, para que el arrendatario pueda, a su vez, ejercitar el derecho de tanteo (81).

Algunos, si bien escasos, autores y el Tribunal Supremo, en ciertas ocasiones, han parecido indicar que tal notificación constituiría una oferta (82), si bien no puede observarse una afirmación clara de la identidad del contenido y efectos de ambos actos en general.

(78) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 264-265; FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 39-41; GIARDINI, P. M., *op. cit.*, pp. 263-264; PIERALLINI, L., «Contenuto della denunziatio nella prelazione legale e volontaria», en *Riv. notar.* 1983, 1138-1140; MOSCARINI, L. V., *op. cit.*, p. 723; NUZZO, M., *op. cit.*, pp. 74-75, 83-84. Cass., 9-V-1985, n. 2897, en *Foro it.* 1985, I, 3105; Cass., 26-X-1985, n. 5283, en *Rass. equo canone* 1985, 236; Cass., 10-IV-1986, n. 2521, en *Foro it.* 1986, I, 2162; Cass., 17-IV-1986, n. 2726, en *Rass. equo canone* 1986, 141; Cass., 29-VII-1987, n. 6576, en *Arch. locazioni* 1987, 644; Cass., 7-XI-1987, n. 8247, en *Foro it.* 1988, I, 1149; Cass., 4-XII-1989, n. 5359, en *Corriere giuridico* 1990, pp. 465 y ss.

(79) V. FERRONE, P. «Sulla natura della comunizazione del locatore nella prelazione ex art. 38 della l. n. 392 del 1978», en *Giur. it.* 1984, I, 2, pp. 195 y ss.; TONDO, S., «Configurazione della prelazione urbana», en *Riv. notar.*, 1981, pp. 14 y ss. y 30; Cass., 9-V-1985, n. 2897, en *Mass. Foro it.* 1985; Cass., 26-X-1985, n. 5283, en *Foro it.* 1985, I, 3105; Cass., 19-I-1988, n. 356, en *Foro it.* 1988, I, 1148; Cass., 10-VI-1988, n. 4103, en *Foro it.* 1989, I, 446.

(80) V. DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *op. cit.*, pp. 570-571; GARCÍA AMIGO, M., *loc. cit.*, p. 106; IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 159, 211-212; SANTOS BRIZ, J., *loc. cit.*, p. 365.

(81) V. LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, p. 358.

(82) En este sentido v. BADENES GASSET, R., *op. cit.*, p. 184; SANTOS BRIZ, J., *loc. cit.*, 364 y LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, p. 359. Esta última autora entiende que si la

La ley no resuelve el problema de forma definitiva pues si nos atenemos a la literalidad del art. 35 de la LAU sólo se refiere a la notificación de la decisión de traspasar y del precio que le ha sido ofrecido. Y el art. 47 hace referencia a la notificación en forma fehaciente de la decisión de vender o ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado, el precio ofrecido por cada piso o local de negocio, las condiciones esenciales de la transmisión y el nombre, domicilio y circunstancias del comprador.

Si tenemos en cuenta la literalidad de la descripción de otros derechos de tanteo concedidos en nuestro ordenamiento jurídico privado, podemos observar términos todavía más expresivos: para el ejercicio del derecho de tanteo reconocido en virtud de la enfiteusis al dueño directo y al útil (art. 1636 del Cc.) señala el art. 1637 Cc.: «el que trate de enajenar el dominio de una finca enfiteútica deberá *avisarlo* al otro condueño, declarándole el precio definitivo que se le ofrezca, o en que pretenda enajenar su dominio».

Respecto del tanteo y retracto que la ley concede a los coherederos, el art. 1067 del Cc. señala la posibilidad de ejercitarlo «con tal que lo verifiquen en término de un mes a contar desde que esto *se les haga saber*». El art. 1656, 6 del Cc. concede el derecho de tanteo y retracto al cedente y al cesionario del derecho sobre las plantaciones «con la obligación de *darse el aviso* previo que se ordena en el art. 1637». El art. 87 de la LAR señala que «el transmitente *notificará de forma fehaciente* al arrendatario su propósito de enajenar». No obstante, es necesario tener en cuenta que el art. 90.3 de la LAR se refiere al «oferente» para referirse al sujeto que hace la notificación y el art. 36.1 de la LAU concede el derecho de retracto al arrendador en caso de que no le haya sido realizada «la preceptiva oferta o hubiere realizado el traspaso por precio inferior al que le notificó».

No resuelve definitivamente el problema, por tanto, el texto legal.

El considerar o no dicha comunicación una oferta no presenta escasas consecuencias jurídicas. Si tal notificación contiene una oferta significa que deberán exigirse los requisitos de forma, capacidad y legitimación necesarios para una oferta válida, a la cual, además, se aplicará la disciplina sobre la revocabilidad o irrevocabilidad de la oferta (83).

---

notificación del arrendatario es positiva, el negocio jurídico surtirá efectos a partir del momento en que el arrendador conozca la decisión del arrendatario, perfeccionándose el contrato, según el art. 1262 del Cc., al concurrir la oferta y la aceptación. No obstante, posteriormente afirma expresamente que la notificación en el tanteo no actúa como una verdadera oferta. V., en jurisprudencia, especialmente, STS de 30-X-1969 (RA 5057); 22-XII-1969 (RA 6201); 30-VI-1970 (RA 3286). En este sentido, también, Audiencia Territorial de La Coruña, 13-III-1984 (en FUENTES LOJO, J. V., *Suma de arrendamientos Urbanos*, Tomo III, Barcelona 1989, p. 65).

(83) En la doctrina italiana, sobre las diferentes consecuencias que se derivan de considerar esta comunicación como portadora o no de una oferta, v. NUZZO, M., *op. cit.*, pp. 72-73 y 78.

Se trata de una calificación y una disciplina que la letra de la ley no permite suponer. El legislador pone el acento en un modo particular de transmisión de un acto, de una declaración. El contenido de tal comunicación lo constituyen todos los elementos esenciales de una proyectada enajenación con un tercero, entre los que se incluye, nombre, domicilio y circunstancias del comprador, circunstancias extrañas al contenido de una oferta y necesarias o, al menos, importantes en una comunicación de la intención de alienar y de la proyectada transmisión en la que se exterioriza tal intención (84).

En este mismo sentido, no es posible deducir de la norma positiva que dicha comunicación sea manifestación de una voluntad actual de vender al sujeto al que se le dirige. Voluntad que es elemento indispensable de una oferta (85).

No nos encontramos ante un esquema jurídico a través del cual una persona pone de manifiesto a otra su voluntad de celebrar un contrato, buscando el encuentro con una voluntad, por parte de dicho sujeto, dirigida en este mismo sentido, es decir, una adhesión. No se trata de un esquema que compone el interés de ambos sujetos a contratar, el uno con el otro.

Los intereses que ordena el esquema jurídico del tanteo son distintos. Nos encontramos en presencia de un procedimiento negocial del cual el arrendatario no forma parte. No obstante, la ley le concede el poder de hacer valer su preferencia. Tal procedimiento es presupuesto

---

(84) V. FURGUIELE, G., *op. cit.*, pp. 79-80.

(85) V., en doctrina italiana, sobre este mismo punto, BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 256 y ss. y GIARDINI, P. M., *op. cit.*, p. 263. En contra, BUSANI, A., y SALSI, P., *loc. cit.*, p. 469, señalan que, aunque es verdad que esta comunicación no deriva de una libre determinación de la voluntad, también es cierto que el alienante está determinado a realizar una oferta. Consideramos que esta segunda afirmación, suponiendo como destinatario el arrendatario, no está implícita en este mecanismo que es el tanteo. La intención de vender es cierto que ha quedado manifestada a través del procedimiento prenegocial o negocial entablado con el tercero, con el cual habrá perfilado la voluntad de vender, las condiciones, etc... El simple hecho de comunicar tal estado de cosas al arrendatario, en cumplimiento de una obligación impuesta por la ley, de tal modo que asegure el conocimiento por parte del destinatario de su posibilidad de ejercitar el tanteo, que la misma ley concede, no implica necesariamente una voluntad del arrendador dirigida a concluir el contrato con el arrendatario a modo de propuesta contractual.

En contra de la opinión que hemos mantenido en el texto, también se ha pronunciado TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 88-89, el cual considera que no impide que dicha comunicación pueda calificarse de oferta el hecho de que se trate de un acto debido y no expresión de un poder de autonomía, pues el contrato no es siempre instrumento de autonomía, pudiendo ser también un modo de cumplimiento de una obligación precedente. No obstante, consideramos que, precisamente, como este mismo autor señala al criticar la opinión de la doctrina que se manifiesta contraria al esquema de adquisición de la propiedad por el tanteante como simple aceptación de una oferta (v. pp. 94-96), es necesario una afirmación normativa expresa para poder deducir una obligación legal de realizar una oferta, sin que se pueda afirmar tal excepción al dogma de la autonomía contractual de la literalidad de una disposición que textualmente sólo obliga a realizar la comunicación de unas condiciones pactadas con un tercero.



de la obligación de notificación. El derecho de tanteo no tutela y protege un interés abstracto del preferido a adquirir la propiedad, sino un particular interés de dicho sujeto de ser preferido, en caso de futura adquisición de un tercero, y poder excluir e impedir que este tercero realice tal adquisición. De tal manera que, en el caso de que el arrendador quiera vender el inmueble y haga una oferta al arrendatario, estaremos en presencia de una oferta que inicia un procedimiento negocial tendente a la posible conclusión de un contrato, pero no ante la notificación a la que se refieren los art. 35 y 47 de la LAU. No obstante, puede observarse igualmente la hipótesis en la que, iniciado aquel procedimiento negocial entre el propietario y el tercero, el alienante, en el acto a través del cual pone en conocimiento del arrendatario tal evento, puede acompañar una oferta dirigida en especial al arrendatario. Observamos como notificación y oferta no son dos figuras fungibles. Su naturaleza jurídica y su finalidad son diversas, lo cual condicionará decisivamente los requisitos de forma, capacidad, legitimación y revocabilidad de ambas figuras (86).

Consideramos, pues, que esta notificación es una comunicación de una situación de hecho que tiene el fin de facilitar el ejercicio del derecho de tanteo. El titular del derecho de tanteo se encuentra ajeno al procedimiento formativo del contrato entre el alienante y el tercero, por ello el legislador obliga al alienante a poner a aquel en conocimiento de que puede ejercitar su derecho y las condiciones para ello.

Por último, es interesante observar cómo en la realidad práctica española se realizan tales declaraciones, lo cual nos podrá proporcionar un indicio más de la interpretación que prácticos del derecho, notarios, abogados, jueces, consideran exacta. Un análisis de los formularios de mayor uso en la práctica española pone de manifiesto que cuando el alienante, ya sea arrendador o arrendatario, en sus respectivos casos, quiere realizar la notificación prevista en los art. 47 y 35 de la LAU usa el conducto notarial, si bien no se trata de una escritura pública como sería obligatorio en caso de tratarse de una oferta, al referirse a la venta de un inmueble. Como es fórmula consagrada por el uso, contiene una declaración que pone de manifiesto la voluntad de vender a un determinado sujeto en las condiciones señaladas y que pone «en su conocimiento a los efectos legales oportunos» (87).

---

(86) En la doctrina italiana, sobre la diferencia entre los esquemas de oferta y aceptación y comunicación del arrendador y respuesta del arrendatario, v. NUZZO, M., *op. cit.*, pp. 82-85.

(87) *Formulario de Arrendamientos Urbanos*. Editorial Aranzadi, Madrid 1988, pp. 31-32.

#### VI.1. POSIBILIDAD DE EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO SI SE OBTIENE EL CONOCIMIENTO PRECISO POR OTRA VÍA DIVERSA DE LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE DEL ALIENANTE

Una vez afirmada esta naturaleza de la notificación, se plantea una cuestión que está estrechamente unida al análisis que hemos desarrollado hasta ahora: ¿Si se trata, dicha notificación, de una comunicación de un hecho para facilitar el ejercicio del derecho de tanteo, será requisito indispensable para poder realizar tal ejercicio? ¿Será posible ejercitar el derecho de tanteo cuando, aun sin haber realizado el alienante la notificación fehaciente, el tanteante ha tenido conocimiento de su voluntad de vender y del proyecto definitivo de contrato negociado con el tercero? La ley no presenta una afirmación definitiva de esta cuestión. Solamente obliga al arrendador o al arrendatario, en su caso, a realizar tal notificación y señala un plazo de ejercicio del derecho de tanteo que se inicia en el momento de tal notificación. Será necesario analizar los intereses que el legislador ha tutelado con la institución del derecho de tanteo y con el especial mecanismo que ha configurado para proteger a través de esta figura unas determinadas facultades de adquisición preferente.

El legislador ha pretendido tutelar a la parte contratante de un arrendamiento urbano frente a la alienación que de su derecho o de su posición contractual pudiera hacer el otro contratante, concediéndole el poder de hacer prevalecer su preferencia ante cualquier persona que pretenda adquirir. Y ha considerado importante tutelar tal interés desde el momento que el alienante ha decidido vender y ha exteriorizado dicha voluntad en un proyecto de transmisión definitivo, pues es, en este momento, en el que cobra pleno sentido la tutela que dispensa el derecho de tanteo. No obstante, el legislador ha establecido posteriormente una figura que tiene como finalidad procurar y posibilitar la adquisición del bien, de todas formas, por parte del tanteante, cuando se ha visto ignorado y violado su derecho a ser preferido en la adquisición.

En este marco se encuadra la obligación del alienante de notificar su decisión de vender y el proyecto contractual en el que dicha decisión se ha plasmado. Notificación que supone un acto de participación de un hecho. Hecho que constituye presupuesto para el ejercicio del derecho de tanteo. El legislador, al establecer dicha obligación, ha pretendido, como se puede deducir claramente de las normas, proteger al titular del derecho de tanteo. Pretende evitar que el tanteante pueda no ejercitar su derecho por desconocimiento de la presencia de los presupuestos necesarios para ello, para que no vea violado su derecho por ignorar su posibilidad de hacerlo valer. Es decir, el legislador no sólo atribuye un derecho al tanteante sino que, además, dada la posible dificultad de saber cuándo puede ejercitarse, ya que ello depende de un procedimiento negocial respecto del cual él es extraño, impone al alienante la obligación de hacerle conocer tal momento. Y, además, le obli-

ga a comunicárselo de una determinada forma, revestida de especial solemnidad y garantía, que aseguren su recepción al titular del derecho, así como la seriedad de su contenido.

Observamos, pues, que el interés a ser preferido en la adquisición de la cosa ha sido considerado prevalente por el legislador frente al interés del propietario de gozar de plena libertad de disposición, al instituir el derecho de tanteo. Además el legislador se ha preocupado no sólo de configurar dicha tutela, sino de realizarlo de forma que no resulte inútil, como sería si estableciese un mecanismo cuyo funcionamiento fuera demasiado fácil impedir. Y no sólo lo ha realizado instituyendo un derecho que podrá ejercitarse posteriormente en caso de violación del tanteo, sino además creando un vínculo para el sujeto que, en otro caso, podría tener en su mano la posibilidad de hacer ejercitable o no el tanteo. Limita la posibilidad de que tal sujeto haga vana la tutela del tanteante.

Desde el punto de vista de la tutela que el legislador concede al tanteante para que su derecho no quede inutilizado y violado por desconocimiento de la posibilidad de hacerlo valer, no parece imprescindible, para poder ejercitarlo, tal notificación. Si el titular ha tenido conocimiento del proyecto definitivo de transmisión del inmueble arrendado por él, el objetivo de esta notificación y las preocupaciones del legislador habrán encontrado respuesta por otra vía. Es importante, no obstante, tener presente que presupuesto del ejercicio del derecho de tanteo, de acuerdo con esta interpretación de los intereses que el legislador pretende proteger, es la existencia de un proyecto definitivo de transmisión de la propiedad. No bastará para que nazca el derecho de tanteo que existan contactos precontractuales, tratos preliminares entre el alienante y el tercero (88). Será necesario que exista un proyecto firme y definitivo de enajenación respecto del cual las partes se han comprometido, pues de otro modo se limitaría, incluso, la libertad del alienante de no vender si no se llega a pactar unas condiciones que considere convenientes y se ignoraría el interés del tercero a entablar o continuar unos tratos que vayan aproximando a los contratantes respecto a unas condiciones contractuales que podrán negociarse libremente. Limitación que no viene establecida por el legislador, ni puede deducirse de la composición de intereses que se realiza con esta institución del tanteo.

Negar la posibilidad de ejercitar el derecho de tanteo, cuando el tanteante ha tenido conocimiento de tal proyecto definitivo, sería ignorar la finalidad de tutela que el legislador pretende obtener con el derecho de tanteo, pues dejaría a la voluntad del alienante la decisión de si se podrá o no ejercitar el tanteo (89). A esta afirmación podría objetarse

---

(88) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 237-240 y FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 58 y ss.

(89) V. FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 39-41 y NUZZO, M., *op. cit.*, p. 78.

que, si bien se deja al alienante decidir esta cuestión, el tanteante podrá hacer valer su derecho a través del retracto. Sin embargo, consideramos que trasladar la real y efectiva tutela de la adquisición preferente al instrumento jurídico del retracto implica desconocer e ignorar los intereses que el legislador ha pretendido proteger con el mecanismo constituido por el derecho de tanteo, previo a la adquisición, seguido del derecho de retracto, posterior a tal evento (90). Una semejante interpretación produce perplejidad en el seno mismo del mecanismo de tutela de la preferencia adquisitiva diseñada por el legislador, pues, en realidad, utiliza un mecanismo compuesto de dos figuras: un derecho que satisface plenamente el interés tutelado, que deberá ejercitarse antes de la adquisición por el tercero, protegiendo así también a este tercero y que pone de manifiesto el contenido esencial del derecho de adquisición preferente y una figura que cobrará sentido en caso de violación de tal derecho, para hacer posible la adquisición del bien transmitido y que ha salido del patrimonio del obligado. No obstante, según esta teoría, el legislador ha diseñado un modelo en virtud del cual la satisfacción que al interés tutelado el legislador concede y la protección y tutela que dispensa al tercero, se dejan a la voluntad del sujeto cuyo interés en conflicto con el del tanteante se ha sacrificado, en cierta medida, y al cual el ordenamiento obliga a seguir un determinado comportamiento para consentir tal satisfacción. Y este mecanismo tendría sentido por el hecho de existir una sanción a la inobservancia del derecho de tanteo, mecanismo que interviene una vez violado tal derecho y frente a una situación jurídica y a unos intereses diversos por parte de todos los sujetos implicados, que, además, pueden verse perjudicados por el hecho de efectuarse la adquisición preferente después de que la adquisición por parte del tercero se haya realizado.

El legislador no ha elegido para la tutela del interés a la preferencia adquisitiva un mecanismo compuesto únicamente de retracto (91), sino que ha configurado un mecanismo a través de dos figuras o momentos lo cual revela un modo de tutela del preferido y del tercero y una composición de intereses diversos (92). A través de cada uno de

---

(90) V. NUZZO, M., *op. cit.*, pp. 74-75.

(91) Como ha establecido el legislador en el caso de comuneros (cfr. 1522 Cc.) y colindantes (cfr. 1523 Cc.). Procedimiento de adquisición preferente que presenta un modo de proteger al titular del derecho y al tercero diferente, que muestra un modo de armonizar los intereses implicados diverso y que ha sido criticado en numerosas ocasiones por la doctrina. V., especialmente, ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 330-332.

(92) El esquema elegido por el legislador actual, compuesto de derecho de tanteo previo a la adquisición y derecho de retracto, posterior, para el caso de violación del anterior, también es diferente al establecido por el legislador de 1946. Este último había configurado un sistema de protección de la adquisición preferente a través de estos dos derechos cumulativamente. Podía ejercitarse el derecho de retracto, incluso, cuando voluntariamente no se había ejercitado el tanteo. Este sistema implicaba un modo de proteger las posiciones jurídicas implicadas y de armonizar los intereses presentes muy diverso del actual y ha sido criticado por numerosa doctrina. V., especialmente, ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 333-334, DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 563.

los pasos de dicho mecanismo se pretende evitar que la satisfacción del derecho del tutelado y de la situación del tercero se abandonen a la voluntad del alienante y pueda realizar la transmisión ignorando tal derecho. Sin embargo, con la interpretación que considera la notificación presupuesto indispensable para el ejercicio del derecho se llegaría a hacer depender de tal voluntad su ejercicio, en contra de lo perseguido por el legislador.

La jurisprudencia no se ha definido al respecto de forma clara. No se puede observar una doctrina jurisprudencial paralela a la que se ha desarrollado en materia de retracto, que admite el momento en que ha tenido conocimiento de la transmisión como punto de partida del plazo de ejercicio del derecho. Es lógico, por otra parte, como se observa en las decisiones del Tribunal Supremo, que los casos de violación del derecho de tanteo no se presenten como tales, sino ya en la fase de retracto pues, generalmente, cuando se viola el derecho de tanteo, la transmisión se ha producido y lo que se ejercita es el retracto. De la jurisprudencia puede deducirse únicamente que la notificación es obligatoria para el alienante y, a pesar del silencio sobre la posibilidad que ahora nos planteamos, es interesante tener en cuenta algunas decisiones que sin realizar afirmaciones generalizadoras parecen admitir dicha posibilidad.

En este sentido, destaca la STS de 21-IV-1975 (93). En esta sentencia, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre un supuesto de venta realizada en subasta judicial. No se reconocen efectos al conocimiento adquirido por la asistencia a la misma, porque hubiera sido necesario que se le concediera un espacio para el ejercicio del derecho, espacio temporal que no le fue concedido. El Tribunal Supremo admite que los efectos de la notificación podrían haber sido suplidos por el hipotético conocimiento de la mejor postura y del nombre del adquirente, si, después de conocer que aquella era la postura definitiva y aceptable, hubiera podido ejercitar el derecho de tanteo (94).

En sentido contrario, a primera vista podría alegarse la STS de 23 de enero de 1971 (95), que resuelve también una controversia sobre esta materia referida a una venta realizada en subasta judicial, puesto que parece que considera la notificación a la que se refiere el art. 47 de

---

De ahí que no pueda ignorarse la tutela jurídica que el legislador dispensa al establecer precisamente una determinada disciplina.

(93) RA 1820.

(94) En esta línea se pueden observar además: STS de 31-12-1970 (RA 5647), que expresamente señala: «... porque como la venta realizada, no se notificó a la arrendataria ni en el proceso existen elementos que permitan afirmar que tuvo el conocimiento requerido por el art. 47.1.º de la Ley, la acción no pudo ser ejercitada»; STS de 3-VII-1974 (RA 3471) y Audiencia Territorial de Granada de 12-VII-1984 (en *RGD* 1985, p. 2026).

(95) RA 289.

la LAU como imprescindible para el nacimiento del derecho de tanteo. No obstante, es necesario tener en cuenta que el Tribunal Supremo, al explicar la imposibilidad de ejercitar el derecho, pone el acento especialmente en el desconocimiento para todos los sujetos, incluido el propietario, de todos los datos concernientes a la venta hasta el mismo momento de la escritura, de ahí la imposibilidad de realizar la notificación, sobre todo, cuando no se prevé, como en el caso de venta de locales de negocio, una suspensión del remate o de la adjudicación para realizar tal notificación. Sin embargo, lo que sí parece claro en la sentencia es que la notificación exigida en el art. 48.2 de la LAU no puede ser suplida por un conocimiento *más o menos completo* de la transmisión como el que pudo obtener por haber estado presente en la subasta judicial en la que se adjudicó el piso. Si con ello el Tribunal Supremo entiende afirmar que no basta para servir de inicio del cómputo del plazo un conocimiento más o menos completo adquirido por esta vía, sería necesario analizar la plenitud del conocimiento que exige el Tribunal Supremo para considerarlo suficiente. No obstante, si con tal consideración, el Tribunal Supremo entiende que un conocimiento completo adquirido por cualquier otra vía no sule a la notificación, a los efectos de iniciar el plazo de ejercicio del retracto, nos situamos ante una decisión jurisprudencial que se separa de una clara doctrina configurada por el Tribunal Supremo en sentido contrario.

Consideramos, además, que la interpretación propuesta es coherente con la línea interpretativa que el Tribunal Supremo ha observado reiteradamente al aplicar esta disciplina del tanteo y del retracto urbanos. El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones la necesidad de realizar, en esta materia, una interpretación restrictiva en orden a extender esta disciplina más allá de los supuestos de hecho contemplados en estas normas, pues son derechos que constituyen siempre una limitación de la libre disposición de la propiedad. Interpretación que se ha puesto de manifiesto, como hemos tenido ocasión de observar, en orden a la determinación de los contratos en los que podrá encontrar soporte el derecho de tanteo (96) y en orden a la exigencia constante de que coincida el inmueble que se pretende enajenar con el inmueble arrendado (97).

No obstante esta línea interpretativa y sin contraponerse a ella, ha confirmado igualmente la jurisprudencia la conveniencia de realizar una interpretación que tenga presente el espíritu social de la LAU, en el sentido de una interpretación que, sin olvidar las exigencias anteriormente puestas de manifiesto, tampoco ignore la finalidad social y protectora del inquilino o arrendatario que preside esta disciplina. De este modo, propugna una interpretación que, de acuerdo con esta finalidad, tenga el cuidado de evitar puedan tener éxito maniobras dirigidas a

---

(96) V. especialmente, STS de 2-IV-1985 (RA 1679).

(97) V. STS de 9-XII-1970 (RA 5465); 6-III-1971 (RA 1225).

burlar esta disciplina, apoyándose en la mera y estricta literalidad de las normas (98).

Consideramos, por tanto, que cabe una interpretación que aproxima la disciplina del derecho de tanteo a la tutela efectiva de los intereses que el legislador ha pretendido proteger, en el sentido de permitir el ejercicio del derecho de tanteo cuando el titular haya tenido conocimiento de la producción de los presupuestos necesarios para el ejercicio de su derecho, aun cuando este conocimiento lo haya obtenido por una vía diversa de la notificación fehaciente por parte del alienante.

La mayoría de los autores italianos que consideran que la comunicación debida por el arrendador al arrendatario no encierra una oferta opinan que tampoco es requisito imprescindible para el ejercicio del derecho de tanteo. Un conocimiento completo del proyecto de transmisión posibilita tal ejercicio aun cuando dicha notificación no se hubiese producido. Razones de tutela efectiva del tanteante, del tercero, y la composición de intereses que el legislador ha manifestado, al disciplinar esta facultad, llevan a esta doctrina a tal afirmación (99).

¿Qué razones podrían, sin embargo, aun admitiendo que no se trate de una oferta, llevar a considerar la notificación, que debe realizar el alienante, requisito intrínseco para la eficacia del derecho de tanteo, sin el cual no puede ejercitarse tal derecho y sin que pueda ser sustituido por otra vía de conocimiento?

No serán razones intrínsecas a tal derecho, pues, hemos visto que el interés que el derecho protege, si se exige notificación, queda tutelado en vano, pues se deja a la voluntad del alienante. Tampoco serán razones de tutela de la finalidad principal del acto mismo, pues supone una comunicación de un hecho, lo cual puede producirse por otra vía. No podrá tampoco justificarse simplemente por el hecho de que siempre se podrá tutelar lo que quedó desprotegido a través del retracto, pues entonces se ignora la tutela y la composición de intereses que el legislador ha pretendido creando este doble mecanismo. Además el alienante quedaría en situación de provocar, con el incumplimiento de una obligación, complicaciones y perjuicios, tanto al titular del derecho de adquisición preferente, como al adquirente. Si el legislador considera que debe ser concedido un derecho de adquisición preferente para tutelar un determinado interés, incluso, frente al interés del titular de la propiedad y de su facultad de disponer libremente, no puede dejar en manos del titular de este interés que sacrifica, de alguna manera, un mecanismo que dificulta o hace más costoso el ejercicio del derecho que configura. Por tanto, no puede ignorarse que el sistema del derecho

---

(98) V., en este sentido, STS de 22-IV-1969 (RA 2201) (esta sentencia advierte la necesidad de realizar una interpretación dirigida a no dar protección a «confabulaciones dolosas ideadas por los propietarios y por los terceros adquirentes» que podrían encubrirse detrás de una mera interpretación literal de la ley.); 20-XII-1969 (RA 6197); 8-VII-1974 (RA 3555); 5-I-1981 (RA 110).

(99) V. FURGUELE, G., *op. cit.*, p. 48; NUZZO, M., *op. cit.*, p. 88.

de tanteo y de retracto contempla una distinta composición de intereses, que será necesario tener en cuenta al interpretar dichas normas, ya que el examen del texto no basta para resolver todos los problemas que los conflictos de intereses de las partes implicadas presentan.

De ahí que lleguemos a la conclusión que solamente podría explicarse la teoría de que la notificación del alienante es presupuesto necesario para el ejercicio del derecho de tanteo acudiendo a los intereses a los cuales, además del principal de impedir que no se ejercite por desconocimiento, tal requisito puede servir. Es decir, su efecto probatorio. Servir de prueba, tanto para el alienante, como para el titular del tanteo, del comienzo del plazo de ejercicio de tal derecho (100).

Para comprobar si efectivamente la notificación supone el único instrumento idóneo para segurar la exigencia de certeza en el inicio del cómputo del plazo parece oportuno, ante todo, analizar la situación que se produciría cuando, en ausencia de dicha notificación, el titular del derecho de tanteo adquiere, por otro cauce distinto, el conocimiento de la transmisión proyectada. Si este conocimiento no fuese completo y, por tanto, suficiente para el ejercicio del tanteo, el tanteante podrá solicitar que le sea realizada tal notificación. Para ello tendrá que probar que la obligación se ha hecho exigible, es decir, que el alienante tiene intención de vender y que existe un proyecto definitivo de transmisión. Puede, asimismo, esperar la consumación de la transmisión y ejercitar posteriormente el retracto.

Si existe, por el contrario, pleno conocimiento del proyecto de transmisión, el titular del derecho de tanteo podrá notificar el acto de ejercicio del tanteo, y, en caso de desconocimiento por parte del alienante, recurrir a los tribunales ofreciendo la prueba del proyecto definitivo. Alternativamente, podrá pedir, también en este caso, una notificación, con análoga carga probatoria en caso de oposición, o, por el contrario, esperar la consumación de la transmisión y ejercitar el retracto.

En realidad, el problema decisivo, en cada una de las hipótesis descritas, es el de probar el proyecto definitivo de transmisión. La dificultad está no solamente en la prueba de la genérica voluntad de vender, sino, sobre todo, en la de la definitiva concreción de las condiciones de la transmisión pactadas con el tercero. Si bien es cierto que ello, generalmente, dificulta la posibilidad de ejercitar acciones jurisdiccionales por parte del titular del tanteo, dirigidas a obtener previamente los elementos necesarios para el ejercicio del derecho o el propio ejercicio, no nos puede llevar a negar esta posibilidad, que permite un ejercicio

---

(100) Por esta razón, algunos autores como BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 265-271, que no califican dicha comunicación de oferta, sino de comunicación de un hecho, consideran que su realización por parte del arrendador constituye requisito imprescindible para el ejercicio del derecho de tanteo. En España, v., CARRETERO, T., *loc. cit.*, p. 798.



del tanteo más acorde con los intereses que han llevado al legislador a su configuración.

La posibilidad para el tanteante de ejercitar, en tal modo, su derecho consiente la satisfacción de todas las exigencias advertidas por la doctrina e, incluso, las armoniza de tal manera que ninguna de las posiciones merecedoras de tutela de los sujetos implicados resulte sacrificada.

En efecto, la exigencia de certeza que la citada doctrina considera debe satisfacerse en interés del alienante no consiste sino en la exigencia de que sea tutelado del riesgo de sufrir un tanteo sin que se haya madurado plenamente su voluntad de vender.

Tal exigencia, por otra parte, no puede sobrevalorarse y extenderse hasta negar que el titular del tanteo, cuando, por una vía distinta de la notificación, se encuentre en condiciones de probar la existencia de un proyecto de transmisión definitivo, pueda usar instrumentos jurisdiccionales para ejercitar su derecho. Al alienante le queda abierta siempre la posibilidad de defenderse. Podrá esperar la prueba del que se pretende tanteante de tal proyecto definitivo y probar el carácter no definitivo de tal negociación. Pero cuando no esté en condiciones de probar esto y contradecir, así, la prueba del tanteante, pierde sentido también la exigencia de tutela, puesto que, una vez cristalizada la decisión de vender, el ordenamiento hace prevalecer la tutela del tanteante.

El tercero, por su parte, puede obtener un mayor conocimiento de la situación jurídica del inmueble que pretende adquirir. Asimismo, podrá realizar la notificación del proyecto definitivo al titular del tanteo y permitirle, de esta manera, conocer, si aún no tenía una información completa, la transmisión proyectada, y ponerlo en condiciones de ejercitar su derecho, despejando más rápidamente la incógnita sobre la estabilidad de su futura adquisición.

Por otra parte, el tanteante, con el fin de proteger su derecho, podrá recurrir, incluso en vía preventiva, a instrumentos jurisdiccionales que tiendan a evitar que el incumplimiento de la obligación de notificación a cargo del arrendador, el transcurso del tiempo o el posible acuerdo entre éste último sujeto y un tercero puedan perjudicarlo. En este sentido, el titular del tanteo podrá solicitar las medidas cautelares que estime necesarias, como, en este caso, podría ser, por ejemplo, prohibir el traspaso de la posesión, para evitar la transmisión de la propiedad. Y podrá solicitarlo no sólo en el juicio, sino, incluso, antes de entablarse la demanda, si bien en todo caso tendrá que presentar un principio de prueba por escrito del que se deduzca la obligación del alienante y su posición de arrendatario (cfr. art. 1428 LEC). Por otra parte, en nuestro ordenamiento, otros instrumentos cautelares que se revelan particularmente importantes para la finalidad perseguida es la petición de anotación preventiva de la demanda de tanteo y el secuestro del inmueble, en su caso, que impiden, en el supuesto de existencia de un *fumus boni iuris* que la *traditio* se realice y se frustré, así, el interés tutelado por el

legislador con el tanteo. De esta forma se puede obtener una seguridad de su posición jurídica hasta que se decida el litigio sobre el posible ejercicio del derecho de tanteo (101).

Estas medidas cautelares conceden una importante posibilidad para asegurar la tutela autónoma y efectiva del derecho de tanteo, evitando que dificultades creadas por el alienante o el tercero fueren al arrendatario a acudir al derecho de retracto.

Estas consideraciones permiten plantearse desde perspectivas nuevas el problema del presunto carácter indispensable de la notificación, que la mayoría de la doctrina afirma (102), basándose especialmente en el tenor literal de la ley, que se refiere a la notificación como momento a partir del cual transcurre el plazo para el ejercicio del tanteo (103), y que, para tal fin, exige que se realice de forma fehaciente.

---

(101) En el ordenamiento jurídico italiano se observa, en este sentido, una medida cautelar, que anticipa, de alguna manera, los efectos de una posible futura sentencia para garantizar, en caso de que se pronunciase, la eficacia de la misma. Nos referimos al procedimiento de urgencia «ex» art. 700 del «Codice di procedura civile», que consiente la adopción de medidas jurisdiccionales provisionales de urgencia de carácter atípico, es decir, modeladas sobre las exigencias del caso concreto, según la valoración discrecional del juez. Se trata de un instrumento más dúctil del observado en nuestro ordenamiento, pues sólo exige para que proceda la existencia de un «fumus boni iuris» y la prueba del «periculum in mora».

(102) CARRETERO, T., *loc. cit.*, p. 798; LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, p. 359; INFANTE LOPE, J., *Todo sobre derechos y deberes del inquilino*, Barcelona 1983, pp. 112-113. V. asimismo Audiencia Territorial de Madrid, 12-II-1985 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 993) y Audiencia Territorial de La Coruña, 14-IV-1987 (en LOSCERTALES FUERTES, D., *op. cit.*, p. 1004).

(103) Destaca por su importancia, al haberse planteado este problema en particular, como muy pocas veces se ha realizado en España, el análisis realizado por ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 344 y ss. Este autor considera que, respecto al derecho de tanteo, en general, el plazo para su ejercicio podría comenzar cuando el tanteante tuviese conocimiento cabal y completo del contrato celebrado (aunque la carga de probar esto recayese sobre el enajenante). Posteriormente pone de manifiesto que en las figuras de adquisición preferente legales se exige la tan repetida notificación y el plazo de ejercicio comienza a partir de ésta. Sin embargo, insiste en que habría que entender que inicia el plazo a partir de la obtención de dicho conocimiento, al menos cuando así se establece para el retracto. No obstante, al estudiar, en concreto, esta cuestión en la disciplina que sobre el tanteo y el retracto ofrece la LAU, señala que, a diferencia de lo que ocurre en otras materias, en ésta en particular, parece que la voluntad de la ley ha sido que el plazo sólo se iniciará desde el día siguiente a la notificación a la que se refiere dicha ley. A esta consideración ha llegado el legislador por razones de evitación de los litigios que se emprenderían con la confianza una parte de poder probar que la otra tuvo conocimiento adecuado, y ésta de que no le sea probado esta circunstancia. No obstante, consideramos que, con la interpretación propuesta en el texto, en algunos supuestos se complica el ejercicio del derecho de tanteo con procedimientos judiciales, pero consideramos que solamente anticipa procedimientos que seguramente se producirían en el marco del retracto, evitando transmisiones que implican más profundamente a terceros y que pueden producir mayores gastos, molestias y perjuicios.

Albaladejo entiende que la interpretación que indica, de la cual se apresura a señalar que no es que la considere preferible a la contraria, parece más acorde con el espíritu de las modificaciones que la LAU ha introducido, al ser reformada en 1955, en esta materia.

La exigencia de certeza garantizada por la notificación formal no impide que a falta de notificación el ordenamiento predisponga instrumentos para componer los distintos intereses implicados. Una interpretación sistemática y teleológica de la disciplina del tanteo nos lleva a rechazar la posibilidad de que, omitiendo la comunicación, el alienante pueda sacrificar el interés del titular del derecho e impedir, con ello, que comience a transcurrir el plazo de ejercicio del derecho de tanteo. Al mismo tiempo, el ordenamiento exige que, una vez realizada la notificación, el alienante vea protegida su exigencia de certeza y pueda lograr con el transcurso del tiempo y la inactividad del tanteante la estabilidad de la transmisión realizada.

Ninguna de estas exigencias resulta sacrificada por el uso preventivo de los instrumentos señalados que permitirán un aprovechamiento por parte del tanteante del eventual conocimiento que haya podido adquirir del proyecto de transmisión, a pesar del silencio del arrendador.

La interpretación que hemos mantenido nos reconduce a la idea de la que habíamos partido: No estamos en presencia de una oferta pues si ello fuera así, debería ser realizada forzosamente por el alienante, a falta de la cual no podría ponerse en acción el mecanismo adquisitivo del derecho de tanteo.

---

En este sentido, el Decreto del Ministerio de Justicia de 13 de abril de 1956, que aprueba el texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 22 de diciembre de 1955 (BOE 21-IV-1956) modificó la anterior ley de 1946 que señalaba, como punto de partida del plazo de ejercicio del derecho de retracto del arrendatario, la inscripción de la transmisión en el registro de la propiedad y, a falta de inscripción, el conocimiento de aquella (cfr. art. 64). Sin embargo, el art. 48.2 del texto articulado del 1956 observa que el derecho de retracto caducará a los 60 días «contados desde el siguiente a la notificación que, en forma fehaciente, deberá hacer en todo caso el adquirente al inquilino o arrendatario...». Texto recogido posteriormente por la actual LAU.

No obstante, consideramos que la jurisprudencia más reciente se ha orientado por otro tipo de interpretación de la evolución normativa sufrida por la disciplina. Así lo demuestra la reiterada interpretación de que el conocimiento cabal y completo de la transmisión operada hace iniciar el plazo de ejercicio del derecho de retracto. Si durante un período puede observarse una línea interpretativa vacilante, en la actualidad, esta última interpretación se ha impuesto claramente (v. entre las sentencias que parecen exigir, en todo caso, notificación para posibilitar el ejercicio del derecho de adquisición preferente: STS de 26-VI-1962 (RA 3054), 21-V-1964 (RA 2731), 26-VI-1964 (RA 3699), 6-II-1965 (RA 529), 19-XII-1968 (RA 5886), 19-I-1971 (RA 217), 23-I-1971 (RA 289). Entre las sentencias que, sin embargo, admiten que el plazo de ejercicio de este derecho comienza igualmente desde el momento que el arrendatario ha obtenido un conocimiento cabal y completo de la transmisión, v. STS de 22-XI-1958 (RA 3799); 7-III-1963 (RA 1394); 8-IV-1964 (RA 1816); 30-X-1969 (RA 5057); 29-I-1970 (RA 365); 11-II-1972 (RA 628); 22-III-1973 (RA 1029); 4-XII-1974 (RA 4548); 21-IV-1975 (RA 1820); 30-X-1978 (RA 3289); 24-V-1982 (RA 2591); 26-V-1982 (RA 2602); 7-VII-1982 (RA 4218); 14-IX-1987 (RA 6047); 27-III-1989 (RA 2200); 23-I-1990 (RA 19).

## VI.2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA OBTENCIÓN DEL CONOCIMIENTO PLENO DEL PROYECTO DE TRANSMISIÓN POR MEDIOS DISTINTOS DE LA NOTIFICACIÓN FEHACIENTE POR PARTE DEL ALIENANTE

Ante la interpretación que proponemos surge una nueva cuestión: Si el legislador obliga al alienante a realizar la notificación fehaciente, pero el arrendatario puede ejercitar su derecho, incluso, si ha tenido conocimiento por otro cauce ¿podrá serle opuesto al titular del derecho de tanteo que pretende ejercitar el tanteo o el retracto, el transcurso de más de 30 (art. 38.1 LAU) o 60 días (art. 47.1 LAU) desde que tuvo conocimiento de la proyectada enajenación? ¿Podrá valerse el alienante de esta circunstancia a pesar de no haber realizado la notificación fehaciente?

En primer lugar, consideramos que la realización de la notificación fehaciente, que el legislador establece como deber de información del alienante, hace iniciar un período durante el cual el arrendatario debe, si así lo quiere, ejercitar su derecho bajo pena de caducidad. El legislador priva al propietario de la libertad de elegir la persona a la que alienar, pero a cambio restringe y limita el período durante el cual el titular del derecho de tanteo puede ejercitarlo y reduce a un determinado período el plazo de incertidumbre de lo que el propietario podrá o deberá realizar, en su caso, pasado el cual, sin haberse ejercitado el derecho de tanteo, el propietario recobra su plena libertad de disposición, en relación al proyecto de contrato notificado. A su vez, el plazo impuesto por el legislador permite que el alienante, ante un ejercicio intempestivo del derecho de tanteo, pueda oponer la caducidad.

En esta misma línea, si el alienante no cumple con este deber no podrá valerse, consideramos, de las consecuencias favorables que, para él, el legislador acompaña a su cumplimiento. Es decir, no verá comenzar el período de ejercicio del derecho de tanteo, el cual una vez transcurrido le permitirá oponer la caducidad del derecho. Además, tal incumplimiento, como tendremos ocasión de analizar más adelante, podrá dar lugar al resarcimiento del daño.

El legislador establece la obligación a cargo del alienante de notificación en beneficio y favor del titular del derecho de tanteo, luego no podrá constituir un requisito limitador de su derecho, requisito en manos del sujeto obligado. Podrá igualmente ejercitar su derecho cuando haya obtenido el conocimiento completo y exacto por otra vía. Sin embargo, tal conocimiento no podrá servir de inicio del plazo de ejercicio del derecho, con las ordinarias consecuencias previstas al transcurrir tal período, en favor del alienante que ha incumplido su obligación de notificación.

De otro modo el mismo alienante podría hacer llegar un determinado conocimiento al preferido sin los requisitos de forma exigidos por

la ley, haciendo totalmente inútil, sin embargo, una obligación que el legislador establece expresamente.

En el marco de esta interpretación, cobra gran interés la posición del tercero que pretende adquirir la propiedad. Una interpretación estricta de lo hasta ahora mantenido y de la literalidad de la norma nos llevaría a afirmar que ni siquiera podrá alegar este sujeto válidamente el transcurso del plazo de ejercicio del derecho de tanteo, comenzado desde que su titular tuvo pleno conocimiento del proyecto de transmisión. De otro modo se fomentarían los acuerdos entre alienante y tercero para hacer llegar al tanteante una comunicación privada de la garantía que el legislador exige que reúna la notificación del alienante y poder, así, celebrar, en realidad, tranquilamente el contrato, una vez transcurrido el término, con la posibilidad de que el tercero oponga, posteriormente, el transcurso del plazo.

No obstante, consideramos que, con esta interpretación, el tercero queda desprotegido. En manos del arrendador queda la facultad de realizar dicha notificación que será el único medio para que empiece a transcurrir el plazo de ejercicio del derecho de tanteo en su favor y en el del tercero, sin que este último sujeto pueda realizar ningún acto para procurarse una defensa. Y ello ocurre aun cuando el sujeto, al cual se dirigirá el arrendatario al haberse violado el derecho de tanteo, es este tercero que se ha hecho propietario. Por otra parte, si este sujeto, para consolidar su posición, pone en conocimiento del arrendatario la futura transmisión, para que éste, si lo considera conveniente, ejercite el tanteo y poder acabar así con la incertidumbre sobre la estabilidad de la propiedad que adquiere, quedará también en manos del arrendatario. Este, mientras no reciba una notificación por parte del arrendador no se verá constreñido a ejercitar el tanteo en un plazo determinado y podrá dejar pasar el tiempo sin renunciar a ningún derecho, pudiendo ejercitar, posteriormente, en su momento, el retracto. Interpretación que se opondría a la voluntad del legislador manifestada al modificar el sistema cumulativo de tanteo y retracto por un sistema en el que el retracto queda condicionado a una violación del derecho de tanteo. El anterior sistema fue criticado por dejar a la voluntad del arrendatario la estabilidad de la posición jurídica del alienante y del tercero sin encontrar con ello una justificación suficiente. En la situación que ahora nos planteamos también se dejaría a la voluntad del arrendatario la posición jurídica del tercero, cuando aquel tuviera conocimiento de la transmisión sin que este tercero tuviese ningún medio para impedirlo, ya que el único instrumento depende de otro sujeto, el enajenante. De ahí que consideremos, de acuerdo con la exigencia de composición de todos los intereses implicados, necesario reconocer al tercero algún medio de defensa. Sería, en este sentido, suficiente reconocer al tercero la facultad de realizar él mismo la notificación del proyecto de transmisión definitivo y obligatorio para el alienante, iniciándose, así, a su favor el plazo para el ejercicio del tanteo. Por otra parte, para evitar posibles acuerdos entre el alienante y el tercero que pudieran perjudi-

car al tanteante deberá exigirse que esta notificación presente los mismos requisitos que la ley impone a la notificación del alienante. Deberá, además, tratarse siempre de una notificación fehaciente de un proyecto definitivo de transmisión, de la que debe resultar la clara e inconfundible intención definitiva del alienante a vender, no obstante la notificación la realice el que pretende adquirir.

Por otra parte, no creemos que para rechazar la interpretación que proponemos, respecto de la posibilidad del alienante de alegar la caducidad del plazo cuando no ha realizado la notificación, sea suficiente afirmar que la sanción por la falta de notificación no será esta imposibilidad de oponer el transcurso del tiempo contra el tanteante, sino el nacimiento de la obligación de resarcimiento de daños y perjuicios. A través de esta obligación, que, de todas formas, podrá hacer valer el tanteante, no podrá solicitarse el daño por la pérdida de lo que hubiera obtenido de ejercitar el derecho de tanteo, ya que éste se considera legítimamente caducado. Por tanto, podría llegarse a hacer inútil la obligación que impone el legislador y a la que concede una gran relevancia en la tutela del interés que a través de esta figura y del retracto pretende proteger.

Otro argumento mucho más interesante podría ser opuesto analizando la jurisprudencia española. En efecto, en sede de retracto, el legislador de nuevo establece un plazo para su ejercicio. Plazo que, en el caso del retracto del arrendador ante el traspaso de local de negocio a un tercero, comenzará desde que fuera notificado al arrendador la realización del traspaso o desde que tenga conocimiento de la transmisión y de sus condiciones esenciales (art. 36 de la LAU). Sin embargo, en el caso de retracto del arrendatario, ante la alienación de la propiedad del inmueble urbano, el plazo tiene como punto de partida la notificación que igualmente «en forma fehaciente, deberá realizar en todo caso el adquirente al inquilino o arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizado» (art. 48.2 LAU). No obstante, la jurisprudencia más reciente ha declarado de forma constante, uniforme y reiterada que para poder ejercitar el derecho de retracto basta el conocimiento completo por parte del retrayente de la alienación y de las condiciones en las que ha tenido lugar, aún cuando no se haya realizado dicha notificación por parte del adquirente. Y esa regla puede ser alegada tanto por el retrayente como por el retraído, es decir este último sujeto podrá oponer la caducidad del derecho de retracto si puede probar que su titular tuvo conocimiento de la alienación y de sus condiciones esenciales 60 días antes de su pretendido ejercicio, aún sin haber cumplido el deber de notificación que le incumbía (104).

---

(104) V. STS de 30-X-1969 (RA 5057); 29-I-1970 (RA 365); 11-II-1972 (RA 628); 22-III-1973 (RA 1029); 4-XII-1974 (RA 4548); 21-IV-1975 (RA 1820); 30-X-1978 (RA 3289); 24-V-1982 (RA 2591); 26-V-1982 (RA 2602) (en esta sentencia el Tribunal Supremo, después de comprobar que el retrayente hace mucho tiempo tuvo

En primer lugar, esta interpretación jurisprudencial, que considera presupuesto para el retracto el conocimiento pleno de la alienación, aun sin la notificación de este evento, nos confirma en la pretensión del legislador de impedir el abandono en manos del sujeto, frente al cual se pretende el ejercicio del derecho, la posibilidad de ejercitarlo o no, en presencia de la situación objetiva de hecho básica para su ejercicio.

Otra cuestión que, sin embargo, se abre con esta interpretación que, en sede de retracto, realiza la jurisprudencia es la referente a la consideración de los efectos del conocimiento adquirido por vía diversa de la notificación, en orden al inicio del período de ejercicio, también en perjuicio del tanteante. ¿No podría considerarse, igual que para el retracto entiende la jurisprudencia, que tal eficacia se despliegue en el marco del tanteo? Nosotros hemos negado esta posibilidad. Es cierto que la jurisprudencia que permite considerar que también el conocimiento tendría eficacia en orden al ejercicio del derecho de tanteo se ha pronunciado ante casos en los que el retraído pretendía hacer valer tal conocimiento y la falta de ejercicio del derecho de tanteo, en su favor, sin que la jurisprudencia haya negado tal posibilidad en sí misma, sino por razones distintas, como son la inmediatez con la que se han seguido conocimiento y alienación, sin espacio para el ejercicio del derecho de tanteo (105). No obstante, consideramos que la interpretación propuesta en materia de tanteo sería más acorde con los intereses y el modo de protección que hace prevalecer el legislador. Tampoco consideramos que esta interpretación sea contradictoria con la que realiza la jurisprudencia respecto del retracto, pues se trata de dos situaciones distintas en las que se encuadran dos notificaciones entre las que no pueden observarse una identidad en los intereses tutelados, ni en la finalidad perseguida. En el momento previo a la alienación, la notificación es una comunicación de un hecho con la finalidad de facilitar el ejercicio del derecho de tanteo ante una situación en la que la transmisión todavía no se ha realizado. Notificación a cargo del sujeto vinculado, del sujeto que voluntariamente ha decidido alienar el bien y que ha visto limitada, por la ley, la facultad de disponer libremente de su derecho de propiedad, al considerar el legislador que en el conflicto de intereses entre este interés y el del arrendatario a adquirir la propiedad plena, en función de la especial y determinada situación que ostenta en relación al inmueble, debe prevalecer éste último. Por tanto, el legislador encuentra un conflicto de intereses muy determinado, y, en la composición de intereses que realiza, tiene en cuenta también el interés del tercero que, a falta de tal derecho de tanteo anterior a la alienación, vería, en todo caso, inestable su adquisición.

---

conocimiento de la transmisión, incluso, le atribuye a él la carga de completar este conocimiento inicial e insuficiente, haciéndose con los datos indispensables para el ejercicio); 7-VII-1982 (RA 4218); 14-IX-1987 (RA 6047); 27-III-1989 (RA 2200); 23-I-1990 (RA 19).

(105) V. especialmente, STS de 21-IV-1975 (RA 1820) y 3-VII-1974 (RA 3471).

En el retracto, el conflicto de intereses es distinto. La alienación se ha producido, la transmisión ha tenido lugar, el adquirente en cualquier caso, es decir, se haya o no producido la notificación anterior por parte del alienante, deberá notificar que la alienación se ha llevado a cabo, así como las condiciones del contrato. Ello nos indica que realiza una función principal diversa de la primera notificación. Realiza una función de información del cambio de propiedad y, por tanto, también del titular de la posición contractual respecto del arrendamiento urbano del que el retrayente es parte. Además realizará la función de facilitar el ejercicio del derecho de retracto pues pone en conocimiento del posible retrayente uno de los presupuestos para su ejercicio. No obstante, éste será sólo un presupuesto, pues, además, deberá observarse una omisión o inexactitud en la notificación obligatoria del proyecto definitivo de transmisión. Por otra parte, los intereses ante los que el legislador concede el retracto son diversos. Por medio del retracto se tutela el interés a la adquisición preferente que con la alienación ha sido violado, interés que deberá hacer prevalecer no frente al alienante sino frente al tercero que ha adquirido a través de un contrato, en realidad, válido y eficaz e independientemente de la voluntad de este sujeto de alienar el bien. Nos encontramos, pues, ante una propiedad adquirida válidamente y el interés a ver respetado y satisfecho el derecho de adquisición preferente, interés que podrá exigir su satisfacción sólo si el alienante no cumplió su obligación de notificación o lo hizo inexactamente. Luego en este caso parece lógico pensar que, dado todo lo examinado, si bien el legislador hace prevalecer el derecho de retracto sobre tal propiedad, ésta merece, a su vez, ser protegida con un criterio diverso con el que se tuvo en cuenta el interés del alienante previo.

A ello, además, se acompaña el hecho de que, en este caso de retracto, nos encontramos ante un hecho objetivo, concluido, la transmisión de un inmueble, respecto del cual el conocimiento es más fácil, sobre todo por la posibilidad de intervención de medios registrales. Por último, razones de seguridad jurídica y de certeza en las relaciones aconsejan limitar el período de incerteza o inestabilidad de situaciones no transitorias o pasajeras, destinadas a desembocar en una definitiva, como podría ser la intención de transmitir en el tanteo, sino situaciones consolidadas, definitivas y que pueden ser fuente de infinidad de nuevas relaciones con sujetos cada vez más ajenos a la relación originaria (106).

---

(106) En el marco de la doctrina española, es interesante destacar, como hemos ya tenido ocasión de observar, las consideraciones que, sobre este punto, ha realizado ALBALADEJO, M., *op. cit.*, pp. 344 y ss. Respecto al tanteo y al retracto, en general, este autor admite que el conocimiento completo de la transmisión hace iniciar el plazo de ejercicio del correspondiente derecho, aun cuando el legislador, a efectos de conseguir que el tanteante o retrayente obtenga dicho conocimiento haya establecido respecto del enajenante la obligación de notificación y esta no se haya cumplido. En este caso, parece que el autor admite que pueda probar el enajenante que el arrendatario obtuvo tal conocimiento. No obstante, este autor señala posteriormente que en los supuestos de



La doctrina italiana que ha interpretado que el conocimiento completo y exacto de la proyectada transmisión hace iniciar el plazo de ejercicio del derecho de tanteo, deduce automáticamente de esta interpretación que tal información supone el comienzo de dicho plazo, tanto a favor, como en perjuicio del arrendador. Será posible, en consecuencia, oponer por parte del arrendador o del tercero el transcurso del plazo desde que obtuvo conocimiento, aunque no haya habido notificación fehaciente (107).

### VI.3. POSIBILIDAD DEL ALIENANTE DE IMPEDIR LOS EFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN

Desde estos presupuestos cobra nueva luz el problema de la revocabilidad o no de la declaración del alienante. No es posible hablar de revocabilidad de una declaración no negocial, de una declaración en virtud de la cual se participa de un hecho. A dicha declaración, la ley le atribuye una eficacia, iniciar un plazo de tiempo durante el cual, dado que se han realizado todos los presupuestos necesarios, se puede ejercitar el derecho de tanteo. Consideramos por ello que hasta el momento en el que el titular del derecho de tanteo ejercita su derecho, lo comunica al alienante y éste recibe dicha comunicación, el alienante puede notificar al titular del derecho de tanteo la interrupción del proceso formativo del contrato entablado con el tercero, que era presupuesto para la existencia del derecho de tanteo. En ese caso no se trata de revocación sino de la desaparición y ausencia de uno de los presupuestos para el ejercicio del derecho (108). No obstante, no puede olvidarse la dificultad, aunque no imposibilidad de esta hipótesis, pues la obligación de notificación surge cuando existe un proyecto de transmisión definitivo entre el alienante y el tercero. A pesar de ello, el alienante podrá, por ejemplo, notificar voluntariamente la intención de aceptar una oferta contractual definitiva realizada por un tercero y, res-

---

adquisición preferente, establecidos por la LAU, el plazo se cuenta desde el día siguiente a la notificación (p. 347).

Sin embargo, nos parece muy significativo una consideración realizada por el autor para el caso en el que se excluya que el conocimiento sirva de inicio del plazo de ejercicio del tal derecho. De todas formas, en este caso, entiende el autor que el arrendatario, si conoce, aun sin notificación, el contrato de enajenación estipulado, puede ejercitar el tanteo, sin esperar a que tal enajenación se deba consumir (p. 344). Parece, por tanto, que llega a la conclusión de que, aunque no pueda considerarse iniciado el plazo limitado de ejercicio del derecho de tanteo con las consecuencias que la ley acompaña, no puede negarse la posibilidad de ejercicio de tal derecho.

(107) V. FURGUIELE, G., *op. cit.*, pp. 4-52, especialmente, 51; NUZZO, M., *op. cit.*, pp. 85 y ss.

(108) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 263, 284-287; FURGUIELE, G., *op. cit.*, pp. 34-35, 52-53; NUZZO, M., *op. cit.*, p. 88; VARRONE, M., *loc. cit.*, p. 211; Cass., 14-III-1988, n. 2427, en *Foro it.* 1988, I, 446; Cass., 10-IV-1986, n. 2521, en *Foro it.* 1986, I, 2162; Cass., 17-IV-1986, n. 2726, en *Foro it.* 1986, I, 2161.

pecto de la cual, no ha contraído ninguna obligación de aceptar, o ha podido notificar un contrato que, después, se ha revelado nulo.

No existe ninguna vinculación legislativa que nos haga pensar que dicha declaración de un evento obligue al alienante a soportar los efectos del ejercicio del derecho de tanteo aun cuando no existan ya los presupuestos. No obstante, ello no excluye que pueda solicitar el titular del derecho el resarcimiento de daños, si los ha sufrido a causa de un comportamiento negligente o en mala fe por parte del alienante.

En Italia, la doctrina mayoritaria, si bien partiendo de explicaciones de la naturaleza de dicha notificación muy diversas, considera que los efectos, que la comunicación del arrendador produce, son irrevocables (109). No obstante, no faltan autores que admiten la revocabilidad de dicha declaración hasta que el arrendatario ha notificado su voluntad de ejercitar el derecho de tanteo (110), y autores que, como hemos señalado en el texto, no consideran que pueda hablarse, en este caso de revocación, sino de desaparición de unos de los presupuestos esenciales para el ejercicio del tanteo (111).

#### VI.4. OTRAS CONSECUENCIAS DE LA OMISIÓN DE NOTIFICACIÓN DEL ALIENANTE

Además de la posibilidad de ejercitar, en caso de transmisión de la propiedad, el derecho de retracto (arts. 36 y 48 de la LAU) y de la no oponibilidad del conocimiento del proyecto definitivo de transmisión por parte del alienante o del tercero, destacan otras consecuencias de la falta de notificación fehaciente a que se refieren los arts. 35 y 47 de la LAU.

---

(109) En ocasiones, la jurisprudencia y algunos autores que han considerado que la notificación lo es de una oferta, consideran que ésta es irrevocable. Consideración criticada por otros autores pues para ser una oferta irrevocable debería establecerse así por la ley, ya que en caso contrario se debería considerar revocable de acuerdo con el art. 1328 del Cc.

También algunos autores, sin considerar que se trate de una oferta, consideran que dicha comunicación permanece definitiva durante todo el plazo durante el cual se puede ejercitar el derecho de tanteo (v. BERNARDINI, M., *op. cit.*, p. 263, este autor considera que lo que se comunica es un proyecto de transmisión definitivo, de ahí que no pueda revocarse). V., en jurisprudencia, Cass., 4-XII-1989, n. 5359, en *Corriere giuridico* 1990, pp. 465 y ss.

(110) V., entre los autores que la consideran una oferta revocable, BUSANI, A., y SALSI, P., *loc. cit.*, p. 469; TRIOLA, R., *op. cit.*, p. 123. Y, entre los que consideran que no constituye una oferta, pero se trata de una declaración revocable, v. ZAMBRANO, V., *op. cit.*, p. 105; Cass., 14-III-1988, n. 2427, en *Foro it.* 1989, I, 446.

(111) V., *supra* nota 108. Para estos autores, la comunicación de la interrupción del procedimiento dirigido a la conclusión del contrato con el tercero será un acto debido en base al principio de buena fe. La falta de dicha advertencia puede dar lugar al resarcimiento del daño sufrido por el tanteante, por el hecho de haber dejado creer en la posibilidad actual de ejercitar el derecho de tanteo. V. FURGUELE, G., *op. cit.*, pp. 159-160 y NUZZO, M., *op. cit.*, p. 57.

De los citados artículos se deduce que todo transmitente de una finca arrendada, o el arrendatario que traspase el local de negocio, está obligado a notificar fehacientemente al arrendatario o arrendador, en su caso, este propósito. Nace para estos sujetos una obligación. El origen de esta obligación es la ley. Se regirá por lo preceptuado por la ley que los ha establecido, en este caso la LAU y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del Cc. y, en concreto, del libro IV (art. 1.090 del Cc.). De ahí que consideremos que se trata de una obligación cuyo cumplimiento podrá ser exigido por el que tiene el derecho, así como podrá solicitar una indemnización de daños y perjuicios, si los ha sufrido, por la no realización de la notificación en los términos y con el contenido establecido en la ley. No hemos encontrado en la jurisprudencia ninguna declaración que reconozca la indemnización, ni que la niegue. No obstante, consideramos que el hecho de la ley atribuya a la omisión o inexactitud de tal notificación, junto con otros presupuestos, el nacimiento del derecho de retracto, con objeto de no permitir una violación de los intereses que con el derecho de tanteo el legislador pretende tutelar, no significa que sustituya las consecuencias ordinarias del incumplimiento de una obligación legal con una particular, ya que, ante todo, no son incompatibles. La acción de retracto y la de indemnización responden, en caso de ejercicio contemporáneo, a intereses distintos, todos ellos dignos de tutela, y, además, los presupuestos para que se puedan ejercitar son también diferentes.

La doctrina española no se ha pronunciado claramente al respecto, si bien es posible observar una tendencia a considerar la obligación de notificar una obligación legal, a la que es aplicable el libro IV del Cc. (112) y, por tanto, deducimos, la disciplina que regula las consecuencias del incumplimiento.

Por último, entre las consecuencias que se derivan de la falta de realización de la notificación prevista en el art. 47 de la LAU, el art. 55.1 señala que deberá justificarse que se ha realizado tal notificación, para inscribir en el Registro de la Propiedad los documentos de adquisición de las fincas urbanas y la falta de dicha justificación constituirá defecto subsanable con suspensión de la inscripción. Se podrá, no obstante, tomar anotación preventiva con vigencia de ciento ochenta días naturales, que se convertirá en inscripción si dentro de dicho plazo de vigencia se acreditare haberse practicado las notificaciones en forma legal (notificación que será de una adquisición consumada y que, en todo caso, podrá dar lugar al ejercicio del derecho de retracto).

En Italia, no se encuentran decisiones específicas de la Corte de Casación sobre este punto: si el arrendatario, al que el arrendador no comunique la intención de vender, está tutelado exclusivamente por la posibilidad de ejercitar el derecho de retracto o puede obtener el resarcimiento de daños. En materia de arrendamientos rústicos, la jurisprudencia

---

(112) V. LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, p. 358.

dencia ha seguido la línea de excluir el derecho del arrendatario al resarcimiento del daño por inobservancia de tal norma, considerando que la ley le ha protegido de tal inobservancia concediéndole el derecho de retracto.

Sin embargo, respecto de los arrendamientos urbanos la doctrina parece que defiende la tesis contraria (113).

#### VI.5. PÉRDIDA DE EFICACIA DE LA NOTIFICACIÓN POR TRANSCURSO DEL TIEMPO

Por otra parte, para evitar que el alienante pueda realizar una notificación de su intención de enajenar y posteriormente realizar tal acto en el momento que quiera, incluso mucho después, pudiendo así dificultar el ejercicio del derecho de tanteo por parte de su titular, el art. 49 expresamente señala: «Los efectos de la notificación prevenida en el artículo 47 caducarán a los ciento ochenta días naturales siguientes a la misma. Pasado este plazo no podrá intentarse nuevamente la transmisión hasta transcurridos dos años desde la notificación del tanteo». El legislador quiere asegurar así la seriedad de la comunicación de la decisión de enajenar, e impedir maniobras dolosas que dificulten el ejercicio del derecho de tanteo (114).

Esta cuestión no ha sido abordada expresamente por el legislador italiano. La doctrina ha realizado esfuerzos orientados a establecer un límite más allá del cual el tanteante pueda reaccionar. En este sentido, se ha considerado que si la transmisión se realiza más tarde de los términos señalados en el contrato originario y comunicados al arrendatario, éste tendrá derecho a la renovación de tal comunicación, como en todo supuesto de cambio de las condiciones del contrato notificadas, o, en su caso, tendrá derecho de retracto. En caso de que no se haya señalado nada en el contrato, la doctrina ha acudido a los principios del art. 1183 del «Codice civile» y el tanteante puede pedir una integración de dicha comunicación, que incluya la indicación de un término para las distintas fases de conclusión y ejecución del contrato. A falta de todo

---

(113) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, p. 264 (este autor señala en confirmación de su postura la sentencia de Cass., 28-VIII-1952, n. 2778, en *Foro it.* 1953, I, 1296, que admite el derecho al resarcimiento del daño, si bien no sobre la base únicamente del mero incumplimiento de la obligación de notificación, sino que exige también, además, que quede demostrado que el tanteante habría ejercitado el tanteo y, sobre todo, económicamente habría estado en situación de hacerlo), VARRONE, M., *loc. cit.*, pp. 219-221.

(114) Además, de otra forma, el arrendatario podrá ser inquietado y forzado a tener preparado el precio del piso, mediante notificaciones de proyectos de transmisión, sin que luego se cumpliera realmente la enajenación, advirtiéndole de ello antes de su correspondiente comunicación de ejercicio del derecho de tanteo (v. ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 366, especialmente, nota 45).

ello, el hecho de que el arrendatario no haya ejercitado el tanteo no producirá automáticamente efectos liberatorios para el arrendador en relación al proyecto de transmisión comunicado, sino que deberá interpretarse como manifestación de voluntad del arrendatario emitida con la condición de perfeccionamiento de la transmisión en un plazo razonable. Una transmisión realizada más allá de dichos lazos normales supondría, por tanto, una modificación de lo originalmente comunicado y, además de anular los efectos de la precedente notificación, impondrá la obligación de renovarla con las consecuencias señaladas anteriormente. No obstante la propia doctrina pone de manifiesto que esta solución presenta un punto débil, inevitable, por otra parte, en ausencia de puntos de referencia normativos, en el posible aprovechamiento del arrendatario de tal retraso para «remediar» la falta de ejercicio del derecho de tanteo, en el término señalado por la ley, después de la notificación. De ahí que la doctrina concluya dejando a la prudente apreciación del juez valorar las opuestas razones de los sujetos implicados, a la luz de cuanto se haya realizado en la concreta situación, sobre la base de la equidad y la racionalidad (115).

## VII. ACTO DE EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO. MODO DE ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD

La LAU no nos aclara la naturaleza y efectos del acto de ejercicio del derecho de tanteo. La doctrina y la jurisprudencia tampoco han realizado un análisis en concreto de esta cuestión. Únicamente hay unanimidad en que el ejercicio del derecho de tanteo activa un mecanismo en base al cual se adquiere la propiedad del bien.

Al partir de la base de que la comunicación del alienante no se trata de una oferta, no se puede pensar que la respuesta del titular del derecho de tanteo sea una aceptación. Podríamos referir de nuevo los mismos argumentos esgrimidos anteriormente. Tampoco podría pensarse que el acto del arrendatario constituye una oferta, pues la ley no nos señala la necesidad de una aceptación por parte del arrendador, al contrario, induce a pensar en una situación de vinculación para el arrendador independientemente de su aceptación. Tampoco cabría observar una aceptación tácita en la comunicación de la decisión de transmitir, realizada por el arrendador, pues como hemos observado no se trata de una declaración de voluntad dirigida al tanteante, sino una simple comunicación de un evento. Comunicación, que, además, como hemos observado, no es imprescindible para el ejercicio del tanteo.

La doctrina no ha sido clara al respecto pues, sin entrar en el análisis pormenorizado de la naturaleza de tal acto, ha considerado generalmente que con este acto se perfeccionaba un determinado modo

---

(115) V. FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 70-72.

adquisitivo. Y, otras veces, se ha considerado que con el acto de ejercicio del derecho de tanteo se vinculaba al alienante a vender al titular del derecho (116).

La jurisprudencia, sin embargo, presenta una línea de actuación bastante uniforme y constante. Ante una controversia sobre el ejercicio válido o no de un derecho de tanteo o de retracto, una vez que ha reconocido la existencia de tal derecho, ha condenado al propietario a otorgar escritura pública de transmisión de la propiedad. Por tanto no ha considerado que el mecanismo de adquisición de la propiedad se hubiese perfeccionado con el acto de ejercicio del derecho de tanteo o retracto. Ni siquiera ha considerado que la adquisición se hubiese realizado y faltase un título inscribible al que condena a otorgar, puesto que en este caso la sentencia firme que declarase válido el ejercicio del derecho de tanteo o retracto debería bastar como documento inscribible. Todo lo cual quiere decir que el Tribunal Supremo considera que falta todavía un requisito para que se perfeccione la adquisición, no sólo los aspectos registrales. Requisito al que unas veces se refiere la jurisprudencia como escritura pública de compraventa (117) y otras escritura pública de transmisión de la propiedad (118). Advierte, además, el Tribunal, que se otorgará de oficio si no se realiza voluntariamente (119). Escritura pública que, en todos los casos, en la práctica notarial, contiene un contrato de compraventa (120).

También es doctrina consolidada por nuestro Tribunal Supremo que el sujeto que ejercita el derecho de tanteo debe consignar en el momento que ejercita tal derecho las cantidades que señala el art. 1518 del Cc. expresamente para el retracto (121). Y es la propia jurisprudencia la que explica que tal requisito se exige por una finalidad de garantía para el alienante (122).

---

(116) V. SANTOS BRIZ, J., *loc. cit.*, p. 364; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *loc. cit.*, p. 330 y LLOMBART, M. D., *loc. cit.*, p. 359. V., igualmente STS de 21-X-1961 (RA 3316); 30-I-1965 (RA 1803); 22-XII-1969 (RA 6201); 30-VI-1970 (RA 3286).

(117) V. STS de 30-VI-1970 (RA 3286); 23-I-1971 (RA 289); 11-IV-1973 (RA 1736); 26-V-1982 (RA 2602); 13-VII-1982 (RA 4233); 12-VI-1984 (RA 3232); 29-IV-1986 (RA 2066); 3-III-1990 (RA 1663).

(118) V. STS de 30-VI-1971 (RA 3348); 7-VII-1982 (RA 4218).

(119) V., especialmente, STS de 13-VII-1982 (RA 4233); 12-VI-1984 (RA 3232); 3-III-1990 (RA 1663).

(120) V. *Formulario de Arrendamientos Urbanos*. Editorial Aranzadi, Madrid 1988, pp. 15-17.

(121) V. STS de 12-III-1969 (RA 1232); 22-XII-1969 (RA 6201); 30-VI-1970 (RA 3286); 23-I-1971 (RA 289); 24-II-1974 (RA 539); Audiencia Territorial de Granada, 12-VII-1984 (en *RGD*, 1985, p. 2026).

(122) V., especialmente, STS de 22-XII-1969 (RA 6201). No obstante, se trata de una obligación que dificulta enormemente la posibilidad de ejercicio del tanteo, pues en un plazo relativamente breve, 60 días, el sujeto que pretenda ejercitar tal derecho deberá hacerse con sumas de dinero muy considerables. Y así como el tercero ha podido tener tiempo, durante la negociación contractual, para la que no hay límites

Ante este panorama generalmente se ha acudido a procedimientos contractuales para explicar la adquisición de la propiedad por parte del tanteante. La mayoría de los autores han considerado que con el acto de ejercicio del tanteo se realiza la aceptación de una oferta que habría contenido la comunicación del alienante (123). Desde ese momento nacerá para ambas partes la obligación de elevar la transmisión a escritura pública para su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad. Cualquier contratante, por tanto, podrá compeler al otro a otorgar escritura pública (art. 1279 del Cc.).

No obstante, al negar la calificación de oferta de la comunicación que debe realizar el arrendador y admitir la posibilidad de ejercicio del derecho de tanteo, incluso, cuando adquiera el tanteante conocimiento completo de la proyectada transmisión por un medio diferente de dicha notificación, el esquema de la oferta y la aceptación no resulta admisible.

Otros autores, manteniéndose en esquemas contractuales, y, admitiendo que la notificación realizada por el alienante no contiene una oferta, consideran que el acto de ejercicio del tanteo perfecciona una figura jurídica en virtud de la cual nacen para el arrendador y para el arrendatario, según algunos autores, un contrato definitivo y, según otros, una obligación de contratar (124).

No obstante, esta interpretación plantea algunos interrogantes: ¿Se puede considerar que con el acto de ejercicio del derecho de tanteo se ha perfeccionado un contrato preliminar, o un contrato definitivo? En estos casos observamos la falta de intercambio de consentimientos. ¿Nos encontramos ante una figura de contrato concluido unilateralmente? La doctrina últimamente ha escrito mucho sobre la creciente tendencia a la conclusión de contratos unilateralmente. Sin embargo, esta posibilidad todavía choca frontalmente con la figura de un contrato del que nacen obligaciones para ambas partes (125).

Desde una perspectiva más general, tradicionalmente la doctrina española y numerosa jurisprudencia han entendido, generalmente, que el acto de ejercicio del derecho de tanteo y de retracto provocan una subrogación en el procedimiento contractual entablado entre el alienante y el tercero. En este sentido, se ha observado que el arrendatario, al ejercitar el derecho de tanteo se subroga en la posición del tercero, y, por tanto, se concluye con él la transmisión, en lugar de con este tercero. En materia de retracto, se produce igualmente una subrogación y se resolverá el contrato respecto del tercero (126). No obstante, son ya

---

temporales, de procurarse préstamos u otros medios de financiación, mucho más difícil resultará obtenerlos al tanteante que dispone sólo de 60 días.

(123) V., *supra* nota 82.

(124) V. ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 343.

(125) V. NUZZO, M., *op. cit.*, pp. 90-91.

(126) V., especialmente, ALVAREZ MARTÍNEZ, C., «La singularidad de efectos específicos en el retracto legal: su razón de ser», en *RGD* 1955, pp. 468 y ss.; ARECHE-

numerosos los autores españoles que, al menos, por lo que se refiere al retracto, han criticado la idea de subrogación. El tercero ya ha adquirido la propiedad, el contrato ha producido todos sus efectos. Nos encontramos pues, no con una situación contractual, sino real. Y nuestro ordenamiento no conoce la figura de la subrogación sino en relación a situaciones contractuales. Sin embargo, incluso la doctrina que se muestra crítica respecto a la idea de subrogación en el retracto, generalmente, la admite para el tanteo (127). No obstante, consideramos que sólo se puede usar este término de un modo genérico, porque su expresividad pone de manifiesto el poder de exclusión que tiene el titular del derecho de tanteo, pero no de una forma escrupulosamente técnica. Las posiciones jurídicas del tercero pueden ser muy variadas, puede haber realizado sólo una oferta, sin haber recibido todavía una aceptación por parte del alienante, puede haber estipulado un precontrato, un preliminar, un contrato definitivo, puede, incluso en base a este contrato definitivo haber entregado un anticipo del precio. La posición del tanteante, sin embargo, no queda afectada por la que ocupase el tercero. Una vez recibida la notificación por parte del arrendador, el tanteante siempre se encontrará en condiciones de depositar el precio en las condiciones pactadas entre el alienante y el tercero y de ejercitar el derecho de tanteo, pudiendo dirigirse a los tribunales para que condenen al propietario al otorgamiento de escritura pública de transmisión de la propiedad. Y se encontrará en esta posición, independientemente de que el tercero fuese sólo un oferente, o un contratante de cualquier tipo de negocio jurídico.

Tampoco es posible considerar que, en la comunicación del pacto definitivo, el alienante haya expresado una aceptación tácita que convertiría, en todo caso, al unirse con la comunicación del tanteante que constituiría una oferta, a este último sujeto en parte de un contrato definitivo, aun subrogándose en cualquier otro tipo de posición jurídica del tercero. Esta interpretación no es posible desde el momento que hemos considerado que la comunicación que realiza el arrendador no es una declaración de voluntad negocial, sino una comunicación de un evento que es obligatoria por imperativo legal. No obstante, aun suponiendo que implicase una voluntad tácita de aceptación de una oferta realizada por el tercero, por ejemplo, no se trataría de un acto o comportamiento dirigido a ese tercero, receptor de la voluntad de aceptación, luego no perfeccionaría el contrato preliminar o definitivo con este sujeto. Y en caso de considerarse que la declaración del tanteante

---

DERRA ARANZADI, L., *El tanteo...* loc. cit., p. 28; AZPIAZU, J., loc. cit., pp. 86, 88; FIGA FAURA, L., loc. cit., p. 881; GÓMEZ CALERO, J., loc. cit., p. 774; HIJAS PALACIOS, J., loc. cit., p. 540; DE LA RICA, R., loc. cit., pp. 1038 y ss.; SANTOS BRIZ, J., loc. cit., pp. 337 y ss. En jurisprudencia, v., STS de 28-III-1969 (RA 1653), 21-II-1970 (RA 640), 18-I-1974 (RA 197); 30-IV-1985 (RA 2004); 6-X-1989 (RA 6894).

(127) V., especialmente, ALBALADEJO, M., op. cit., pp. 342 y ss.; COCA PAYERAS, M., op. cit., pp. 41 y ss., 55 y ss.



contiene una oferta, ninguna norma se refiere a la necesidad de una aceptación dirigida a este sujeto, cuando, después de ejercitado el tanteo, se haya situado en la misma posición del tercero.

Por otra parte, en caso de admitir un esquema de oferta y aceptación en el intercambio de comunicaciones entre el alienante y el tanteante, nos encontramos con un nuevo proceso contractual que discurre paralelo y se contradice con el de la subrogación.

Toda esta hipotética construcción que ponemos en tela de juicio resulta aún más contradictoria en caso de ejercicio del derecho de tanteo sin que haya habido ningún tipo de comunicación por parte del alienante, con lo que no sería posible ni siquiera imaginar una voluntad negocial por parte del alienante que explicase la distinta posición jurídico obligatoria en la que se pueden encontrar tanteante y tercero.

Una cosa es que presupuesto del derecho de tanteo sea la existencia de un tercero con el que el arrendador haya convenido un proyecto definitivo de transmisión y que el tanteante deba adquirir en las mismas condiciones contractuales que el alienante había pactado con aquel tercero, y otra, que se deba situar en la misma fase o posición jurídico-negocial en que este tercero se encontraba.

Todo lo anterior nos lleva a considerar que nos encontramos con el ejercicio del derecho de tanteo que, incluso, cuando se trata de un ejercicio tempestivo y válido no es suficiente para adquirir la propiedad, como demuestra la jurisprudencia al condenar a otorgar escritura pública sin que ello se realice con el único fin de obtener un título inscribible, pues ya sería suficiente, como hemos dicho, la sentencia. No obstante, es posible igualmente deducir de la doctrina jurisprudencial ya consolidada en nuestro sistema jurídico que, si bien no es suficiente para producir la transmisión de la propiedad, el simple acto de ejercicio del derecho de tanteo produce efectos en la esfera jurídica del alienante. Es decir, una declaración unilateral de voluntad de un sujeto produce un cambio en la situación jurídica de otra que no puede sino sufrir tal efecto. Nos encontramos, por tanto, ante un derecho potestativo cuyo efecto no es como vemos, la adquisición de la propiedad, o, contemplado desde el punto de vista del sujeto que sufre el efecto de la declaración unilateral del titular del derecho de tanteo o retracto, la transmisión de la propiedad del patrimonio del alienante al suyo, sino el nacimiento para el alienante de la obligación de realizar los actos que conducen al perfeccionamiento del procedimiento adquisitivo con el titular del derecho de tanteo. Nace una obligación cuyo origen es el ejercicio de un derecho potestativo de origen legal (128). El alienante se encontrará en una situación de sujeción, pues se producirá una modificación en su situación jurídica independientemente de su adhesión voluntaria. Y no consideramos que sea obstáculo a esta afirmación el

---

(128) V., en este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, p. 73 y COCA PAYERAS, M., *op. cit.*, p. 157. En contra, expresamente IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 17-24.

hecho de que el alienante pueda realizar un comportamiento tendente a frustrar la satisfacción del derecho de tanteo, por ejemplo, transmitiendo de todas formas el bien al tercero, aunque el contrato en virtud del cual se realice esta transmisión sea válido (129). El ordenamiento establece un mecanismo complejo de protección del derecho de adquisición preferente por el que la situación de vinculación, que viene determinada por la propiedad del bien, no se extingue sino por un acto voluntario del titular del derecho de adquisición preferente, es decir, por la renuncia expresa o tácita al ejercicio del derecho. Existe sólo la posibilidad de cambio del sujeto directamente afectado, como es posible cambiar el titular de la situación jurídica tenida en cuenta por el legislador y a la que vincula la situación de sujeción, pero ello no significa que el sujeto obligado tenga el poder de frustrar la satisfacción del derecho de adquisición preferente.

Todo lo anterior nos lleva a concluir, por tanto, que nos encontramos ante un modo de adquisición que no se perfecciona con un solo acto sino que precisa de una serie de actos. Podemos, además, afirmar que se trata de un procedimiento o sucesión de actos que se inicia heterónomamente, es decir, no es la autonomía privada lo que pone en funcionamiento el mecanismo de adquisición que supone el derecho de tanteo. No se trata de un acuerdo de voluntades. Estamos ante una hipótesis formada de ciertos presupuestos de hecho: —voluntad de alienar, proyectada enajenación con un tercero, conocimiento cabal y completo de tal evento. A esta hipótesis la ley acompaña el nacimiento de un derecho a ser preferido, a adquirir con preferencia. Tal derecho producirá sus efectos sólo si el sujeto titular quiere ejercitarlo. Y una vez ejercitado continua el proceso adquisitivo con el nacimiento, por imperativo legal, de una obligación jurídica, para el alienante (130). Observamos, pues, que se trata de un modo de adquisición de la propiedad cuyo origen no se encuentra en un intercambio de consentimientos, en la autonomía de la voluntad. Nos situamos ante un modo de adquisición de la propiedad que inicia heterónomamente por la relación que establece la ley entre el inicio de dicho procedimiento adquisitivo y el ejercicio de un derecho concedido legalmente.

Nuestro ordenamiento contempla la posibilidad de constitución legal de derechos reales y de forzosa transmisión de la propiedad. Entre estos casos, hay supuestos en los que la ley los crea directamente y otros en los que la ley concede el derecho a una persona a exigir la constitución o transmisión y el deber a otra persona de llevarla a cabo. Generalmente este derecho se encauza a través de un procedimiento

---

(129) V. FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 87-89, el cual se basa en este punto para criticar la calificación de sujeción de la situación del alienante, después de haberse ejercitado el derecho de tanteo.

(130) Nacerá también una obligación para el titular del derecho de tanteo, a la que no hacemos referencia pues nace por el ejercicio voluntario de un derecho propio.

que puede ser administrativo o judicial (131). Consideramos que, en el modo de adquisición activado por el tanteo, nos situamos ante una forzosa transmisión de la propiedad que se aproxima, si bien no se identifica, a la hipótesis de venta forzosa. Con el ejercicio del derecho de tanteo se crea «ex lege» un vínculo obligatorio que obliga a transmitir la propiedad a una persona determinada, al tanteante. Se inicia un procedimiento adquisitivo de origen legal. Sin embargo, la transmisión forzosa de la propiedad adviene mediante la inserción de una fase previa jurídico-obligatoria. En la explicación ofrecida por algunos autores, en virtud de la cual el acto de ejercicio del derecho de tanteo perfeccionaba un contrato, ya fuese preliminar o definitivo, el título para la adquisición, la causa jurídico-obligatoria es producto de una voluntad negocial, cuya existencia hemos puesto en entredicho. En la presente interpretación el título para la adquisición es una obligación nacida de la ley. Lo forzoso, de modo inmediato, es la obligación. Obligación de transmitir al tanteante. Obligación cuyo contenido y satisfacción se plasman en la realización del esquema jurídico de transmisión, de intercambio de cosa por precio. Esquema que se aproxima a una venta forzosa, en el que el transmitente está obligado a transferir la propiedad y en el que las condiciones de dicho intercambio están prefijadas, todo ello por imperativo legal. Pero para que se produzca el efecto jurídico-real es necesario cumplir el esquema general, realizando el traspaso de la posesión a título de dueño. Traspaso que, si no se ha realizado de otro modo, se obtendrá mediante la *traditio brevi manu* a la que hace referencia el art. 1462 del Cc., a través del otorgamiento de escritura pública. En todo caso, dicha escritura cumplirá la exigencia de publicidad frente a terceros, que cualquiera de las partes de la relación obligatoria puede compeler a la otra para que venga satisfecha. De ahí que, en todo caso, se exija por el Tribunal Supremo, al reconocer un ejercicio tempestivo y oportuno del derecho de tanteo.

En el supuesto, sin embargo, del ejercicio del derecho de tanteo del arrendador en caso de traspaso, igualmente se produce la transmisión de una situación jurídico-obligatoria a través de un procedimiento de origen heterónimo. Con el ejercicio del derecho se crea el vínculo obligatorio que obliga a suscribir el traspaso y a otorgarse por escritura pública (art. 32 de la LAU). Se trata de un procedimiento de origen heterónimo en cuyo esquema se observa la constitución legal de un vínculo y, por tanto, de una obligación cuyo cumplimiento perfeccionará el procedimiento de traspaso.

En Italia, es posible observar igualmente una pluralidad de explicaciones que interpretan el procedimiento de adquisición de la propiedad que se activa con el ejercicio del derecho de tanteo.

---

(131) DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, pp. 683-684.

La ley de 27 de julio 1978, n. 392, concretamente el art. 38.4, se refiere, a diferencia de la normativa española de arrendamientos urbanos, más concretamente a dicho procedimiento. El párrafo 3.º de este mismo artículo se refiere al plazo dentro del cual, el arrendatario, si quiere, puede ejercitar el tanteo «ofreciendo condiciones iguales a las comunicadas». Y el párrafo 4.º, que es el que plantea mayores problemas de interpretación en esta materia, señala que, cuando el derecho de tanteo se haya ejercitado, la entrega del precio deberá realizarse, dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del sexagésimo día desde la notificación, y, salvo que en tal comunicación se indique otra cosa, simultáneamente a la estipulación del contrato de compraventa o del contrato preliminar.

Diferentes explicaciones ha sufrido esta referencia a la estipulación de un contrato definitivo o preliminar posterior al ejercicio del tanteo, que constituye una novedad respecto a cualquier otra figura de tanteo legal de este ordenamiento.

Tradicionalmente se ha considerado que la comunicación realizada por el arrendador fuese una verdadera y propia oferta de contrato y el acto de ejercicio del tanteo supondría una aceptación. Se perfecciona así un contrato de compraventa o un preliminar de compraventa (132).

Además de las críticas que ha recibido la consideración de que la comunicación debida por el arrendador constituye una oferta, esta interpretación produce cierta perplejidad al intentar armonizarla con el párrafo 4.º del art. 38. La previsión de la estipulación de un contrato, que, incluso, puede ser una preliminar, resulta anómala y paradójica si ya se ha concluido, con el acto de ejercicio del tanteo, un contrato.

Algunos comentaristas han propuesto superar esta paradoja entendiendo el término «estipulación» no como sinónimo de formación del contrato, sino como reproducción documental del mismo (133). De todas formas, siempre permanece la anomalía de que esta norma prevé, en el caso de que se estipule un contrato preliminar, la obligación de entregar simultáneamente el precio. Se ha intentado explicar a través de una figura de preliminar con efectos legalmente anticipados respecto de una sola parte, o, como una imperfección técnica de una norma cuya pretensión era tomar posición sobre la cuestión, objeto de debate en tema de tanteo rústico, sobre si la aceptación del tanteante diese lugar a la formación de un preliminar o de un definitivo (134).

Otros comentaristas, en base a que la norma no hace referencia específica a la realización de un acto que reúna los requisitos necesarios

---

(132) V. ALOISIO, R., *op. cit.*, p. 499; CAPUTO, E., «Natura giuridica della denuntiatio», en *Giust. civ.* 1983, I, 1332; CASAROTTO, G. G., *loc. cit.*, pp. 633 y ss.; Cass., 16-VI-1988, n. 4103, en *Giust. civ.* 1988, I, 2585; T. Roma, 10-VI-1981, en *Giur. merito* 1983, I, 651; T. Roma, 15-VI-1981, en *Tem. rom.* 1981, II, 228; T. Rieti, 17-IV-1987, en *Giust. civ.*, I, 1543.

(133) V. TERZAGO, G., *op. cit.*, p. 51.

(134) V. ALOISIO, R., *op. cit.*, p. 1154.

para la transcripción y admitida la imposibilidad de que los contratos previstos desarrollen una función causal respecto de la transmisión de la propiedad del inmueble, asignan a tal contrato la naturaleza de contrato de mera comprobación, cuyo único efecto sería el de hacer exigible el precio. Explican la «ratio» de la norma por la exigencia de subordinar el pago del precio a una situación en la que la adquisición del tanteante no sea contestada (135).

Estas últimas teorías han sido criticadas pues las comunicaciones que tienen que hacerse las partes deben realizarse por acto notificado por medio de oficial judicial. No parece, por tanto, posible compartir la tesis, según la cual el legislador incurriendo en defectos técnicos e imperfecciones terminológicas, habría querido referirse a una nueva reproducción documental. La previsión, por otra parte, de la formación del acto de venta con los requisitos necesarios para la transcripción, podría haber tenido sentido, pero el texto del art. 38.4 no hace referencia expresa. También ha recibido críticas la teoría del negocio de comprobación pues el verdadero contrato se habría perfeccionado por manifestaciones de voluntad notificadas fehacientemente, lo cual hace inútil el segundo negocio. Tampoco sería necesario estipular un contrato para exigir el precio pues la misma norma señala un plazo (136).

Según otra parte de la doctrina, con el acto de ejercicio del derecho de tanteo sólo se impide que el arrendador se libere de la obligación de preferir, en caso de conclusión del contrato, al tanteante, pero no obliga a concluir ningún contrato, no surge ningún vínculo contractual, definitivo o preliminar entre las partes de la relación de tanteo (137).

Otros comentaristas han interpretado el citado art. 38 en el sentido de que con el acto de ejercicio del derecho de tanteo se perfecciona un contrato preliminar que obliga a la estipulación de un contrato sucesivo que tendrá eficacia traslativa, salvo que ésta se quiera suspender. El art. 38.4, cuando se refiere a la celebración de un preliminar posterior a dicho ejercicio del derecho de tanteo, lo está haciendo a «un preliminar impropio o a un compromiso» (si bien, siempre definitivo) cuando las partes, de acuerdo, lo hayan así elegido, decidiendo no pro-

---

(135) V. CASAROTTO, G. G., *loc. cit.*, pp. 639-642.

(136) V. GIARDINI, P. M., *op. cit.*, pp. 260-261.

(137) GIARDINI, P. M., *op. cit.*, pp. 262-267 (este autor mantiene esta tesis, si bien añade que este es el mecanismo de adquisición de la propiedad a través del ejercicio del tanteo, independientemente de la posible responsabilidad precontractual en que podría incurrir el arrendador. Podría aproximarse este caso al art. 1328 Cc. en virtud del cual incurre en responsabilidad del proponente que haya revocado la propuesta frente al aceptante que, en buena fe, ha comenzado la ejecución antes de conocer la revocación, v. pp. 272-273); MOSCARINI, L. V., *op. cit.*, p. 723 (si bien este autor, en caso de tanteo por estipulación de un nuevo contrato de arrendamiento considera que la notificación realizada por el arrendador constituye una oferta contractual); ZAMBRAÑO, V., *loc. cit.*, pp. 107-108.

ceder por el momento, por sus razones, a la elevación de escritura pública (138).

Para otros autores, el ejercicio del derecho de tanteo, de acuerdo con el art. 38.4 de la ley n. 392, provoca el nacimiento de una obligación de contratar (139).

En relación al derecho de tanteo en otras materias, se ha desarrollado la interpretación del derecho de tanteo como derecho potestativo cuyo ejercicio produce la adquisición de la propiedad sin necesidad de ninguna adhesión o intervención del alienante (140). Y posteriormente esta consideración, algunos autores y cierta jurisprudencia,

(138) CIAN, G., «Le prelazioni a favore del conduttore nella locazione ad uso non abitativo», en *Le locazioni per uso non abitativo – Atti del Convegno di Milano 5-luglio-1979*, Padova 1979, p. 109.

(139) Esta tesis la sostienen autores que parten de presupuestos muy diversos. En este sentido, FURGIUELE, G., *op. cit.*, p. 125, considera que la comunicación realizada por el arrendador constituye una declaración no negocial, cuya única finalidad es poner en conocimiento del arrendatario un evento. El ejercicio del derecho de tanteo provoca el nacimiento de una obligación de estipular un contrato. Efecto que no comparten todos los esquemas de tanteo legal en Italia, pero que no puede negarse en el caso de arrendamientos urbanos, a pesar de que ello implique una cierta artificiosidad, pues así se deduce del párrafo 4.º del citado art. 38.

Sin embargo, TRIOLA, R., *op. cit.*, que considera que el acto de comunicación debido por el arrendador constituye una oferta, interpreta el art. 38.4 (l. n. 392) en el sentido de que con el ejercicio del derecho de tanteo nace sólo la obligación de contratar que se actualizará sucesivamente en la estipulación de un contrato definitivo o preliminar. Constituye un supuesto en el que se deroga el principio de que la aceptación, cuando llega a conocimiento del oferente, concluye el contrato. En esta hipótesis, el «iter» de formación del contrato es más largo.

Partiendo del presupuesto de que dicha comunicación no constituye una oferta, se muestran en la línea de interpretar que el ejercicio del tanteo hace surgir una obligación de contratar: Cass., 9-V-1985, n. 2897, en *Foro it.* 1985, I, 3105; Cass., 26-X-1985, n. 5283, en *Rass. equo canone* 1985, 236; Cass., 19-I-1988, n. 356, en *Foro it.* 1988, I, 1148; Cass., 4-XII-1989, n. 5357, en *Giust. civ.* 1990, I, 1307; Cass., 4-XII-1989, n. 5338, en *Giust. civ. Mass.* 1990; Cass., 4-XII-1989, n. 5359, en *Corriere giuridico* 1990, pp. 465 y ss.

(140) No obstante, a pesar de la consideración común del tanteo como derecho potestativo, no todos los autores consideran que su ejercicio produce los mismos efectos. V., en materia de tanteo rústico, BENEDETTI, G., «Prelazione e riscatto nell'alienazione di fondi rustici», en *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 1, Milano 1978, pp. 898 y ss. (si bien este autor está de acuerdo con la naturaleza potestativa del tanteo, excluye que el acto de ejercicio de tal derecho realice la transmisión, en cuanto que no sería idóneo para representar por sí mismo la causa inmediata que justifica la transmisión. Con ese acto el tanteante pondría de manifiesto la existencia actual y concreta de su interés en la adquisición del bien. La transmisión derivaría de una sentencia constitutiva); GERMANO, A., «La prelazione agraria: problemi sostanziali e processuali», en *Giur. agr.* 1973, pp. 96 y ss. (no obstante, este autor considera que el efecto inmediato del ejercicio del tanteo será una modificación subjetiva en el procedimiento negocial en curso. El acto de ejercicio del derecho de tanteo concluirá el contrato con la consiguiente transmisión de la propiedad); CIANCIO, M., *Prelazione e acquisto di fondi rustici*, Padova 1978, pp. 39 y ss. En materia de tanteo sucesorio, v. NUZZO, M., *op. cit.* pp. 96 y ss. (estos últimos autores citados afirman que el tanteo supone un derecho potestativo que se ejercitaría mediante un negocio unilateral recepticio idóneo por sí mismo para realizar la transmisión del bien en favor del tanteante).

la han extendido también al ámbito del tanteo en los arrendamientos urbanos (141).

Una vez analizado el modo de adquirir la propiedad por el ejercicio del derecho de tanteo, cobra sentido plantearnos una cuestión que, en su momento, quedó abierta.

Observamos que el derecho de tanteo puede ser ejercitado, incluso, cuando se ha celebrado un contrato de compraventa, pero todavía no se ha transmitido la posesión. En este caso, nos encontramos ante dos procedimientos que llevan a la adquisición de la propiedad, iniciados con dos personas distintas, uno de origen convencional y otro legal. Entendemos que por su origen legal, imperativo, deberá prevalecer este último, si bien ello no impide que el tercero, con el que el alienante había celebrado el contrato, pueda exigir responsabilidad civil a éste.

#### VIII. LÍMITES QUE LA LEY IMPONE AL ARRENDATARIO QUE ADQUIERE LA PROPIEDAD Y AL ARRENDADOR QUE RECOBRA EL USO DEL LOCAL DE NEGOCIO POR EL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO

El arrendador, si ejercita el derecho de tanteo y se consuma el traspaso, debe permanecer en el local, sin traspasarlo, el plazo mínimo de otro año, y destinarlo durante este tiempo, por lo menos, a negocio de la misma clase al que venía ejerciendo el arrendatario (art. 32.2.<sup>a</sup>). No obstante, el art. 38 de la LAU establece que el propietario que adquiera sin existencias el local de negocio, en virtud de los derechos de tanteo o retracto, no vendrá obligado a continuar ejerciendo industria o comercio en dicho local.

El arrendatario que adquiera a través del ejercicio del derecho de tanteo, así como su heredero o legatario, no podrá transmitir por actos «inter vivos» el piso adquirido hasta que transcurran dos años desde la adquisición, salvo si hubiere venido a peor fortuna (art. 51.1 de la LAU) (142).

En caso de que la norma anterior sea infringida y se transmitiera la vivienda antes del plazo de los dos años, podrá el perjudicado interponer demanda judicial, solicitando que se resuelva el anterior contrato

---

(141) V. especialmente, BERNARDINI, M., *op. cit.*, pp. 277-279. Este autor interpreta que el sucesivo contrato a que se refiere el art. 38.44 tendrá el limitado valor de una consagración documental (v. pp. 256-257, 275); Cass., 10-IV-1986, n. 2521, en *Foro it.* 1986, I, 2162; Cass., 17-IV-1986, n. 2726, en *Foro it.* 1986, I, 2161; Cass., 29-VII-1987, n. 6576, en *Arch. locazioni* 1987, 644; Cass., 8-IX-1987, n. 7229, en *Foro it.* 1988, I, 2636; Cass., 7-XI-1987, n. 8247, en *Foro it.* 1988, I, 1149; Cass. 14-III-1988, n. 2427, en *Giust. civ.* 1988, I, 1707.

(142) Respecto a la interpretación de la expresión «venir a peor fortuna», v. IZQUIERDO ALCOLEA, I., *op. cit.*, pp. 183-192.

de compraventa entre el antiguo propietario y el entonces inquilino y el celebrado entre éste y el nuevo adquirente (art. 51.2 de la LAU).

El que adquiere por actos «inter vivos» una finca urbana compuesta de pisos o departamentos no podrá enajenar como fincas independientes los que al tiempo de la adquisición estuviesen arrendados hasta transcurridos cuatro años desde dicha adquisición, salvo si hubiere venido a peor fortuna (art. 52 de la LAU).

Se pretende así proteger la finalidad social de la disciplina del derecho de tanteo y retracto contenida en la LAU, impidiendo que los arrendatarios puedan valerse de este privilegio, concedido por la ley, únicamente con fines especulativos.

La jurisprudencia italiana, en ocasiones, ha sancionado con nulidad ambas ventas, la del alienante con el tanteante y la del tanteante con el tercero. Se ha justificado por ilicitud de la causa que afectaría al negocio (143); o en la falta de legitimación subjetiva para el ejercicio del tanteo por parte del sujeto que lo ha ejercitado (144), y a menudo también se observa una hipótesis de fraude de ley «ex» art. 1344 del Cc. (145). No obstante, también se pueden observar decisiones en las que la jurisprudencia italiana declara que, en base a que estamos ante un supuesto no previsto expresamente en la ley n. 392 del 1978, y que no puede considerarse regulado por una norma jurídica que pueda deducirse de los principios generales, no es nulo el acto de adquisición del tanteante (146).

La doctrina, en su mayoría, sólo sanciona los casos en los que no sólo se produce una reventa inmediata, sino que, además, se observa un acuerdo dirigido a hacer de este mecanismo de adquisición un instrumento para defraudar los derechos del tercero (147), o sanciona con nulidad exclusivamente el segundo negocio (148). Algunos autores han señalado que no puede hablarse de ilicitud de causa, al máximo de motivo ilícito que tendrá relevancia para el ordenamiento cuando exista acuerdo entre los contratantes. Podrá, entonces, sancionarse el se-

(143) V. App. Torino 24-IX-1971, en *Giur. it.* 1974, I-2, 291.

(144) V. Cass., 21-VI-1979, n. 3446, en *Giust. civ.* 1979, I, 2103; Cass., 28-IV-1981, n. 2591, en *Giust. civ.* 1981, I, 1561.

(145) V. Cass., 22-VII-1981, n. 4709, en *Giust. civ.* 1982, I, 156. En materia de arrendamientos rústicos, la Corte de Casación se ha orientado en el sentido de declarar la nulidad del contrato entre alienante y tanteante y entre éste último y el tercero, en cuanto celebrados en fraude de ley (v. Cass., n. 4923/1988). Uno de los argumentos con el cual se ha sostenido esta orientación se basa en el segundo párrafo del art. 28 de la ley n. 590 del 1965 sobre arrendamientos rústicos según el cual: «... la venta del fondo adquirido con los beneficios de la presente ley no puede tener lugar antes de que transcurran 10 años de la adquisición». En la ley que regula los arrendamientos urbanos no se observa una disposición similar.

(146) Cass., 23-XI-1990, n. 11325, en *Mass. Giust. civ.* 1990; App. Napoli, 28-I-1985, en *Vita not.* 1985, 1300.

(147) V. CASAROTTO, G. G., *op. cit.*, pp. 401-402.

(148) V. TRIOLA, R., en nota a Cass., 21-VI-1979, n. 3446, en *Giust. civ.* 1979, I, 2103.



gundo negocio con nulidad (149). Por tanto, legitimado a alegarla está cualquier sujeto interesado, y, en consecuencia, también el alienante vinculado por el tanteo. Por último, también se pueden observar algunos comentaristas que consideran más apropiado reconducir esta cuestión al concepto de abuso de derecho. Sería, en consecuencia, el resarcimiento del daño el único instrumento que se reconoce al tercero para salvaguardar los intereses sacrificados por el abuso de derecho así realizado (150).

La doctrina, en definitiva, muestra la necesidad de una solución normativa de esta cuestión, estableciendo legislativamente un período de inalienabilidad del inmueble bajo pena de nulidad, o legitimando al sujeto que pretendía adquirir la propiedad y vio frustrado su intento por el ejercicio del derecho de tanteo para ejercitar el retracto contra el tercero, que ha adquirido del arrendatario dentro de ese lapso de tiempo (151).

## IX. RENUNCIA DEL DERECHO DE TANTEO

El artículo 6 de la LAU establece como principio general la irrenunciabilidad de los beneficios que otorga la Ley de Arrendamientos Urbanos por parte de los inquilinos de viviendas, con o sin muebles, y los subarrendatarios de las mismas, considerando nulo y sin valor alguno cualquier acuerdo que lo contradiga.

Sin embargo, permite la renuncia a los arrendatarios y subarrendatarios de locales de negocio.

Esta prohibición no rige para el arrendador, sea de viviendas o de locales de negocio. No obstante, los arrendatarios de viviendas calificadas legalmente como «suntuarias» pueden también renunciar a los beneficios legales. Estas viviendas son aquellas que, ocupadas, por primera vez en las fechas que el citado artículo 6 determina, devengasen mensualmente en la respectiva fecha tope, también fijada por esta norma, una cantidad por renta no inferior a la que se señala en el precepto citado. Pero queda intangible el derecho a la prórroga del contrato, que es irrenunciable siempre, salvo que sea de los concertados al amparo del Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, pues en él se permite que las partes lo desvinculen de la LAU en cuanto al régimen de prórroga legal.

La renuncia que se prohíbe es la renuncia en el contrato de arrendamiento. La Ley no permite pactos por los cuales el arrendatario deje de adquirir los derechos que, como contenido de la relación jurídica, se deberían de incorporar a su patrimonio. Pero no prohíbe que se renun-

---

(149) V. FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 149 y ss.

(150) V. FURGIUELE, G., *op. cit.*, pp. 152-153 y TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 131-133.

(151) V. VARRONE, M., *loc. cit.*, pp. 216-217.

cie al ejercicio de los mismos, una vez que se dan los presupuestos para ello.

Por tanto se deduce que el arrendatario de vivienda no podrá renunciar al derecho de tanteo en el contrato de arrendamiento. Sólo será válida su renuncia una vez perfeccionados los presupuestos para su ejercicio (152). La jurisprudencia admite incluso la renuncia tácita «cuando la conducta observada públicamente por el arrendatario revele, no sólo el pleno conocimiento de la relación jurídica creada por la venta a tercera persona del lugar que ocupaba en arrendamiento sino además el asentimiento por su parte... por implicar semejante forma de proceder un abandono consciente del derecho mencionado que, por su significación y eficacias jurídicas, entraña su renuncia implícita sobre todo si su titular se dio por notificado y renunció expresamente o tácitamente a su derecho...» (153).

El propietario arrendador puede, sin embargo, renunciar al derecho de tanteo y retracto en caso de traspaso del local de negocio (154), así como los arrendatarios de locales de negocio y los de viviendas «suntuarias» en caso de venta o cesión en pago del inmueble que ocupan, incluso en el contrato de arrendamiento. En estos casos, el sujeto alienante no tendrá obligación de comunicar el traspaso, la venta o cesión.

En el ordenamiento jurídico italiano, también, es nula la renuncia previa al derecho de tanteo. Incluso, la doctrina considera que una condición de este tipo hará nulo el contrato de arrendamiento si resulta que sin ella no se hubiese estipulado. Después del inicio del plazo de ejercicio del derecho de tanteo, sí se puede renunciar (155). Estas consideraciones se basan también en el «favor conductoris» que caracteriza la disciplina italiana de esta materia y, en concreto, la ley n. 392 de 1978. En particular, en los arrendamientos de inmuebles urbanos, el art. 79 de la citada ley declara la nulidad de «todo pacto dirigido» además de a limitar la duración del contrato o a atribuir al arrendador un canon superior al legal, también a «atribuirle otra ventaja en contraste con las disposiciones de la presente ley» (156).

---

(152) ALBALADEJO, M., *op. cit.*, p. 384, en relación al derecho de retracto, señala que si el arrendatario conoce antes de la notificación, la transmisión, puede renunciar a su derecho sin tener que esperar a que se le notifique.

(153) STS de 11-II-1972 (RA 628). V. igualmente: STS de 9-V-1969 (RA 2446) en la cual el TS admite la renuncia tácita del derecho de retracto cuando se podía ejercitar y el arrendatario «realizó actos conscientes de significación contraria a la acción retractual que implican una renuncia clara de sus derechos colaborando personal y directamente a las indicadas transmisiones y siendo el promotor de la operación».

(154) V. STS de 22-XII-1969 (RA 6203).

(155) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, p. 284, CAPUTO, E., *op. cit.*, pp. 7, 10 y 122; TRIFONE, F., *op. cit.*, p. 629; TRIOLA, R., *op. cit.*, pp. 118-119.

(156) V. BERNARDINI, M., *op. cit.*, p. 285.



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## I. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

### Reflexión en torno a algunos problemas planteados por la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial (a propósito de las Sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1992)

LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I. Planteamiento general. II. Regulación administrativa y jurisprudencia contencioso-administrativa, en relación con la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial. II. 1. Regulación Administrativa. II.2. Jurisprudencia Contencioso-Administrativa en relación con la naturaleza de la obligación de restituir contemplada en el artículo 155-d), párrafo 2.º del Decreto 2114/68. III. Jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> acerca de las relaciones existentes entre el procedimiento sancionador y el civil. IV. Conclusiones a extraer de la regulación administrativa. V. Crítica a la nulidad parcial coactiva como solución unívoca de la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial desde la perspectiva del Derecho Civil. V.1. Planteamiento general de los problemas que la nulidad parcial coactiva resuelve. V.2. Problemas que la admisión de este remedio plantea. V.3. Quiebra de las premisas en que se fundamenta la aplicación de la nulidad parcial coactiva, cuando de la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial se trata. VI. Especial referencia a la descalificación. VI.1. Supuestos en los cuales la concesión de la descalificación voluntaria no es posible. VI.2. Interés de la cuestión desde el punto de vista del contrato. VII. Conclusiones de lo hasta aquí dicho.

VIII. Especial consideración de la primera venta llevada a cabo por el promotor privado. IX. Una última peculiaridad: el modo en que los casos se plantearon ante el Tribunal Supremo.

## 1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Mediante dos recientes sentencias de 3-9-92 y 14-10-92, la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo ha venido a romper una corriente jurisprudencial que venía aplicando la construcción de la nulidad parcial coactiva a la venta de viviendas de protección oficial con precio superior al legalmente tasado.

Aún cuando no eran tan numerosas las sentencias en las que se aplicaba efectivamente la nulidad parcial, toda vez que en muchas ocasiones su admisión teórica iba acompañada de la declaración de su improcedencia en el caso concreto, por estimarse que concurría alguna justificación para el sobreprecio percibido por el vendedor (señaladamente la realización de obras de mejora debidamente autorizadas o cuya persecución ya no era posible por haber prescrito el plazo para ello), las dos sentencias mencionadas nos proporcionan ocasión para reiniciar un debate caracterizado por la excesiva generalización: ni todas las viviendas de protección oficial están sujetas a un mismo régimen legal, ni todo propietario de una vivienda de protección oficial, que en segunda venta la transmite con sobreprecio, ha de ser visto necesariamente como un sujeto acreedor del mayor reproche social.

Las Sentencias comentadas centran la ratio decidendi del caso en la existencia de un derecho sancionador aplicable a la infracción del precio legalmente fijado para estas viviendas, de lo cual el Alto Tribunal, argumentando en base a la excepción contemplada en el artículo 6.3 del Código Civil, deduce la validez del contrato celebrado con infracción de la normativa reguladora de las viviendas de protección oficial (1). Sin embargo, muy especialmente en la primera de las sentencias citadas y junto a genéricas alusiones a la autonomía de la voluntad, se aprecian también otras razones, aparentemente menos decisivas pero que, en la práctica, constituyen los auténticos elementos desequilibradores del debate. Al fin y al cabo, la existencia de un derecho sancionador ad hoc no es nada novedoso y viene siendo utilizado por la Sala 1.<sup>a</sup> en este particular como una especie de cláusula de estilo reversible: cuando quiere conceder la nulidad total o parcial, afirma que para que la excepción a la nulidad contemplada en el artículo 6.3 pueda operar es requisito que las normas vulneradas prevean un efecto diverso de la nulidad sobre la parte negocial o sobre la obligación afectada (2), cosa que no concurre en el régimen sancionador contemplado por la legislación sectorial, en el cual sólo se

---

(1) Así, aún cuando en la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 3-9-92, se afirme que ambos contratantes conjuntamente violaron la legislación administrativa, ello es exclusivamente con la finalidad de soslayar la posibilidad de admitir la nulidad parcial, no llegándose a extraer la lógica consecuencia de declarar nulo el contrato por causa ilícita a la que conduciría este razonamiento, precisamente por la existencia de una sanción ad hoc para la vulneración de la legislación de viviendas de protección oficial.

(2) Así por ejemplo la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 17-4-78.

prevé la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el vendedor (3), o bien se intenta razonar que la nulidad parcial no implica nulidad total del contrato (4). Por el contrario, cuando se pretende desestimar la nulidad total instada por el vendedor, el Alto Tribunal argumenta sobre la base de que las medidas correctoras reglamentariamente establecidas toman como punto de partida el contrato civil, careciendo de razón de ser sin su eficacia (5), o bien afirman con claridad que la nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 6.3, deja a salvo aquellos casos en los que la disposición administrativa en presencia establezca, para el supuesto de su contravención, un efecto distinto de la nulidad, afirmando que tal situación concurre en el supuesto que nos ocupa y trayendo a colación las específicas sanciones previstas en la legislación de viviendas de protección oficial (6).

Por todo ello, y sin perjuicio de dedicar algunas líneas al examen de las concretas medidas reguladas en la legislación de viviendas de protección oficial para el supuesto de venta con sobreprecio, nos centraremos también en el análisis de las otras circunstancias concurrentes en los supuestos decididos por las sentencias comentadas que han podido influir en el sentido de ambos fallos, alcanzando cierto reflejo casi subconsciente en la motivación de la sentencia de 5-9-92. Las mencionadas circunstancias son las siguientes:

1) En ambos casos se trataba de segundas transferencias de viviendas de protección oficial. No existía un promotor por medio, sino dos particulares. Pues bien, como intentaremos demostrar, en estos supuestos la nulidad parcial coactiva representa un remedio demasiado automático, cosa lógica si tomamos en consideración las diferencias existentes entre estos supuestos y los casos para cuya resolución se ha venido acudiendo a la referida nulidad parcial.

2) La posibilidad legal de descalificar la vivienda voluntariamente, mediante el reintegro de todos los beneficios derivados de la calificación de una vivienda como de protección oficial, a la cual el Derecho Civil no puede ser ajeno, según acertadamente señala la sentencia de 5-9-92, en tanto en el caso resuelto por la de 14-10-92 el vendedor solicitó la descalificación después de perfeccionado el contrato, adquiriendo el retraso administrativo en su concesión vital interés en el desarrollo de los hechos.

3) También, como veremos y por curioso que parezca, tiene interés el modo en que los hechos se desarrollaron: si en el caso característico al cual la nulidad parcial se venía aplicando el comprador está en posesión de la vivienda y deja de pagar el precio convenido o bien pide la devolución de lo indebidamente pagado, en los dos casos decididos por las sentencias objeto de este comentario, la vivienda no había sido entregada al adquirente, encontrándose en poder de un tercero, presumiblemente de modo irrevocable, y siendo el comprador quien exigía la ejecución del contrato mediante la puesta en poder y posesión de la vivienda al precio legalmente establecido.

---

(3) STS, Sala 1.<sup>a</sup> de 20-3-79.

(4) Como en la STS, Sala 1.<sup>a</sup> de 5-11-85.

(5) STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 7-7-81.

(6) STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 25-5-83.

## II. REGULACION ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, EN RELACION CON LA VENTA CON SOBREPREGIO DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL

Precisamente, uno de los más destacados argumentos de las dos sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> que sirven de motivo a estas líneas es el de la existencia de un régimen sancionador propio en la legislación de viviendas de protección oficial, para supuestos como el que nos ocupa (7). Después de una espléndida exposición del problema planteado por el expreso establecimiento de sanciones para la infracción de la legislación de tasas, GORDILLO CAÑAS (8) se inclina por afirmar la nulidad parcial del negocio infractor de la Ley interventora en tal materia. Por nuestra parte, nos mostramos de acuerdo con la posición de que no siempre y necesariamente la previsión de un régimen sancionador ha de excluir la nulidad civil de un determinado acto jurídico, aunque lo cierto es que esta postura dista mucho de ser mayoritaria (9). Sin embargo, una cosa es defender la compatibilidad entre un régimen sancionador y la nulidad civil del acto infractor y otra entender que ello es así en todos los casos.

Quizá la decisión, en un determinado supuesto, pasará por analizar las concretas medidas establecidas en el régimen sancionador, al objeto de comprobar si el legislador ha partido de la validez o de la nulidad del acto perfeccionado contra la ley, además de si las medidas contempladas son suficientes para dar la debida tutela a todos los intereses afectados por el acto desarrollado en infracción de la norma imperativa. Para conseguir mayores elementos de juicio en relación con el caso que nos ocupa, será aconsejable introducirnos siquiera sea superficialmente en el régimen legal de la venta de viviendas de protección oficial con sobreprecio, y en la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo relativa a la misma.

### II.1 REGULACIÓN ADMINISTRATIVA

Básicamente se contiene en Decretos 2114/68 y 2960/76, donde después de regular el precio de venta y las normas para su cálculo, existe una norma general

(7) Así se viene a razonar en el Fundamento de Derecho tercero de la STS de 3-9-92 y séptimo de la de 14-10-92.

(8) En «La nulidad parcial del contrato con precio ilegal», publicado en el Anuario de Derecho Civil, tomo XXVIII, fascículo 1, págs. 101 y siguientes.

(9) Así, por ejemplo, en el clásico tema, vital para el orden público urbanístico, de las parcelaciones sin licencia, salvo MARTÍN BLANCO y QUINTANA, escasos son los autores que se inclinan por la nulidad radical de tales actos, precisamente basándose en la existencia de sanciones, tanto en la legislación estatal como en la autonómica, para los mismos.

Ya en directa relación con la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial, CARRASCO PERERA, en su comentario a la primera de las dos sentencias fundamentadas de este trabajo, publicado en el número correspondiente al trimestre de septiembre-diciembre de 1992 de «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», se muestra también partidario de admitir, si bien matizadamente, la compatibilidad entre la nulidad civil y la existencia de un régimen sancionador de carácter administrativo.

Con carácter general, GULLÓN BALLESTEROS, en «Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, apunta también la idea de que la nulidad no se decretará cuando la propia norma establezca otros efectos para el caso de contravención.

que establece la absoluta prohibición de todo sobreprecio o prima en el arrendamiento o venta de viviendas de protección oficial (10).

A continuación, en el apartado correspondiente al régimen sancionador, se contemplan una serie de consecuencias que *no se refieren al contrato en el cual se establezca un precio superior al límite legalmente establecido, sino a la efectiva percepción del sobreprecio* (11). Estas consecuencias legales se contienen en los siguientes preceptos del Decreto 2114/68, vigente en los concretos aspectos que a nosotros nos preocupan:

*Art. 153-c):* «Se reputarán como infracciones muy graves:

1) La percepción de cualquier sobreprecio, prima o cantidad prohibida en el artículo 112 de este Reglamento...».

*Art. 155 in fine:* «Sin perjuicio de aplicar las sanciones procedentes en las resoluciones de los expedientes sancionadores (para el caso que nos ocupa, multa y descalificación forzosa) podrá imponerse, en su caso, a los infractores la obligación de reintegrar a los adquirentes, arrendatarios o beneficiarios de las viviendas las cantidades indebidamente percibidas,...».

Por todo ello parece que podemos afirmar que las sanciones establecidas por la legislación de viviendas de protección oficial dejan imprejuzgada la cuestión relativa a la eficacia de los contratos de compraventa en los cuales se haya pactado un precio superior al legal. Más aún, lo cierto es que si el ordenamiento tuviera una coherencia interna, sin estar desintegrado en ramas que se ignoran mutuamente, la propia redacción de estos preceptos estaría implícitamente confirmando la aplicabilidad de la nulidad parcial al contrato que diera lugar a la percepción del sobreprecio, dado que:

1) Como ya hemos resaltado, la regulación sectorial no contempla una consecuencia jurídica expresa para la celebración de un contrato de compraventa de una vivienda de protección oficial con sobreprecio, sino sólo para la efectiva percepción de este sobreprecio.

2) El artículo 155 habla de devolución de las cantidades *indebidamente percibidas*, lo cual parecería implicar que el contrato, en tanto causa de la atribución patrimonial (12), no ampara el pago de la suma que exceda del precio legal.

(10) Artículo 112 del D. 2114/68, artículo 29 del D. 2960/76.

(11) Precisamente, en las SSTs (Sala 1.<sup>a</sup>) de 20-3-79 y 3-12-84, parece que el Tribunal está poniendo de manifiesto esta omisión de consecuencia alguna en relación con el contrato, a pesar de lo confuso de la terminología utilizada, cuando afirma, en relación con las disposiciones que prohíben la percepción de sobreprecio, que «dichas disposiciones administrativas sólo prevén la devolución de las cantidades indebidamente percibidas por el vendedor 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».

También la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 17-4-78 parece estar haciendo alusión a esta idea, cuando dispone que para que la excepción contemplada en el artículo 6.3 del Código Civil pueda ser aplicada a la nulidad parcial de 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, sobre la parte negocial o sobre la obligación afectada, en otro caso, por la invalidez».

(12) Entendida como «aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al atributario para recibir el desplazamiento patrimonial». Así define la causa de la atribución DIEZ-PICAZO, en «Fundamentos de Derecho Civil patrimonial, Tecnos, Madrid, 1979, pág. 159.



3) Además, la redacción legal parece diferenciar entre la sanción impuesta y la obligación de reintegrar lo indebidamente percibido, que se configuraría así como una acción restitutoria, limitada al sobreprecio pagado, y derivada de la consideración del contrato con sobreprecio como parcialmente nulo.

Todo ello permitiría considerar la restitución de lo indebidamente pagado como una acción de naturaleza civil y derivada de un contrato parcialmente nulo que, por razones de economía procesal y por operar la nulidad parcial también *ipso iure*, sin necesidad de ser declarada judicialmente por los tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, podría ser apreciada por la administración en el propio expediente sancionador.

Pese a estos razonamientos, vamos a ver a continuación cómo la realidad nos muestra que la Sala Tercera confiere a la obligación de reintegrar lo indebidamente percibido un carácter claramente sancionador.

## II.2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DE RESTITUIR CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 155-D), PÁRRAFO 2.º DEL DECRETO 2114/68

1) Discrecionalidad conferida a la Administración. Como ya vimos, el artículo 155 párrafo tercero del Decreto 2114/68 afirmaba que la administración «podrá imponer en su caso», a quienes perciban sobreprecio, la obligación de restituir. Pues bien, la Sala Tercera, si bien ha rechazado una interpretación de tal precepto que difiera a la libre voluntad de la administración la imposición del deber de restituir, ya que ello supondría confundir lo administrativo con lo arbitrario (13), ha estimado correcta la negativa de la administración a imponer la restitución cuando es el resultado convincente de un análisis ponderado y objetivo de las especiales circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado (14).

2) Plazo de prescripción. Se venía proclamando el mismo plazo de prescripción de dos meses, aplicable con carácter general a las infracciones administrativas que no establezcan otro diferente (15-16).

(13) STS de 20-12-82.

(14) STS de 17-9-79. Resulta interesante esta sentencia porque se admitió el desconocimiento por ambas partes de que la vivienda arrendada estuviera acogida a cualquier régimen legal de protección para eliminar la voluntariedad, considerada como elemento esencial de la infracción, por aplicación analógica de los preceptos que regulan el ordenamiento penal al derecho sancionador.

(15) SSTTS de 27-2-89, 9-10-89 y 5-1-92, entre otras muchas.

(16) Como ya resumiera TOLEDO JAUDENES, en su artículo «Prescripción de las infracciones administrativas, ¿cuál es el plazo?», publicado en la Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 4, págs. 129 y ss., la jurisprudencia venía oscilando, ante el silencio legal, entre la aplicación del plazo de prescripción de dos meses, establecido por el Código Penal para las faltas menos graves, el de cinco años, señalado por el mismo texto legal para los delitos sancionados con pena inferior a los seis años de prisión, y el plazo de quince años, señalado por el artículo 1964 del Código Civil en relación con las acciones personales que no tengan asignado término especial de prescripción, existiendo incluso una sentencia que afirma la imprescriptibilidad en estos supuestos. Posteriormente, la STS dictada el 6-4-90 por la Sala especial prevista en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial declaró que el plazo de prescripción aplicable a las infracciones administrativas, cuando la norma en la cual se contuvieran no señalara ninguno, circunstancia concurrente en el supuesto que nos ocupa, habría de ser el de dos meses. En la actualidad habrá de aplicarse el plazo de tres años,

Hay que señalar que el Alto Tribunal contabiliza el dies a quo desde el momento en que se percibe el sobreprecio, considerando, en supuestos de pago aplazado, que existe una infracción continuada, cuyo plazo de prescripción no comienza a correr sino desde el último pago verificado (17).

3) Nacimiento de la obligación. Aquí también parece inclinarse el Tribunal Supremo por considerar la percepción de sobreprecio como infracción administrativa, y por lo tanto como derecho sancionador, en tanto ha declarado que hasta el dictado de la sentencia no existe la cantidad exigible (18).

4) Naturaleza jurídica de esta obligación. La sentencia que más directamente ha abordado el supuesto de la naturaleza jurídica de la obligación o sanción restitutoria recayó en un supuesto de sobreprecio en una relación arrendaticia. El tribunal a quo, había estimado que la naturaleza de la relación entre el locador y el locatario era privada, correspondiendo resolver a la jurisdicción ordinaria el tema relativo al sobreprecio, por lo cual revocó parcialmente el acto administrativo que había impuesto multa y deber de restitución de lo indebidamente percibido. El Tribunal Supremo, por su parte, revocó la sentencia apelada, manifestando que la declaración reintegrativa de lo indebidamente percibido «tiene una naturaleza ejemplificadora, puesto que su ratio está en un efecto disuasorio de una conducta que, en esencia, contraría la razón de ser y existir de la Legislación de Viviendas Protegidas, de supresión o eliminación de toda idea de orden crematístico que repugna a los fines y beneficios que disfruta su titular...» (19).

5) Compatibilidad con las acciones civiles. Tan evidente parece a la administración la coexistencia de acciones civiles para la restitución del sobreprecio indebidamente percibido, que no son pocos los supuestos en que, indudablemente influida por la creciente admisión de la nulidad parcial por los Tribunales que componen la Jurisdicción ordinaria, se reserva expresamente al denunciante la acción para solicitar la restitución del sobreprecio con la finalidad de que sea ejercitada ante aquellos, limitándose, pese a apreciar la concurrencia de una conducta infractora, a imponer la multa correspondiente, y no faltando tampoco algún supuesto en que el propio Tribunal Supremo ha venido a admitir la compatibilidad

establecido por el artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para las infracciones muy graves que no contemplan expresamente el plazo de prescripción.

(17) SSTs de 27-2-89 y de 9-10-89, por ejemplo.

(18) STS de 22-9-92. Mediante tal afirmación se rechazó la solicitud, hecha por el comprador y denunciante, de que la devolución del sobreprecio incluyera el correspondiente interés legal, desde el momento en que el mismo fue percibido por el vendedor. La denegación del Tribunal Supremo es coherente con el carácter sancionador de la restitución contemplada por el citado artículo 155 del Decreto 2114/68 y además hay que hacer constar que, en el caso resuelto en la mencionada sentencia, el sobreprecio se pagó el 20-5-76 (!!), desestimándose el recurso de alzada interpuesto por el comprador en vía administrativa por resolución de 12-12-84 y motivado por el hecho de que la administración tan sólo impuso al infractor una multa de 10.000.- pts., tras lo que el propio Tribunal califica de «dilatada tramitación». La cantidad a que el sobreprecio ascendía era de 1.448.141,85 pts. de 1976 y el demandado las pagaría, con suerte, a finales de 1992. Si en un caso tan extremo se ha mantenido una fecha de nacimiento de la obligación sólo compatible con el carácter sancionador de la norma administrativa que impone el reintegro, ¿cabe dudar aún de la opinión del Tribunal Supremo acerca del mismo?

(19) Se trata de la STS de 7-6-89.

de unas más indeterminadas «acciones civiles» con la «sanción restitutoria», contemplada en la norma administrativa (20).

### III. JURISPRUDENCIA DE LA SALA 1.<sup>a</sup> ACERCA DE LAS RELACIONES EXISTENTES ENTRE EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR Y EL CIVIL

1) La jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup>, cuando admite la restitución del sobreprecio mediante la aplicación de la nulidad parcial, se viene inclinando normalmente hacia la absoluta independencia entre ambos procedimientos, estimándose cuestiones distintas y totalmente separables las relativas a la validez o eficacia de la relación obligatoria y las tendentes a la imposición de las sanciones reglamentarias que en su caso correspondan. Se viene así rechazando el planteamiento de las excepciones procesales de Litispendencia e Incompetencia de Jurisdicción (21).

No faltan, sin embargo, algunos pronunciamientos perturbadores, como por ejemplo los contenidos en la STS de 29-11-77 (Sala 1.<sup>a</sup>), que, luego de rechazar la excepción de Incompetencia de Jurisdicción y anular la cláusula de un contrato de arrendamiento de vivienda de protección oficial con sobreprecio, se abstiene de condenar a la demandada al reintegro de las cantidades ya abonadas en exceso «al hallarse esta cuestión encomendada a los órganos administrativos y por haber entendido aquella Jurisdicción que no procedía la condena al pago de semejante suma». Ha de destacarse que la Administración excluyó la culpabilidad de la arrendadora estimando la concurrencia de un error de derecho, consistente en la ignorancia de que su vivienda estaba sometida al régimen de protección oficial. Esta afirmación no deja de ser sorprendente, si se tiene en cuenta que la propia Sala 1.<sup>a</sup>, en su sentencia de 7-7-81, había afirmado que el sometimiento de la vivienda al régimen de protección oficial no podía ser ignorado por la propietaria, *pese a lo avanzado de su edad*, para denegar la solicitud de nulidad por concurrencia de error instada por la misma (22).

(20) En los supuestos resueltos por las SSTs de 25-1-89 y 27-2-89, los órganos administrativos competentes llevaron a cabo tal actuación, limitándose a establecer la cuantía de la multa. Lógicamente, el Tribunal Supremo, de no recurrir la resolución administrativa el denunciante con derecho a reintegro, viene obligado en virtud de la prohibición de la «reformatio in peius», vigente en materia sancionadora, a admitir tal actuación. Sin embargo, en el supuesto decidido por la STS (Sala 4.<sup>a</sup>), de 17-4-79, el mismo Tribunal Supremo aprueba la denegación de restitución dictada por la administración sobre la base de la ignorancia de la arrendadora de que su vivienda era de protección oficial, teniendo por lo tanto legalmente limitada la renta arrendaticia, y declara abierta la vía judicial ordinaria.

Curiosamente, como veremos a continuación, la Sala 1.<sup>a</sup>, en su sentencia de 29-11-77, dió por buena la actuación de la administración, denegando la restitución sobre la misma base.

(21) STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 27-11-84. También resulta interesante la STS (Sala 1.<sup>a</sup>), de 11-5-89, que se expresa en semejantes términos en relación con la obligación de realizar obras de reparación por defectos en la construcción, contemplada por la legislación de viviendas de protección oficial, y la acción civil derivada de un contrato de obra.

(22) Como ya vimos, resulta evidente que la aplicación de la obligación restitutoria contemplada en la legislación sectorial presenta un acusado matiz sancionador, lo cual implica la aplicación de criterios derivados del Derecho Penal en la apreciación de la culpabilidad del infractor. Lógicamente existen grandes diferencias entre la culpa penal y el nivel de diligencia exigible en las relaciones jurídico-privadas, entre otras cosas porque el derecho sancionador exclusivamente intenta apreciar, en términos absolutos, si el hecho antijurídico cometido por una determinada persona es merecedor de un juicio de reproche personal, mientras que el Derecho Civil, en tanto regulador de relaciones jurídicas inter-privadas, ha de decidir tomando en cuenta criterios como los de la confianza o la diligencia que resulta razonable esperar de

2) El límite a esta independencia vendrá dado, en nuestra opinión, por la coexistencia, en la sanción accesoria contemplada por el citado artículo 155-c, de un limitado matiz restitutorio, circunstancia que habrá de implicar la imposibilidad de admitir que, mediante el recurso simultáneo o sucesivo a la declaración de nulidad parcial en vía civil y a la denuncia de la conducta del infractor en vía administrativa, el comprador con sobreprecio acabe enriqueciéndose. Pagada la sanción accesoria por el receptor del sobreprecio, la sentencia civil habrá de tener en cuenta la cantidad correspondiente, para deducirla de aquella que se condene a abonar al vendedor. En el caso de que la sentencia firme civil se anticipe a la imposición de la sanción, habrían de tomarse también en consideración las cantidades en su caso ya reintegradas, a efectos de no imponer la mencionada sanción accesoria.

#### IV. CONCLUSIONES A EXTRAER DE LA REGULACION ADMINISTRATIVA

Como ya hemos visto, parece necesario reconocer que la normativa presentada no permite inclinarse indubitablemente por excluir la nulidad de los contratos en los cuales se establezca un sobreprecio en la venta de viviendas de protección oficial, en atención a las siguientes consideraciones:

1) En el plano teórico:

a) Es perfectamente diferenciable el acto jurídico consistente en percibir el sobreprecio, de aquel otro consistente en la celebración del contrato de compra-venta. La regulación administrativa no establece consecuencia jurídica alguna para el contrato en el cual se pacte un sobreprecio, sino para la efectiva percepción de ese sobreprecio.

b) No deja de resultar perturbador el admitir que el contrato de venta con sobreprecio de una vivienda de protección oficial es válido, concediendo por lo tanto al acreedor el derecho a percibir el precio pactado, en tanto la efectiva percepción del sobreprecio, que no sería sino consecuencia del ejercicio legítimo de un derecho por parte del acreedor, constituye una infracción administrativa. El ordenamiento jurídico estaría así afirmando la legitimidad de un derecho subjetivo, cuyo efectivo ejercicio vendría sin embargo a sancionar.

---

los comportamientos ajenos, lo cual hace que sean cosas distintas enjuiciar si un comportamiento es merecedor de sanción y decidir si la conducta de un sujeto, con independencia de las poderosísimas motivaciones que le impulsaran, le hacen menos merecedor de comprensión que las de aquellos cuya confianza defraudó en sus relaciones jurídico-privadas. En consecuencia, no hay nada que objetar a la corriente jurisprudencial de la Sala 1.<sup>a</sup> que, en sede de responsabilidad civil extracontractual, una vez recaída sentencia absolutoria en el proceso penal y fuera de la concreta excepción de declaración de no existencia del hecho que pudiera originar responsabilidad civil, encomienda libérrimamente al juez civil la apreciación de la misma y la valoración de las conductas.

Por todo ello resulta tan sorprendente que, en relación con el supuesto objeto de nuestro estudio, en el cual claramente no estamos ante una única acción ejercitada ante la jurisdicción penal o ante la civil, sino ante dos acciones diversas, la Sala 1.<sup>a</sup>, en franca contradicción con su propia afirmación de que ambos recursos son independientes y con la propia jurisprudencia recaída en sede de responsabilidad extracontractual derivada de los daños producidos por un ilícito penal, subordine la condena a restituir el sobreprecio percibido a la resolución recaída en el expediente sancionador instruido ante la administración.

2) Desde el punto de vista de la consecución efectiva de la finalidad atribuída a la legislación de viviendas de protección oficial:

a) Como hemos visto, las sanciones administrativas no satisfacen adecuadamente el derecho de los compradores a ser reintegrados de las consecuencias dañosas derivadas del contrato celebrado. Y no lo hacen ni por lo que se refiere a los plazos de prescripción pese a que estos plazos han de considerarse ampliados, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ni en cuanto al nacimiento de la obligación de reintegrar, ni, por último, en lo relativo a la amplitud de las circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad que el vendedor puede oponer. Todo ello, en los supuestos en que la finalidad perseguida por la ley se identifica con la protección del interés del adquirente, implicará la necesidad de tratar el problema de manera que se evite el fraude legal, como impone el artículo 6.4 del Código civil.

b) Tampoco tutelan las mencionadas sanciones adecuadamente el interés público, en aquellos supuestos en los cuales el comprador no pertenece a los grupos de renta a los cuales la concreta tipología de vivienda de protección oficial va destinada. En estos casos, sólo la nulidad total de la venta puede asegurar el estricto cumplimiento de la finalidad perseguida por la norma vulnerada, no identificada con la protección del comprador.

c) Pero además, y aunque sea esta una de las razones dogmáticamente menos convincentes, también merece alguna consideración la influencia que la Sala 1.<sup>a</sup> ha tenido en la propia actividad de la Administración, en cuanto a la persecución de las infracciones consistentes en la venta con sobreprecio se refiere y a la que se aludía en el punto n.º II-2-5 de éste trabajo. Así, el hecho de que la Sala 1.<sup>a</sup> viniera admitiendo, en especial a partir de finales de los años 70, acciones restitutorias del sobreprecio fundamentadas en la declaración de la nulidad parcial de este tipo de contratos, ha tenido como consecuencia la proliferación de actuaciones administrativas en que ni tan siquiera se impone la obligación «sancionatoria» de restituir, reservándose al comprador esta posibilidad para su ejercicio ante la Jurisdicción Ordinaria (aún cuando no se trate de la misma acción, y a pesar de imponerse la multa correspondiente). Este hábito administrativo ocasionalmente utilizado, unido a la prohibición de la «reformatio in peius» vigente en materia sancionadora, puede dar lugar a auténticos casos de indefensión, si la Jurisdicción Civil, alterando su jurisprudencia, comienza ahora a decantarse por la validez civil en todo caso del contrato celebrado.

## V. CRITICA A LA NULIDAD PARCIAL COACTIVA COMO SOLUCION UNIVUCA DE LA VENTA CON SOBREPREGIO DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CIVIL

Una vez expuesto el régimen sancionador establecido en la legislación de viviendas de protección oficial, y afirmada nuestra opinión de que no es posible extraer del mismo una solución definitiva, dado que ni el régimen sancionador toma como supuesto de hecho el contrato, ni esta solución basta para desincentivar determinadas actuaciones contrarias al interés público que la norma pretende tutelar,

creemos necesario dedicar algún espacio a comentar lo insatisfactoria que puede resultar también la uniforme aplicación de un determinado régimen de nulidad para la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial. Y es que, en efecto, a partir de lo que el profesor GORDILLO CAÑAS denominaba «Tercera Epoca» (23) en la Jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup>, cuyo límite situaba en torno al año 1965, el debate ha ido adquiriendo un carácter bipolar, dividiéndose los fallos entre la nulidad parcial o la validez de los contratos de venta de viviendas de protección oficial, pero sin que en los mismos se tomara en consideración el diverso régimen legal aplicable a la también diversa tipología de estas viviendas.

Resultará inútil, en efecto, buscar en la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup> matización alguna acerca de si la vivienda objeto de venta era de promoción pública o privada, estaba calificada definitivamente con destino a alquiler, venta, uso propio o cualquier otro, o bien si le era aplicable el Real Decreto 3148/78, circunstancias todas ellas trascendentales, según veremos, para matizar el tratamiento del supuesto. Posiblemente entienda la Sala que tan exhaustiva interpretación de la legislación de viviendas de protección oficial debe dejarse a la Jurisdicción Contenciosa, consagrando así una división que lamentamos profundamente entre normas «civiles» y normas «administrativas». Posiblemente, también, no sea el proceso civil, en tanto predominantemente dispositivo y escrito, el más adecuado para analizar cuantas cuestiones resultan trascendentes en orden a adoptar una decisión coherente con la finalidad perseguida por la legislación de viviendas de protección oficial. Pero entonces, sin una exhaustiva interpretación del espíritu y finalidad de la normativa sectorial, ¿cómo justificar la aplicación de la nulidad parcial precisamente en la infracción de esa normativa sectorial? Vamos a dedicar las siguientes líneas a plantear algunas cuestiones acerca de la propia nulidad parcial y de las especialidades que revisten los distintos regímenes de viviendas de protección oficial existentes. Esperamos con ello fundamentar nuestras dudas en torno a lo acertado de limitar el campo de posibilidades a la dicotomía validez-nulidad parcial, porque entonces preferimos inclinarnos por la primera alternativa.

## V.1 PLANTEAMIENTO GENERAL DE LOS PROBLEMAS QUE LA NULIDAD PARCIAL COACTIVA RESUELVE

La nulidad parcial es un supuesto de ineficacia contractual caracterizado por circunscribir sus efectos a una o varias de las estipulaciones contenidas en el contrato, manteniendo la vigencia del resto (24). El Profesor DE CASTRO distinguía entre una nulidad parcial expresamente ordenada por la Ley, una nulidad parcial conforme a la interpretación del negocio, y un tercer grupo, denominado por el mencionado autor como nulidad parcial impuesta (25), cuya finalidad relacionaba con la necesidad de evitar el fraude masivo de leyes de especial significado social.

(23) En *ob. cit.*, págs. 149 y ss.

(24) En líneas generales, así se expresa DIEZ-PICAZO, en «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», Tomo I, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 305.

(25) En «El negocio jurídico», págs. 494-495, Civitas, Madrid, 1991.

Esta nulidad parcial coactiva o impuesta intenta resolver aquellos casos en los cuales, tanto la restitución recíproca de las prestaciones, como en su caso el recurso a lo preceptuado por los artículos 1305 y 1306 del Código civil, resultan inadecuados para la satisfacción de la finalidad perseguida por la norma vulnerada (26).

## V.2. PROBLEMAS QUE LA ADMISIÓN DE ESTE REMEDIO PLANTEA

Obviamente, no estamos ante una nulidad parcial que halle su fundamento en el interés de las partes, operando a través de la indagación del intérprete acerca de cuál habría sido su voluntad en relación con la celebración del contrato, una vez eliminada la parte nula. Aún cuando sea esta una voluntad simplemente conjetural o hipotética (27), lo cual no deja de plantear problemas ante la inexistencia en nuestro Código Civil de una norma supletoria que se incline por la nulidad parcial o total en ausencia de prueba de esa voluntad conjetural (28), estaríamos buscando una voluntad común, que por hipótesis faltará en la nulidad parcial impuesta o coactiva. En esta última se trata de hacer prevalecer el interés social, concretado en el del contratante protegido por la ley sustitutiva (29), lo cual implicará la imposición a uno de los contratantes de un contenido no querido y su consiguiente vinculación a una organización de intereses que, de haber sido prevista, habría implicado, a buen seguro, la denegación del consentimiento contractual (30). De todo ello podría destacarse la severa restricción representada por la norma imperativa, cuya eficacia se desea asegurar, para la autonomía contractual, dado que no sólo se rechaza la voluntad como desencadenante de una relación jurídica válida, sino que se utiliza, conformándola para adecuarla al molde legal y dando origen a una relación jurídica diversa a la propuesta. Lógicamente, ante la ausencia de una expresa regulación legal, y dado el carácter cuasi sancionador que la nulidad parcial coactiva conlleva, la falta de tipicidad no es escaso obstáculo.

Y es que, al margen de su expresa regulación en algunas Leyes como medio de garantizar su finalidad tuitiva, la nulidad parcial impuesta se encuentra con la dificultad de que nuestro Código Civil carece de un precepto análogo al

---

(26) Así, en el paradigmático supuesto del contrato con precio ilegal, la restitución recíproca implica que la persona tutelada por la Ley que impuso la tasa se vea privada del bien de primera necesidad, cuyo tráfico se encuentra intervenido. Por su parte el vendedor recupera su mercancía para volver a intentar venderla con precio superior al tasado. A buen seguro, cuando los sujetos protegidos conozcan el sentido de las decisiones judiciales, ya no intentarán, ante la necesidad de no ser privados de lo adquirido, solicitar el auxilio de la justicia. De considerarse el contrato como viciado por una causa torpe y de entenderse además que ambos contratantes se encuentran *in pari causa turpitudine* habiéndose pagado ya el precio sin recibir el bien, las consecuencias aún podrían ser más negativas para el sujeto protegido.

(27) Como pone de manifiesto DIEZ-PICAZO, en *ob. cit.* pág. 306.

(28) Ver las consideraciones hechas por DIEZ-PICAZO en *ob. cit.*, pág. 306, acerca de las diferencias existentes en relación con el modo de manifestarse esta norma supletoria en el B.G.B. y en el Código Civil italiano.

(29) Como señala GORDILLO CAÑAS, en *op. cit.*, pág. 196.

(30) A diferencia de lo que acontece cuando la nulidad parcial se sustenta en el interés de los contratantes, en cuyo caso, según DIEZ-PICAZO, en «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», vol. I, Tecnos, 1979, pág. 294, ha de considerarse si éstos hubieran celebrado el contrato o no sin la parte nula, como medio para decidir si la nulidad se limita a una parte del mismo o se propaga a su totalidad.

contenido en el párrafo segundo del artículo 1419 del Código Civil italiano, que le confiera el carácter de generalidad que otros supuestos de ineficacia contractual ostentan (31). Ante esta circunstancia, un destacado sector doctrinal viene fundamentando la general vigencia de la nulidad parcial impuesta o coactiva en nuestro derecho, mediante una depurada exégesis de los artículos 1255 y 1258 del Código Civil (32). Por nuestra parte, lo único que nos cabe apuntar, ante la enorme autoridad de cuantos autores se han ocupado del tema, es precisamente la necesidad de entender el recurso a la nulidad parcial coactiva como un remedio excepcional y, en cierta medida, peligroso. Por supuesto que su expreso reconocimiento en un texto legal puede soslayar cualquier desconfianza entre quienes no sean enfervorizados defensores de la autonomía contractual como componente destacado de la libertad individual. Sin embargo, el silencio del legislador implicará la necesidad de que el intérprete realice una delicada tarea hermenéutica, consistente en determinar, primero, si la oposición del acto a la Ley imperativa puede conllevar la nulidad, y a continuación, si las consecuencias típicas de la nulidad por contravención de una norma imperativa resultan realmente contrarias a la finalidad perseguida por el legislador, de modo que haya de acudir inevitablemente al correctivo de la nulidad parcial coactiva.

### V.3. QUIEBRA DE LAS PREMISAS EN QUE SE FUNDAMENTA LA APLICACIÓN DE LA NULIDAD PARCIAL COACTIVA, CUANDO DE LA VENTA CON SOBREPREGIO DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL SE TRATA

Ya en el año 1963, TEJADA GONZALEZ se mostraba partidario de aplicar el tratamiento de la nulidad parcial coactiva a los contratos de compraventa de viviendas de Renta Limitada con infracción del precio legalmente establecido (33), citando en su artículo los trabajos de CRISCUOLI y GOMEZ MARTINHO. También GORDILLO CAÑAS incluye estos supuestos en su tratamiento general de la nulidad parcial del contrato con precio ilegal. Sin embargo, concurren en el tráfico jurídico de estas viviendas una serie de peculiaridades que quizá podrían justificar algunas matizaciones de importancia en el momento de decidir si tal tratamiento es el más conforme con el interés público y con el propio de las clases sociales que la normativa sectorial intenta promover. El análisis de TEJADA GONZALEZ resulta limitado por su propio objeto de estudio, en el cual las viviendas estaban administrativamente destinadas a su venta, habían sido construídas por un promotor privado, y se trataba de la primera venta de las mismas. Todas estas circunstancias alteran sustancialmente los términos del debate y hacen que nos manifestemos absolutamente de acuerdo con sus conclusiones (34).

---

(31) El párrafo segundo del mencionado precepto, como es sabido, establece que «La nulidad de las cláusulas singulares no llevará consigo la nulidad del contrato cuando las cláusulas nulas sean sustituidas de derecho por normas imperativas». El problema es si tal párrafo ha de interpretarse o no en consonancia con el primero, que se inclina por la nulidad parcial de los contratos salvo «si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquellas partes de su contenido afectadas por la nulidad».

(32) Así, GORDILLO CAÑAS, en *ob. cit.* págs.101 y ss.

(33) En «Doctrina legal y jurisprudencial en torno al precio de las viviendas de Renta Limitada. La Ley de 2 de marzo de 1963», publicado en el n.º 42 de la Revista de Administración Pública.

(34) Como esperamos demostrar más adelante.



El problema es que el presupuesto de partida concurrente en los supuestos tradicionales de venta con sobreprecio a los cuales la nulidad parcial se adapta perfectamente, consiste en que la finalidad de la Ley imperativa, aún cuando tenga ésta por objeto la promoción de una determinada categoría de sujetos, se identifica siempre con la protección del concreto comprador, expresándose exclusivamente a través del establecimiento de una cuota máxima para la determinación del precio (35). Esta consideración puede desarrollarse a través de los siguientes postulados:

1) Siempre puede venderse. No existe otra restricción al tráfico que el establecimiento de un precio tasado.

2) La consecución efectiva de la finalidad legal exige proteger al comprador en todo caso, aún cuando el concreto sujeto no pertenezca a la clase social que la Ley tuitiva pretende promocionar (36).

3) La tasa legal del precio de los bienes intervenidos es un objetivo irrenunciable del legislador. Habida cuenta de la grave quiebra que para la autonomía contractual representa el recurso a la nulidad parcial, en especial cuando este remedio no está expresamente contemplado por el legislador, ha de considerarse necesariamente, tomando la expresión del Derecho Penal, como última ratio legis, una vez comprobada la inexistencia de otra vía de armonización de los intereses en conflicto menos perturbadora.

En relación con la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial, los referidos postulados han de ser debidamente matizados, hasta el punto de poder afirmarse que, en numerosas ocasiones, no concurren en absoluto.

*Primera objeción:* No siempre puede venderse una VPO.

En este sentido, cabe afirmar que no es cierto que siempre y en todo momento una vivienda de protección oficial pueda venderse a cualquier tipo de adquirente y sin otra limitación que la del precio. No es por ello generalizable la afirmación proclamada por la Sala 1.<sup>a</sup> de que «Lo que la Ley persigue con la aplicación 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» (37). La finalidad atribuida a la Legislación de Viviendas de Protección Oficial por la

(35) No siendo, por lo tanto la venta frontalmente contraria a la ley, según matiza en relación con la nulidad parcial CASTRO en «Derecho Civil de España», Ed. Civitas, Madrid, 1991, y como expone también GORDILLO CAÑAS en *ob. cit.* pág. 179.

(36) En los casos tradicionalmente abordados por la Doctrina, ello es indudablemente así. Tratándose de bienes de general utilización, al no poder restringirse su adquisición a determinadas clases sociales, la tasa en el precio de estos artículos, utilizada como medio de promoción de los económicamente débiles exige prescindir de si el concreto contratante en una determinada relación jurídica pertenece o no a esa clase social, dado que:

1) Si pertenece, mediante la protección dispensada a ese contratante individual se está tutelando directamente a la categoría social contemplada por el legislador.

2) Si, por el contrario, el concreto sujeto pertenece a una clase social más pudiente, la protección que se le dispensa implicará la tutela indirecta de esa misma categoría social a la cual el contratante no pertenece, dado que tiende a evitar que sean discriminados por los vendedores de productos intervenidos.

(37) Utilizado por la STS de 17-4-78 (Sala 1.<sup>a</sup>), que hizo uso de la técnica de la nulidad parcial. Pese a no ser este argumento generalizable, resultaba adecuado al concreto caso sometido a su estudio: vendía un promotor, en primera transmisión, y la vivienda estaba legalmente destinada precisamente a venta).

Jurisdicción Contenciosa es mucho más matizada, habiendo declarado reiteradamente que la misma consiste en «proporcionar hogar a familias carentes de medios económicos» (38). A buen seguro que al lector no le pasarán desapercibidas las diferencias existentes entre atender a una u otra finalidad legal para resolver en que supuestos resulta procedente acudir a la nulidad parcial.

Y no es en todo caso asumible la finalidad constatada en la Legislación de Viviendas de Protección Oficial por la citada resolución de la Sala 1.<sup>a</sup>, por la sencilla razón de que no existe un único régimen legal aplicable a todas estas viviendas, sino regímenes muy diversos, no siempre diferenciados como dijimos, en una jurisprudencia civil demasiado atenta en ocasiones a la tasación legal del precio (39). La Cédula de calificación definitiva es el documento determinante del concreto régimen legal aplicable, y así, por poner un simple ejemplo, si la vivienda de protección oficial en cuestión resultara ser de promoción pública (llevada a cabo sin ánimo de lucro por entes públicos), estando sometida a las determinaciones del Real Decreto 3148/78, de Política de Viviendas de Protección Oficial, y planteándose un supuesto de segunda o ulterior transmisión (exceptuada, claro está, la del promotor al primer propietario), resultaría de aplicación el párrafo primero del artículo 54 del referido texto legal, cuyo contenido es el siguiente:

«Las viviendas de promoción pública sólo podrán transmitirse «inter vivos» en segunda o sucesivas transmisiones por los propietarios cuando hayan transcurrido cinco años desde la fecha del contrato de compraventa (se refiere el texto legal al celebrado entre el ente público promotor y el primer adquirente), y siempre que previamente se hayan hecho efectivas la totalidad de las cantidades aplazadas».

El presente artículo nos presenta el caso de una categoría de viviendas de protección oficial que incumple la premisa primera en que se fundamentaba la aplicación de la técnica de la nulidad parcial. Aquí el interés público, consistente según la Sala Tercera del Tribunal Supremo en «proporcionar hogar a familias carentes de medios económicos», ha sido concretamente interpretado por el legislador de una determinada manera. No basta ser comprador para ser protegido. Durante el referido plazo legal, el efectivo cumplimiento de la finalidad de la ley impone que la vivienda sea utilizada precisamente por su adjudica-

---

(38) SSTS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 6-5-89; también en SSTS (Sala 4.<sup>a</sup>) de 9-5-84 y 22-4-85, entre otras.

(39) El Real Decreto-Ley 31/78, de 31 de octubre, de Política de Viviendas de Protección Oficial, afirmaba en su artículo 1.<sup>o</sup> que «Existirá una única categoría de viviendas de protección oficial, que serán aquellas que, dedicadas a domicilio habitual y permanente, tengan una superficie útil máxima de 90 metros cuadrados y cumplan las condiciones...». Sin embargo, en cuanto al régimen legal aplicable, revestirá trascendentales consecuencias la distinción entre viviendas de protección oficial de promoción pública (la llevada a cabo sin ánimo de lucro por el Estado, y entes públicos territoriales) o privada, como se deduce del diversificado tratamiento que unas y otras reciben en el Real Decreto 3148/78, de 10 de noviembre, de Política de Viviendas de Protección Oficial. Además, dentro de cada una de estas tipologías, la vivienda puede estar destinada para su uso en régimen de propiedad o arrendamiento, lo cual plantea nuevos matices de interés.

La diversidad legislativa no acaba aquí, toda vez que la disposición transitoria segunda del mencionado Real Decreto-Ley 31/78 mantuvo vigentes las tipologías existentes con anterioridad a su promulgación, estableciendo que «Las viviendas de protección oficial construídas o en construcción con calificación obtenida al amparo de regímenes anteriores que hayan sido objeto de contrato de compraventa o promesa de venta seguirán rigiéndose por las disposiciones de su legislación respectiva».

tario inicial, o por el posteriormente designado por la administración, una vez adoptadas las medidas procedentes contra el anterior y que pueden llegar hasta la expropiación por incumplimiento de la función social atribuida a la propiedad de tales viviendas (40). Evidentemente en esos supuestos el Tribunal Civil debería inclinarse por la nulidad total del contrato celebrado, poniendo los hechos en conocimiento de la administración a los efectos oportunos. La nulidad parcial se basaba en el interés social manifestado por la Ley, pero en este caso ese interés social se concreta en evitar cualquier peligro de que, mediante persona interpuesta, alguien sin los requisitos necesarios (acreditar unas determinadas necesidades familiares y un determinado nivel de renta), se convierta en adjudicatario de una vivienda perteneciente a la categoría mencionada. No creemos que ni el más firme partidario de aplicar la nulidad parcial en evitación del fraude de ley, lo sea también de rectificar al legislador en su expresa y literal interpretación del medio más adecuado para conseguir los fines que se propuso.

Si ya puede habernos causado cierta sorpresa descubrir cómo no es cierto que el estricto cumplimiento de la legislación de viviendas de protección oficial pase en todo caso por la aplicación de la nulidad parcial, sigamos con el último párrafo del artículo 54 mencionado. Su supuesto de hecho continúa contemplando las segundas y sucesivas ventas de esa misma tipología de viviendas, una vez transcurrido el plazo de cinco años anteriormente referido, y se expresa en los siguientes términos:

«El adquirente, en cualquier caso, sólo podrá acceder a la vivienda cuando sus ingresos familiares anuales sean inferiores al 25% del precio de venta en el momento de la celebración del contrato».

Naturalmente, la finalidad protectora perseguida se expresa ahora reservando una determinada categoría de viviendas de protección oficial a unos determinados sectores de renta. El escrupuloso respeto al estricto cumplimiento de la finalidad legal, consistente, según la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en «proporcionar hogar a familias carentes de medios económicos», recordémoslo, no podrá lograrse con la simple declaración de nulidad parcial, sin asegurarse previamente del nivel de renta de quien adquirió con sobreprecio. La ley claramente ha expresado su opinión: no desea que se mantenga a ese adquirente. Evitaremos al lector la búsqueda de una consecuencia jurídica concreta para tan poco técnica proclamación legal; nosotros no hemos encontrado ninguna, pero, ¿no es ello mayor motivo aún para el recurso a la nulidad, habida cuenta del tenor literal del artículo 6.3 del Código Civil?; ¿Acaso la aplicación de la nulidad parcial en materia de venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial no ha tenido que superar un doble obstáculo: la inexistencia de sanción expresa de nulidad y la expresa contemplación en la Ley imperativa de determinadas consecuencias para su contravención? Tanto mejor si el legislador ha relevado al intérprete de la necesidad de superar el segundo de ellos (41-42).

(40) En los casos regulados por la Ley 24/77, de 1 de abril.

(41) Esperamos que no se nos diga que así se evita que el vendedor discrimine a los sujetos conocidamente necesitados vendiendo solamente a los económicamente pudientes para evitar la aplicación de la nulidad parcial coactiva. En este caso, tal discriminación no es posible porque el legislador, que no puede exigir que sólo los económicamente débiles adquieran leche, puede perfectamente destinar una tipología del género común de las viviendas a estas clases sociales. Por lo tanto, al no existir una demanda alternativa, el vendedor no podrá discriminar. Por su parte, el comprador puede satisfacer sus necesidades acudiendo a un bien sustitutivo: la vivienda libre.

*Segunda objeción:* La finalidad tuitiva de la legislación de viviendas de protección oficial, no siempre, ha de implicar la tutela del comprador, cualquiera que sea el comportamiento de éste. No nos parece totalmente asumible en esta sede la afirmación, hecha en relación con la venta con sobreprecio en general por GORDILLO CAÑAS, de que el comprador únicamente pierde la consideración de sujeto protegido cuando adquiere a sobreprecio para convertirse en especulador, vendiendo a su vez a sobreprecio. En el sector concreto que estamos estudiando, existen supuestos en los que el adquirente no necesitado de protección legal, simplemente se aprovecha de alguien que, paradójicamente, continúa necesitando esa tutela para disponer de un hogar. Ello es debido a que el vendedor no profesional de una vivienda de protección oficial tiene poco que ver con el vendedor al por mayor de productos de primera necesidad y las situaciones planteables en este campo son mucho más variadas.

Tomemos como ejemplo el caso siguiente: A, es propietario de una vivienda de protección oficial en una provincia costera. Precizando, por lo avanzado de su edad, la asistencia de su único hijo, se encuentra con que éste reside en Madrid, está casado y disfruta de una vivienda en alquiler de tamaño reducido, lo cual impide que A pueda trasladarse a vivir allí. No obstante, A piensa que vendiendo su vivienda en la provincia costera podrá pagar parte del precio de otra vivienda en Madrid de tamaño suficiente para que en ella puedan convivir con él su hijo y restantes familiares. B, persona en ningún caso humilde y conocedora de la legislación de viviendas de protección oficial, desea adquirir un alojamiento en la costa para pasar las vacaciones y ofrecerlo en arrendamiento, pero sin embargo no está dispuesto a pagar por él un precio de mercado. Se pone en contacto con A. Parece que no es muy necesario continuar. ¿Se aplica la nulidad parcial coactiva? Como veremos a continuación, si era posible proceder a la descalificación de la vivienda, la posterior actuación de B puede resultar perfectamente legal. El además mintió al obligarse a pagar el sobreprecio porque, de acuerdo con los defensores de esta teoría, estaba ejercitando el derecho que la Ley le confiere para comprar a precio legal.

---

La estricta consecución de la finalidad legal, hará preciso que la Sala 1.<sup>a</sup> tome en consideración aspectos tales como el del nivel de renta del comprador. Ahora bien, ¿quien debería probar? Posiblemente cabría afirmar que, supuesta la validez del negocio jurídico, sería la parte que demandara la nulidad total. Sin embargo, la norma en cuestión es de Orden Público, aún cuando sea preciso demostrar la concurrencia de su supuesto de hecho. ¿No sería preciso que, distorsionando si ello es necesario el carácter predominantemente dispositivo del proceso civil el propio Tribunal, utilizando las diligencias para mejor proveer, intente conseguir las pruebas relativas al nivel de renta del adquirente? Nuevamente nos encontramos con problemas derivados del hecho de que el Proceso Civil no parece ser el medio idóneo para debatir todas estas circunstancias.

(42) Por ello no resulta en absoluto carente de valor la afirmación hecha por el Tribunal Supremo en la meritada STS de 3-9-92, cuando en su fundamento de derecho tercero, ante la tradicional afirmación establecida por la Audiencia, calificando la compraventa con sobreprecio como «acto en perjuicio de las clases sociales débiles», niega que se haya discutido o probado nada al efecto.

En el momento de condenar a A, éste ya habrá invertido el importe «indebidamente cobrado», en abonar la aportación inicial de su nueva vivienda, nada lujosa, por supuesto, y estará pagando un crédito hipotecario. Resulta absolutamente inapropiado que, en atención a la necesaria aplicación de una Ley cuya finalidad es la de proporcionar alojamiento a familias humildes, A y su familia, humilde por hipótesis, queden en la calle y en la ruina más absoluta en beneficio de B, persona por hipótesis no protegida.

Evidentemente, aquí no siempre el sujeto cuya actuación merece mayor reproche es el vendedor. También podemos defender la utilización de cláusulas generales: buena fe, abuso del derecho, participación respectiva en la ilicitud de la causa, etc., para evitar las consecuencias indeseables de una construcción doctrinal destinada a evitar las consecuencias indeseables de la estricta aplicación del ordenamiento jurídico. Un poco lioso, ¿verdad?; ¿no parecía la jurisprudencia consagradora del recurso a la nulidad parcial en los casos de venta de vivienda de protección oficial con sobreprecio la máxima expresión de la justicia distributiva para la represión de los abusos cometidos contra los socialmente débiles? Más razonable parece estimar, en este caso, que concurre causa ilícita y que ambas partes no estaban *in pari causa turpitudine* (43), rompiendo con el monolitismo de la ecuación venta con sobreprecio=nulidad parcial. Quizá lo que hizo el Tribunal Supremo, al dictar las dos sentencias que han dado motivo a estas líneas, no fue sino intuir la realidad de lo ocurrido. Recuérdese el argumento, *obiter dicta* por supuesto, de que «nada se ha probado», cuando se refiere al perjuicio causado a las clases socialmente más débiles. O también cuando menciona que no se puede ser ajeno a una legislación especial, que abre la puerta a la venta a precio de mercado mediante el recurso a la descalificación, tema que abordaremos a continuación.

No habiéndose establecido expresamente el recurso a la nulidad parcial por el legislador, sirviendo esta figura a la mejor realización de la finalidad legal y tomando como fundamento nada menos que el artículo 1258 del Código Civil para su operatividad, será preciso actuar con un detenido estudio de las circunstancias que concurren en cada supuesto. Además, la seguridad jurídica exige un mayor esfuerzo por parte de la jurisprudencia para poner en conocimiento de los destinatarios de las normas jurídicas las claves seguidas en su interpretación. Será preciso acabar con los vaivenes poco motivados en torno a los polos nulidad parcial-validez de la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial. Hay que sustituirlo por el de nulidad-validez y, en su caso, matizar los presupuestos en que, admitida la nulidad, la moderación que la nulidad parcial impone se hace necesaria.

---

(43) Procediendo, sin partir apriorísticamente de la culpabilidad del vendedor, a llevar a cabo la delicada valoración ética de la actuación de los contratantes y de las ventajas derivadas del pacto ilícito que propone MORALES MORENO en «Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes (anotaciones a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1986)», en *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pág. 617. También CARRASCO PERERA, en su comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3-9-92 cit., apunta el recurso a esta solución como alternativa a la nulidad parcial en algunos casos.

*Tercera objeción:* No siempre la venta a precio tasado es un principio irrenunciabile del legislador. Mediante la descalificación voluntaria, puede, en algunos casos, extinguirse el régimen legal especial establecido para las viviendas de protección oficial.

Si ya vimos como no siempre la norma que supuestamente se defraudaría de no aplicarse el remedio de la nulidad parcial resulta menos defraudada por la irreflexiva aplicación de este remedio, dado que no siempre el único, ni siquiera el más importante obstáculo para la transmisión de la vivienda, consiste en la limitación del precio, vamos a comprobar ahora que tampoco resulta una inderogable exigencia del legislador, al menos no en relación con todas las tipologías de viviendas de protección oficial, que las mismas hayan de ser transmitidas con sometimiento a su régimen legal, y por tanto a precio tasado, toda vez que la legislación sectorial establece un mecanismo para que estas viviendas queden sometidas al régimen común a iniciativa del propietario. Así, el artículo 145 del Decreto 2114/68, de 24 de julio, mediante el cual se aprobó el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, contempla la descalificación voluntaria como un medio de extinción del régimen de viviendas de protección oficial (44) y cuya concesión, de conformidad con el artículo 148 del propio texto legal, implicará la devolución de la totalidad de anticipos, préstamos y subvenciones recibidos, incrementado con sus intereses legales y, en su caso, con la diferencia, si existiera, entre el interés estipulado y el legal.

Podría argumentarse que la concesión de descalificación implica la desaparición del propio supuesto de hecho para la aplicación de la nulidad parcial, al no existir venta con sobreprecio. Por el contrario, aún siendo la vivienda objetivamente descalificable, si no ha sido efectivamente descalificada, en nada cambian los presupuestos tomados en consideración para admitir la aplicación de la misma. Sin embargo tal apreciación no pasa de ser una interpretación exageradamente formalista de lo que la posibilidad de descalificación implica, lo cual a su vez no parece coherente con la simultánea defensa del recurso a la nulidad parcial no proclamada expresamente por el legislador. Puestos a adoptar posiciones formalistas, ahí tenemos los artículos 1303 y 1306 del Código civil. Si iniciamos el camino de la búsqueda de criterios correctores basados en la justicia y en la equidad, por duro que resulte, habrá que recorrerlo hasta sus últimas consecuencias, aún cuando nos demos cuenta nuevamente de que la nulidad parcial es un remedio a aplicar con moderación y sin automatismo, salvo que pretendamos crear tanto daño como el que pretendemos evitar.

## VI. ESPECIAL REFERENCIA A LA DESCALIFICACION

Habíamos visto que la posibilidad de descalificar una vivienda de protección oficial incidía especialmente en el supuesto que nos ocupa, toda vez que signifi-

(44) Dice así el meritado precepto: «El régimen de viviendas de protección oficial se extingue:

a) Por el transcurso del plazo de cincuenta años a que se refiere el artículo 100 de este Reglamento.

b) Por descalificación, que podrá ser acordada bien a petición del interesado o como consecuencia de acta de invitación aceptada por éste, o bien por sanción a virtud del correspondiente expediente».

caba una puerta a la posibilidad de vender a precio de mercado. Por ello nos vemos obligados a hacer algunas observaciones en relación con la descalificación voluntaria (45). En primer lugar, habrá necesidad de diferenciar entre esta descalificación y la que, de conformidad con el artículo 155 del Decreto 2114/68, podrá imponerse por la administración como sanción accesoria por la comisión de una infracción grave o muy grave. La jurisprudencia de lo Contencioso se ha mostrado partidaria de entender, en relación con la descalificación voluntaria:

1) Que «no podrá pedirse ni concederse a efectos de eludir la responsabilidad imputable a un infractor de la legislación de viviendas de protección oficial por hechos cometidos con anterioridad a la petición» (46).

2) Más concretamente, en relación con la venta con sobreprecio llevada a cabo por un promotor en primera transmisión, rechaza la maniobra consistente en pactar contractualmente la futura descalificación de las viviendas vendidas, afirmando como procedimiento ortodoxo el de «obtener inicialmente la descalificación y operar libremente en el mercado» (47).

3) También se ha puesto de relieve la sujeción a control jurisdiccional del acto administrativo que resuelva una solicitud de descalificación (48).

## VI.1. SUPUESTOS EN LOS CUALES LA CONCESIÓN DE LA DESCALIFICACIÓN VOLUNTARIA NO ES POSIBLE

1) En relación con las viviendas de promoción pública sometidas al Real Decreto-Ley 31/78, el artículo 47 del Real Decreto 3148/78 dispone taxativamente lo siguiente:

«Calificada definitivamente una vivienda de protección oficial de promoción pública, en ningún caso podrá ser objeto de descalificación».

2) El promotor no era, en el sistema legal establecido por el Decreto 2114/68, solicitante de descalificación voluntaria, toda vez que la devolución de las ayudas y subvenciones percibidas, con su interés legal correspondiente, no haría rentable tal operación, dado el escasísimo tiempo transcurrido (en el caso de

(45) No en vano el legislador, perfecto conocedor de cuantos abusos se cometieron a través de la descalificación, proclamó en el artículo 47 del Real Decreto 3148/78 que «calificada definitivamente una vivienda de protección oficial de promoción pública, en ningún caso podrá ser objeto de descalificación», estableciendo así una gran diferencia en el régimen jurídico de esta tipología de viviendas de protección oficial.

(46) STS (Sala 3.<sup>a</sup>), de 8-5-90.

(47) STS (Sala 3.<sup>a</sup>), de 9-10-89. Nótese que el hecho de que fuera el promotor quien incluyera estas cláusulas en los contratos de compra-venta pactados con los adquirentes tiene el supuesto de caracteres muy peculiares. No se trata de un particular que destina su vivienda a domicilio habitual, de acuerdo con la función social de estas viviendas, y luego descalifica. Aquí estamos ante alguien que estaba intentando conseguir financiación a precio de interés legal para su actividad empresarial. Las viviendas claramente se sometían al régimen de protección oficial desde su misma edificación con el objetivo preconcebido de ser luego descalificadas. Entre tanto, es claro que los adquirentes deberían pagar el precio correspondiente a una vivienda libre, soportando las limitaciones legales inherentes a su naturaleza jurídica de vivienda protegida.

(48) STS (Sala 3.<sup>a</sup>), de 8-5-90.

que mediara tiempo alguno), entre su percepción y el momento en que las viviendas habían de venderse. Además, los adquirentes de viviendas de protección oficial gozaban también de una serie de beneficios fiscales que harían disminuir la demanda de las viviendas descalificadas, teniendo en cuenta además que por sus características de construcción sus destinatarios naturales no pertenecían a las clases sociales económicamente pudientes. En el esquema del Decreto 2114/68, la denegación de la Cédula de Calificación Definitiva era más bien el peor mal que al promotor podía acontecer (49), en tanto la descalificación tenía para él una finalidad exclusivamente sancionatoria (50).

Por su parte, el Decreto de 16 de septiembre de 1976 establece la aplicación subsidiaria de las normas relativas a las viviendas de protección oficial a la nueva categoría de viviendas sociales, y a partir del mencionado texto legal, como se ha explicado por la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo (51), la descalificación ya no es una sanción sino «un hecho objetivo, resultado del incumplimiento de las prescripciones técnicas y reglamentarias, reverso de de la calificación objetiva sobre el proyecto, única que el Reglamento prevé».

Sin embargo, aún cuando todo ello no hiciera imposible el acceso a la descalificación voluntaria por el promotor y además, por especialísimas circunstancias del mercado inmobiliario, la operación pudiera resultarle rentable, la administración habría de denegarla por las siguientes consideraciones:

a) Si ya existen contratos de compra-venta en favor de determinadas personas, existiría el «perjuicio de terceros» justificativo de la denegación, según se contempla en el artículo 147 del Decreto 2114/68.

b) El promotor ha adquirido unos compromisos con la administración; derivados de la concesión de la Cédula de Calificación Provisional, y esta administración ha tenido en cuenta las viviendas en cuestión al ejecutar sus planificaciones, todo lo cual, dada la naturaleza cuasi-contractual de la relación que vincula a promotor y administración, imposibilita que ningún promotor pudiera confiar razonablemente en que una solicitud de descalificación voluntaria planteada por su parte iba a obtener una resolución favorable por parte de aquélla.

## VI.2. INTERÉS DE LA CUESTIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CONTRATO

Esta cuestión de la descalificación voluntaria y de la objetiva descalificabilidad de la vivienda de protección oficial objeto de venta, es de enorme interés porque, debido al enorme incremento de los precios de mercado de las viviendas, el transcurso de cierto número de años entre el momento de la adquisición y el de la segunda venta proporciona como resultado que el importe de la descalificación

(49) Artículos 79 a 99 del referido texto legal.

(50) Como ha declarado la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

(51) En la STS (Sala 3.<sup>a</sup>), de 20-6-91.



resulte, en numerosos casos, enormemente inferior al existente entre el precio legal y el de mercado (52). Ello es así no sólo porque el precio de venta fijado para las viviendas de protección oficial se obtiene con absoluta abstracción de todo componente especulativo (53), sino también porque el componente especulativo del precio de un inmueble es hoy enormemente mayor que en el momento en que la vivienda fue objeto de la primera venta. Ahora bien, si pudiera parecer razonable impedir que se especule con las viviendas de protección oficial (54), lo que no parece tan razonable es impedirlo más allá de lo que el legislador ha querido.

Parece así innegable que el dato objetivo de que la vivienda en cuestión pueda o no, según su régimen legal propio, ser objeto de descalificación, debe ser integrado en el delicado equilibrio de intereses que el contrato plantea. Sabemos que, a efectos sancionadores, la Sala Tercera del Tribunal Supremo parece conferir especial relevancia al dato de que la descalificación fuera obtenida o no antes de la venta. Sin embargo, la poderosa válvula que la objetiva descalificabilidad de la vivienda plantea, ha de tener mayor incidencia en las consecuencias civiles de la infracción de la norma sectorial (55). El comprador puede desear la vivienda, pero

(52) Constituido, según el artículo 148 del Decreto 2114/68, por el reintegro de la totalidad de los anticipos, préstamos, subvenciones y primas recibidos del Ente público o Entidad de Crédito que los hubiese hecho efectivos, incrementado con sus intereses legales y, en su caso, con la diferencia, si existiera, entre el interés estipulado y el legal. A esta cantidad habrá de añadirse el importe relativo a las exenciones y bonificaciones tributarias que se hubieran disfrutado, con sus intereses legales. De este ingreso habrá de exceptuarse la bonificación de la contribución territorial urbana y sus recargos.

Aplíquense todas estas cantidades a una vivienda construida en el año 1958, en una barriada como Manóteras, entonces poco menos que en el extrarradio y hoy en la zona de Arturo Soria. Téngase en cuenta que el anticipo destinado a su construcción, y que su dueño está reintegrando en 50 años, fue de menos de 50.000.- pts., compruébese que todas estas sumas no ascenderán nunca a más de 300.000.- pts. (muy por lo alto se ha hecho el cálculo) y téngase en cuenta que el valor legal de venta de esta vivienda de protección oficial es hoy de poco más de 3.000.000.- de pts. y que se están vendiendo a unos 8.000.000.-pts.

Descalificar y vender legalmente a precio de mercado cuesta 300.000.- pts., reintegrar el sobreprecio al comprador saldría por unos 5.000.000.-. Una vez adquirida la vivienda a precio legal, el comprador descalifica y obtiene ese valor potencial de 4.300.000.- pts. con el cual una interpretación escrupulosa de la finalidad legal ha querido favorecer al adquirente.

Antes de llamar antisocial al vendedor téngase en cuenta, por favor, que hablamos de unas 50.000.- pts. del año 1958, que el dueño ha ocupado durante 35 años la vivienda, con lo cual parece perfectamente cumplida la finalidad social (de hecho la aluminosis ha acabado con otras edificaciones destinadas a las clases más desfavorecidas y que tuvieron menos suerte), y justifíquese el motivo de que no se vea tan mal que el dueño de una vivienda libre en la calle Velázquez pague unas 200.000.-pts. por una vivienda que hoy tiene un valor de mercado de 20.000.000.

(53) Consultar, por ejemplo, los criterios seguidos por el artículo 11 del Real Decreto 3148/78, de 10 de noviembre, para la fijación del precio de venta de VPOS en segunda y siguientes transmisiones, fundados a su vez en el valor de un módulo calculado de conformidad con los criterios contenidos en el artículo 6 del propio texto normativo.

(54) Lo cual sólo está al alcance de unos pocos. Desde luego, no de quienes con el precio obtenido por la venta a precio libre de su vivienda de protección oficial descalificada únicamente intentan acceder a otra vivienda libre de unas características algo más adecuadas a sus nuevas necesidades. En estos casos, el «beneficio especulativo» obtenido permanece poco tiempo en los bolsillos del vendedor para pasar casi de inmediato a los bolsillos de otro especulador menos reprobado socialmente.

(55) Así, en la STS (Sala 1.<sup>a</sup>) de 7-7-81 (citada por cierto erróneamente en la de 3-12-84 entre las que aplican la nulidad parcial a la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial, ya que ni se trataba de una venta con sobreprecio, ni se declaró la nulidad parcial), se debatía un supuesto de venta de vivienda de protección oficial que, según la legislación sectorial, no po-

sin embargo no interesarle que esté sometida a las limitaciones de uso derivadas del régimen legal de las viviendas de protección oficial. Ahora puede existir un acuerdo sobre un objeto que previamente ha de ser transformado y sobre el proceso a seguir para esa transformación: la vivienda, una vez liberada del régimen restrictivo propio de las viviendas de protección oficial, y la solicitud de descalificación, así como la parte contractual que habrá de correr con los gastos que de ella se deriven.

En primer lugar se nos ocurre que, dado el hecho de que la descalificación es una posibilidad perfectamente lícita en relación con determinadas viviendas de protección oficial, ningún obstáculo legal se opondrá a que se pacte la venta de una vivienda de protección oficial, objetivamente descalificable, a precio de mercado, sometiendo la eficacia del contrato a la condición suspensiva de que se obtenga su efectiva descalificación.

En otros casos, ante la falta de una expresa y exhaustiva previsión por las partes, será preciso integrar la regla contractual con las presuposiciones tenidas en cuenta por ambos contratantes. Resulta posible que el comprador estuviera de acuerdo en obtener la vivienda a precio de mercado y en que el vendedor proce-

---

día conducir sino a la nulidad total, en caso de conceder relevancia a los denominados en la sentencia «preceptos administrativos». Vendida una vivienda de las calificadas por su ley reguladora como de uso propio y no pudiendo ser estas viviendas objeto de cesión onerosa, de acuerdo con el artículo 102 del Decreto 2114/68, el notario advirtió a las partes que no podía elevarse a escritura pública la venta estipulada a no ser que la vivienda fuera previamente descalificada.

Pues bien, dado que el artículo 119 del mencionado Decreto 2114/68 establece taxativamente que «sólo podrá autorizarse el cambio del régimen de las viviendas para uso propio por razones de necesidad notoria, apreciadas por el Instituto Nacional de la Vivienda, que tendrá facultad para señalar el nuevo régimen de utilización», parece claro que tanto el cambio de uso como la descalificación, dado que también esta implica el levantamiento de la limitación de uso, adquieren en el caso de estas viviendas un notable carácter de excepcionalidad. Además, ni siquiera se había previsto la descalificación de la vivienda objeto del contrato de compraventa.

La vendedora, al enterarse de que había de pagar el importe de la mencionada descalificación, y habida cuenta de que el comprador no le había pagado el resto del precio fijado, le notificó la resolución del contrato pactado. El comprador demandó a la vendedora exigiendo la entrega de la vivienda y la elevación a escritura pública del contrato celebrado, ofreciéndose entonces al abono del resto del precio. Ante ello la vendedora solicitaba en su reconvencción la declaración de nulidad del contrato celebrado fundada en la infracción de la normativa reguladora de las viviendas de protección oficial y, subsidiariamente, que se declarara bien ejercitada la resolución que en su día comunicó al demandante. Pese a las muy cualificadas características concurrentes en el caso: a saber que no sólo se había vendido antes de descalificar, sino que ni tan siquiera se había previsto la descalificación y que la descalificación en el caso de autos reviste mucho mayor carácter de excepcionalidad, dadas las peculiaridades de las viviendas destinadas a uso propio, el Tribunal Supremo declaró la validez de la compraventa pactada, afirmando textualmente que: «Como esta Sala tiene reiteradamente declarado en sus STS de 28-4-71 y 20-3-72, dictadas en procesos si no idénticos sí análogos al que nos ocupa, el contrato entre las partes celebrado no es nulo de pleno derecho, sino que es perfectamente válido civilmente, al ser el acto realizado conforme a la libertad de contratación proclamada por el artículo 1255 del Código Civil, sin que la violación de los preceptos administrativos que se dicen cometidos, precisamente en el contrato civil válido, puedan producir otra consecuencia que la puesta en marcha de los mecanismos correctores reglamentariamente establecidos..., medidas que tienen como punto de partida el contrato civil, que sin su eficacia caerían de razón de ser y que han de ser aplicadas en el correspondiente expediente administrativo encaminado a obtener la descalificación». En consecuencia condenó a la vendedora a elevar a escritura pública la venta celebrada en el plazo máximo de dos meses a partir de la descalificación.

De esta resolución podemos inferir la preferible aplicación de la descalificación antes que la nulidad total. Entonces, ¿por qué no preferir también tal solución a la nulidad parcial por sobreprecio?

diera previamente a su descalificación, pero que, en tanto esta descalificación se está tramitando, intente obtenerla al precio legal planteando demanda en vía civil por haber sido vendida la misma con sobreprecio. El concreto análisis de la conducta seguida por las partes, antes y después de perfeccionado el contrato, no puede soslayarse mediante la simple consideración de que el comprador ha de ser siempre el protegido, entre otras cosas porque la ley no impone en todo caso su protección.

Los supuestos de segunda y posteriores ventas de una vivienda de protección oficial, susceptible de descalificación voluntaria, y cuyo precio supere el legalmente tasado, pueden clasificarse del siguiente modo:

1) Supuestos en los cuales se haya establecido alguna cláusula expresa en virtud de la cual el vendedor se obligara a descalificar la vivienda, o incluso en que la eficacia del contrato se haya diferido hasta el momento en que se obtuviera la misma. Ya hemos visto como ese modo de operar está visto con recelo por la Sala Tercera (56), pero ello no impone que civilmente tengamos que excluir la viabilidad de semejante pacto.

2) Supuestos en los cuales nada se mencionara en el contrato en relación con el referido trámite administrativo. Si nada se dijo expresamente acerca de la descalificación, podemos optar entre las dos soluciones siguientes:

a) Entender que se estaba negociando sobre una vivienda de protección oficial, con todas sus limitaciones y correlativas ventajas, imponiéndose el sobreprecio por el vendedor al comprador. En este caso resultaría aplicable la nulidad parcial.

b) Deducir, a partir del dato de que se pactó un precio de mercado, que el objeto del contrato era la vivienda de protección oficial una vez libre de las limitaciones de su régimen, estando implícita en el contrato la descalificación, a cargo del vendedor.

Como ya hemos dicho, se tratará, en todo caso, de un problema más o menos delicado de interpretación contractual, pero no de la apriorística y automática aplicación de la nulidad parcial coactiva.

## VII. CONCLUSIONES DE LO HASTA AQUI DICHO

Por el momento, y resumiendo esta exposición, estimamos que la doctrina de la nulidad parcial no puede ser extrapolada sin más a la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial. Cuando menos, hay que hacer las siguientes matizaciones:

---

(56) Aún cuando, ciertamente, en ninguna de las resoluciones estudiadas se contemplaba expresamente el supuesto de segunda venta de vivienda celebrada entre particulares y con sobreprecio, toda vez que, según ya dijimos, en un caso se trataba de la primera venta llevada a cabo por un promotor y en el otro de un cambio de uso no autorizado.

1) Para ser coherentes, y si la nulidad parcial la utilizamos para lograr que se cumpla la finalidad de la Ley, no para evitar los deshaucios de adquirentes que entraron en la posesión de la vivienda, habrá de decretarse la nulidad total en aquellos supuestos en que la expresión auténtica de esa finalidad legal así lo exija.

2) Cuando el régimen concreto de la vivienda objeto de contrato no imponga la nulidad total del contrato para la consecución de su finalidad, habrá de tomarse en consideración si la vivienda era o no objetivamente descalificable y, en caso afirmativo, tener en cuenta este dato e interpretar cuidadosamente el contrato antes de aplicar de forma automática el remedio de la nulidad parcial coactiva, toda vez que es posible que el mismo sea perfectamente válido. El objetivo consistirá en diferenciar con claridad aquellos supuestos en los cuales se estaba vendiendo una vivienda de protección oficial con sobreprecio, de aquellos otros en que el precio pactado era el de mercado en base a estar construído el negocio jurídico en torno a una descalificación en trámite, o cuya solicitud y coste debería correr a cargo del vendedor (57).

3) En el caso de que la ley permita la venta, el adquirente reúna los requisitos exigidos en su caso para ser beneficiario de una vivienda de protección oficial, y la descalificación no sea legalmente posible, estaremos ante el supuesto idóneo para que la nulidad parcial pueda desplegar todas sus posibilidades. Únicamente deberemos tener cuidado para diferenciar los supuestos en los cuales el comprador se ha visto forzado a pagar un precio superior al legalmente establecido para adquirir una vivienda de protección oficial, de aquellos otros, mucho menos corrientes pero no imposibles en el supuesto que ahora estamos estudiando, en los cuales el contrato fuera celebrado bajo un error común sobre la base del negocio, esto es, de los casos en que el comprador y el vendedor acuerdan transferir la vivienda como libre, previa su imposible descalificación (58).

---

(57) En el caso resuelto por la STS de 14-10-92 (Sala 1.<sup>a</sup>), la vendedora solicitó del IVIMA la descalificación el 14-8-85 y le fue concedida el 7-11-86, por retraso burocrático. Ya vimos como la Sala 3.<sup>a</sup> estima que la descalificación no puede solicitarse para eludir una sanción, cosa que aquí no concurría. También que ha de descalificarse primero y luego actuar en régimen de mercado. Sin embargo, en este caso, ¿puede convertirse el retraso burocrático en el elemento determinante de la nulidad o validez de un negocio jurídico?

(58) El tratamiento en este caso podría asimilarse al de la imposibilidad originaria de la prestación, toda vez que imposible es la descalificación incorporada como presupuesto del contrato. Otro problema delicado es la determinación de a quién incumbirá la prueba de que el comprador no fue efectivamente forzado a incluir como presuposición contractual una descalificación que el vendedor sabía imposible de antemano. Parece adecuado entender que, en principio, el vendedor debe conocer el régimen legal aplicable a su vivienda. De ello y de los restantes datos configuradores de nuestro supuesto de hecho: comprador que reúne los requisitos para ser beneficiario de una vivienda de protección oficial y vivienda objetivamente indescalificable parece posible deducir por presunciones la maniobra insidiosa utilizada por el vendedor. Sólo si éste aporta nuevos datos, como por ejemplo que el destino pretendido por el comprador para la vivienda era incompatible con las limitaciones que el régimen de protección oficial comporta, será posible entender que nos encontramos ante un supuesto en que la nulidad parcial no debe ser aplicada.

## VIII. ESPECIAL CONSIDERACION DE LA PRIMERA VENTA LLEVADA A CABO POR EL PROMOTOR PRIVADO

Vamos a dedicar unas líneas a este caso particular por sus especiales características. Hay que tomar en consideración que, en las viviendas de protección oficial de promoción privada, el promotor actúa como intermediario entre la Administración y los adquirentes de las viviendas. Los beneficios que la legislación sectorial le concede tienen a éstos como destinatarios mediatos, y para que efectivamente puedan obtenerlos es condición necesaria que el promotor cumpla con su deber de vender al precio tasado establecido por la ley.

Además, resulta sencillo comprobar que en el supuesto de que el promotor esté situado en el lugar del vendedor, concurren todos los requisitos necesarios para que la nulidad parcial desarrolle todos sus beneficiosos efectos:

1) Obviamente, salvo que las viviendas en cuestión estén destinadas a alquiler, han de estarlo a venta. En consecuencia, podrán venderse.

2) No cabe la posibilidad de descalificación voluntaria en relación con el promotor, por los razonamientos desplegados con anterioridad. Nunca es posible vender a precio superior al legalmente establecido, porque ello implica la ilícita apropiación por el promotor de unos beneficios y facilidades que la Administración le ha otorgado sólo de forma mediata.

3) Evidentemente, el comprador de una vivienda de protección oficial de promoción privada, siempre es, cuando concurre con el promotor en la celebración de un contrato de compraventa, la parte necesitada de tutela. No sólomente por ser el destinatario de los beneficios conferidos por la Administración de forma mediata al promotor, sino también en tanto consumidor en un contrato celebrado con un empresario. Así, aún cuando ya dijimos que del mero hecho de ser comprador de una vivienda de protección oficial en segunda y posteriores ventas, no se deduce necesariamente la consecuencia de que se está en situación de sujeto protegido por la legislación de viviendas de protección oficial, cuando a esta condición se une la de consumidor que contrata con un empresario se superpone la protección establecida por el Ordenamiento para esa específica posición.

De este modo, la nulidad parcial probablemente proceda en este supuesto concreto por expresa disposición legal, mediante el recurso a lo dispuesto en el artículo 10.4 de la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La cláusula de sobreprecio, cuando se contrate mediante condiciones generales, supuesto absolutamente corriente en este tráfico, no sólomente tiene cabida en la regla general del artículo 10.1.c) del citado texto legal, sino que resulta un supuesto absolutamente análogo al expresamente contemplado en el número 4.º del mismo. En cuanto a la excepción a la nulidad parcial aludida en el apartado segundo del artículo 10.4, no resultará en caso alguno de aplicación al supuesto que nos ocupa, ya que precisamente la sustitución del precio pactado por el legalmente tasado supondrá siempre una situación equitativa para el promotor. Situación equita-

tiva expresamente reconocida además por este último cuando aceptó la construcción de viviendas de protección oficial, conociendo la limitación legal del precio y las correlativas ventajas a obtener para la financiación de la actividad empresarial.

## IX. UNA ULTIMA PECULIARIEDAD: EL MODO EN QUE LOS CASOS SE PLANTEARON ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

Una de las observaciones hechas por el Alto Tribunal nos llenó en un principio de estupor: se afirma en la sentencia de 3-9-92, como una de las justificaciones para apartarse de la corriente jurisprudencial que admitía la tesis de la nulidad parcial que en el caso de autos no había existido tradición. Lo primero que llama nuestra atención es lo aparentemente irrelevante de la diferencia señalada por el Tribunal Supremo. Si la nulidad parcial opera desde el plano contractual y la compraventa, que sepamos, no es un contrato real, ¿cual es el alcance de la diferencia?. Pues a efectos prácticos es una diferencia estimable, aún cuando técnicamente no sea afortunada su alegación en la enigmática forma que el Alto Tribunal lo hizo. Como sabemos, en las dos sentencias comentadas, la acción ejercitada por los compradores era la de cumplimiento, en tanto la vivienda, que no les había sido entregada, había sido transmitida a otro comprador, el cual presumiblemente la adquirió de buena fe.

Situados en este punto, hemos de señalar que, obviamente, consistiendo la obligación en la entrega de cosa no fungible y determinada, al no poder esta ser habida, el único modo de ejecutar una hipotética sentencia estimatoria de la solicitud de cumplimiento planteada por los demandados habría de pasar por la conversión de la obligación de dar, en obligación de pagar a título de indemnización de perjuicios (59). En estas circunstancias, el Tribunal Supremo puede establecer las bases para la determinación del quantum indemnizatorio o dejar esa cuestión para ejecución de sentencia. Ahora bien, ¿cuál habría de ser el importe de esa indemnización? Por aplicación del artículo 1307 del Código Civil, este consistiría en «el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha». Sin embargo, el valor de una vivienda de protección oficial está tasado legalmente: es el precio legal. Por otro lado, las viviendas de protección oficial constituyen una diversidad de géneros dentro de la especie común que son las viviendas, y parecería incongruente condenar al demandado a entregar una vivienda de protección oficial contra el pago de su precio legal, y simultáneamente, al tener que indemnizar el valor de los perjuicios causados por la imposibilidad de cumplir la sentencia en sus términos, señalar el valor de la vivienda por referencia al que tengan en el mercado las viviendas no sujetas a régimen alguno de protección. Parece pues que, condenar al demandado a entregar el mismo valor que a su vez

(59) Como apunta VÁZQUEZ IRUZUBIETA, en «Doctrina y Jurisprudencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil», Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

tiene que recibir no es tampoco una solución muy brillante. Esperemos que en el futuro quede más claramente patentizada la posición de nuestro Tribunal Supremo en torno a este punto. Por el momento, podemos afirmar que se ha perdido una nueva ocasión de fundamentar adecuadamente el fallo, pero que este no puede ser objeto de demasiadas críticas, como hemos ido viendo.

## ESTUDIO LEGISLATIVO

# El artículo 37.2 del RD Legislativo 1/1992, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana: La declaración de obra nueva y el Registro de la Propiedad

SATURIO HERNÁNDEZ DE MARCO  
MARÍA FERNÁNDEZ VERDUGO

**SUMARIO:** 1.— Introducción. 2.— Concepto de obra nueva y formas de constatación de la misma y momento de ingreso en el Registro 3.— La legislación hipotecaria y la regulación de la declaración de obra nueva. 4.— La Ley 8/90 y la normativa anterior. 5.— Los efectos registrales del certificado del técnico competente. 6.— Posibilidades de acreditación por otros medios. 7.— La declaración de obra nueva en construcción y la conformidad de la construcción con la licencia en edificio terminado y sus efectos registrales y la aplicabilidad de la exigencia de forma generalizada en todos los municipios. 8.— El plazo de tres meses para acreditar la terminación. 9.— El Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio y sus efectos. 10.— La declaración de obra nueva en el Registro de la Propiedad y sus efectos en relación a la constitución de garantías en la edificación. 11.— La Ley de Consumidores y las nuevas exigencias urbanísticas en la declaración de obra nueva. 12.— La nueva Ley de Procedimiento Administrativo, Ley 30/92, y las licencias por silencio positivo y el restablecimiento de la legalidad urbanística. 13.— Consideraciones finales.

La modificación para el régimen de la propiedad que ha supuesto la Ley 8/1990 y el RD legislativo 1/1992, de 26 de junio, (que deroga la Ley 8/90), texto refundido que ha sido dictado por la autorización concedida al ejecutivo por la disposición adicional 5.<sup>a</sup> de la Ley 31/1991, (sin perjuicio de los problemas que, posteriormente, se dirán en relación a la legalidad de la refundición), ha significado el tratamiento desde otros aspectos de determinadas instituciones, que tenían una cierta raigambre de consolidación plena, que era difícil volver a considerar sobre ellas en una reflexión novedosa.

Uno de estos aspectos es el que corresponde a la declaración de obra nueva y a la licencia que tiene que ser su soporte, para que entre en el mundo registral, y, en definitiva, en el campo económico de las



transacciones sociales. Ello sin perjuicio de reconocer que ambas instituciones pueden articularse fuera de la realidad registral, pero es ésta la que normalmente les dota de mayores posibilidades y contenido, pues en base al Registro, las relaciones de garantía se producían con más intensidad y efectos económicos

En este ámbito es en el que se va a mover este comentario de un artículo concreto de la legislación vigente, el 37.2 del texto refundido, con la idea de exponer unas reflexiones para hacer plasmable el derecho de la obra nueva en un solar, a fin de que la obra nueva entre con todos sus requisitos y todos sus efectos en el mundo económico.

## I. INTRODUCCIÓN

*El art. 37.2 del RD legislativo 1/1992, de 26 de junio, que deroga al artículo 25.2 de la Ley 8/90, establece que «Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente, acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación [en el plazo de tres meses a partir de ésta, —exigencia de los tres meses que venía determinada por el art 25 2 de la Ley 8/1990, y que ha desaparecido sin base legal para ello, porque la refundición no lo permite como se observará en su momento—] mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras».*

Esta norma prevalece sobre cualquier otra anterior y deroga todo precepto sobre la misma materia en cuanto sea radicalmente incompatible, (disposición derogatoria del RD leg. 1/1992), aunque el art. 37.2 integra con sus requisitos a las normas anteriores, que puedan compaginarse con las nuevas exigencias o se puedan interpretar coordinadamente con el mencionado precepto del texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Se puede decir, consiguientemente, que con esta regulación, que varía, aunque no tan trascendentalmente como podría imaginarse —sin perjuicio de las posibles no adecuaciones del texto refundido a la legislación que se refundía— el régimen anterior, parcialmente mantenido en vigor, la declaración de obra nueva se expande en cuanto a sus efectos de forma general y como prius para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, según parece, en razón de la colocación o

ubicación sistemática del precepto, el párrafo segundo del primer artículo sobre esta materia, el art. 37, bajo la rúbrica «adquisición del derecho a la edificación», de la Sección 6.<sup>a</sup> «Derecho a la Edificación», del Capítulo III, «Régimen del Suelo urbano y urbanizable», del Título I, «Régimen Urbanístico de la Propiedad del Suelo», puesto que es un requisito que se ha de producir necesariamente, junto a la terminación de la obra al amparo de una licencia no caducada y conforme a la ordenación urbanística, pár. 1 del art. 37, y no obstante de poder realizarse la declaración de obra nueva y su constatación registral en construcción, y sin perjuicio de los efectos y obligaciones posteriores una vez terminada la obra, que son de necesario cumplimiento para la plenitud de los efectos.

Esta determinación puede llevar a la consideración de que la declaración de obra nueva, en los términos y con las exigencias legales, es requisito ineludible para que esa edificación adquirida por la conclusión de las obras, en virtud de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística, tenga realidad social y efectos económicos en el ordenamiento y el *ius edificandi*, el derecho a edificar y a la edificación se incorpore definitivamente al patrimonio del titular.

Por otra parte, la declaración de obra nueva con los requisitos del artículo 37.2 del RD leg. 1/1992 deberá cumplimentarse para las obras en suelo no urbanizable y urbanizable no programado, art. 16.4 del RD leg. 1/1992.

Es incuestionable que esta exigencia establecida en el art. 37.2 del RD leg. 1/1992 origina que el Registro de la Propiedad, en las palabras de Laso-Martínez, adquiera un papel central en el fortalecimiento de la legalidad urbanística, aunque esta afirmación inicial de su artículo en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1990, (n. 601, noviembre, diciembre), bajo la rúbrica «*La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990*», no la engarze con la obtención de unas consecuencias que deberían de considerarse lógicas, como serían las derivadas de una mayor extensión e intensidad de la función calificadora, lo que no afirma en los apartados siguientes del mismo trabajo doctrinal.

Mayor extensión de la función calificadora como vía de seguridad de las relaciones que acceden al Registro, sin perjuicio de no legitimar la inscripción los actos y contratos que sean nulos con arreglo a derecho, de acuerdo a la legislación hipotecaria, art. 33 de la Ley.

## 2. CONCEPTO DE OBRA NUEVA Y FORMAS DE CONSTATAción DE LA MISMA Y MOMENTO DE INGRESO EN EL REGISTRO

La obra nueva supone la alteración física de un terreno, tanto en el suelo, como en el subsuelo, ya que puede ser que se construya un edi-

ficio sobre lo que antes era un solar, y como tal constaba en el Registro, por lo que se produce una discordancia entre los datos de hecho que figuran en el folio y la realidad, y la declaración de obra nueva será el medio previsto para la concordancia realidad-Registro de la Propiedad.

*Es la declaración de obra nueva, por tanto, un instrumento jurídico para solventar en el Registro de la Propiedad una discordancia so-brenvenida en una finca inscrita.*

Siguiendo a Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, en su obra «Derecho Inmobiliario Registral», (Editorial Bosch, 1984, segunda edición, reimpresión de 1990), podemos indicar que la obra nueva ha de comprender no sólo la edificación, sino también cualquier obra que transforme las circunstancias materiales de la finca.

Y así, también, serán susceptibles de ingreso en el Registro las variaciones del subsuelo de un edificio, como es el caso de los aparcamientos subterráneos o la instalación en el subsuelo de equipamientos comerciales o de ocio, tal y como recientemente ha puesto de relieve en un estudio especialmente dirigido a expresar las posibilidades urbanísticas del subsuelo el catedrático de derecho Administrativo Alejandro Nieto en la Revista Española de Derecho Administrativo, número 66, bajo la rúbrica «El subsuelo urbanístico», y que contempla a efectos de configuración urbanística, incluso de dotaciones de interés público, que tendrán necesariamente que figurar en el Registro, como variación de la realidad física de una finca, las diferentes configuraciones que pueden darse a los aprovechamientos en el subsuelo, a los que cabe atribuir, en supuestos específicos y según la naturaleza de la obra, la calificación de interés general.

La obra nueva puede entrar en el Registro por la constatación de la misma, en los términos del art. 208 de la Ley hipotecaria y 308 del Reglamento, con la prevalencia del art. 37.2 del RD leg. 1/1992, pero el momento de ingreso de la misma permite diferenciar: *a*): obra nueva construida, que ingresa en el Registro cuando la ejecución de la obra está totalmente terminada; *b*): obra nueva en construcción, cuando la obra está ejecutándose; *c*): obra nueva de pisos meramente proyectados, que lleva a la descripción de la obra nueva sobre plano, con los requisitos generales de los demás supuestos, posibilidad que permite la Ley hipotecaria, (artículo 8, pár. 3, núm. 4, pár. 2.º, inciso final), como se señalará posteriormente, que no impide el cumplimiento de los requisitos generales y prevalentes, que derogan cualquier norma sobre la materia, que esté o se encuentre en contradicción, de la legislación contenida en el texto refundido. Y se ha de precisar que el texto refundido es disposición de naturaleza básica, en los preceptos que se concretan en la disposición final única 1.ª, (y 2.ª para los preceptos de aplicación plena —para los que no hay posibilidad de disposición por los órganos autonómicos—), tanto para la legislación general, como para la especial, sin perjuicio de las posibilidades de desarrollo dentro

de sus competencias estatutarias y con título competencial específico por las Comunidades Autónomas o de las competencias de las mismas para legislar sobre aspectos o materias concretas, por lo que una legislación especial subsistente o que se pueda dictar tendría que derogar para el caso concreto los requisitos del texto refundido de forma expresa, para que no se apliquen las exigencias de esta nueva legislación, bien sean requisitos no básicos o los básicos, cuando se deroguen por Ley que dote al posterior precepto de la condición de básico.

Y el art . 37.2 del texto refundido es básico, por la determinación de la disposición final única, 1.º.

En los siguientes apartados se tratarán de las distintas circunstancias y problemas que se plantean.

### 3. LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA Y LA REGULACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

El artículo 208 de la Ley Hipotecaria señala: «Las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble. También podrán inscribirse mediante escritura pública, en la que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado de su importe por el propietario, o en la que éste describa la edificación, acompañando certificado del Arquitecto director de la obra o del Arquitecto municipal».

El desarrollo de esta norma por el art 308 del Reglamento Hipotecario lleva consigo una adecuación concreta del precepto legal sin otras consideraciones o especificaciones, porque se ajusta, suficientemente, al art. 208 de la Ley Hipotecaria, al que únicamente aclara.

Así el art. 308 del Reglamento Hipotecario indica que «Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 208 de la Ley, la inscripción de las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de las fincas urbanas podrá efectuarse: 1.— Mediante su descripción en los títulos referentes al inmueble, por los que se declare, reconozca, transfiera, modifique o grave el dominio y demás derechos reales, o se haga constar solamente la plantación, edificación o mejora; 2.— Mediante escritura pública descriptiva de la obra nueva, en la que el contratista manifieste que ha sido reintegrado del importe de la misma o a la que se acompañe certificado del Arquitecto director de la obra, o del Arquitecto municipal, acreditativo de que la construcción está comenzada o concluida».

El art. 17 del RD 3184/78, de 10.11, sobre viviendas de protección oficial, ya exigía la inscripción de la declaración de obra nueva comenzada y licencia municipal de obras, para que pudiera concederse la calificación definitiva y eso es una cuestión que avanza en la seguridad

jurídica respecto de otras situaciones, que, por otra parte, ha venido a generalizar el texto refundido para todos los supuestos.

La nueva legislación ha establecido unas consecuencias derivadas de unos requisitos en las declaraciones de obra nueva y en las obligaciones de los propietarios para la formalización de las escrituras, que no tienen sanción legal prevista por el legislador en caso de incumplimiento, puesto que las exigencias del art. 37.2 del texto refundido, transcrito anteriormente, si no se cumplen, no originan otra sanción, que, en el primer caso —en las viviendas de protección oficial—, la no calificación y *en todo supuesto la no inscripción momentánea de la obra nueva en el Registro de la Propiedad*, pudiendo obtenerse la inscripción transcurridos los cuatro años, a partir de los cuales ya no es posible la ejecución de medidas del restablecimiento de la legalidad urbanística, por falta de actuación de la Administración, según la disposición transitoria 6.<sup>a</sup> de la Ley 8/90 y art. 185 de la ley del Suelo de 1976, modificado y ampliado el plazo hasta cuatro años por el art. 9 del RD Ley 16/81, *en la actualidad art. 263 y disp. transitoria 5.<sup>a</sup> del texto refundido*. En esta línea se ha pronunciado la Resolución de la Dirección General de los Registros de 4-2-1992, (RA 1524).

Así el art. 9 del RD L 16/81 indica que «El plazo fijado en el art. 185.1 de la Ley del Suelo para la adopción de las medidas de protección de la legalidad urbanística, aplicables a las obras realizadas sin licencia u orden de ejecución será de cuatro años desde la fecha de su total terminación, así como el de la prescripción de las infracciones urbanísticas correspondientes»; y el art. 185.1 de la Ley del Suelo determina que «siempre que no hubiese transcurrido más de cuatro años (por el art. 9 citado del RD Ley 16/81 que amplía el plazo a cuatro años) desde la total terminación de las obras realizadas sin licencia u orden de ejecución o sin ajustarse a las condiciones señaladas en las mismas...». Estas disposiciones derogadas por el Texto refundido se recogen en el art. 263 que establece el plazo de prescripción para las infracciones graves —tanto acciones como omisiones, art. 262— de cuatro años, que se debe completar por la disposición transitoria 5 del RD Leg. 1/1992, en relación con las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, pero referidas las «edificaciones existentes» para las edificaciones situadas en suelos urbanos y urbanizables, lo que da lugar a que parezca que son, o se consideran, imprescriptibles las infracciones en suelo urbanizable no programado, algo que no parece coincidir con la lógica jurídica, desde el momento en que existan terceros de buena fe que hayan entrado en la relación, incluso con el permiso administrativo para su estancia o utilización o el pago de los impuestos de la edificación en actuaciones menores, pero conectadas con el acto de utilización de la edificación. Ciertamente el pago de los impuestos no significa la legalización de lo que es ilegalizable, pero el pago de los impuestos, otras actuaciones menores y el transcurso del tiempo hace y lleva a la creación de una apariencia de buen derecho que no es desvirtuable de modo fácil por la Administración.

Esta inexistencia de sanción, —la que el legislador en su libertad de configuración normativa hubiera podido establecer y con el cumplimiento de los principios de congruencia y proporcionalidad con el fin perseguido, porque no se puede considerar sanción la no inscripción de la escritura de obra nueva caso de no cumplirse los requisitos exigidos por el precepto, ya que los mismos se han de estimar que se desenvuelven como *conditio iuris* de la inscripción—, que habría de imponerse por el incumplimiento, puede dar lugar a unos efectos no queridos, caso de no atenderse con meticulosidad las nuevas variaciones, exigencias y su previsible desarrollo, cuando éste entre en vigor.

Esa falta de configuración normativa del incumplimiento, y sin perjuicio de aquello que, en su día, pueda señalar el desarrollo legislativo o la modificación de la legislación hipotecaria, nos puede llevar a una cierta perplejidad en lo normativamente puesto en vigor, con ciertas dudas sobre su eficacia real.

Y esas dudas de su eficacia real se encuentran en el hecho de no integrarse en el precepto la regulación de las consecuencias de su ineficacia o las consecuencias y efectos del incumplimiento de los requisitos, y hay que preguntarse qué es lo que va a ocurrir por el no cumplimiento del plazo, o qué es lo que va a suceder cuando no se pueda encontrar técnico para que pueda certificar en los términos de la norma, porque haya pasado excesivo tiempo, o existan o se produzcan acontecimientos que den lugar a la imposibilidad de ese cumplimiento o por cualquier otro motivo que impida, de hecho, el cumplimiento de la norma.

Esta es la situación que se crea en una aplicación estricta del precepto que se comenta, tanto para obras en construcción, como para obras ya construidas, dando ello lugar a una situación que puede ser de inicial sorpresa.

Esas mismas consideraciones son referidas a los supuestos de declaración de obra nueva para pisos meramente proyectados, art. 8 párr. 3-4, párrafo 2, inciso final de la Ley Hipotecaria, en cuanto admite en la inscripción del solar o del edificio la descripción —«se harán constar» dice el precepto— de los pisos meramente proyectados, que habrán de poder ser configurados como descripción en obra nueva meramente proyectada, por lo que no debe existir inconveniente para equiparar a los supuestos de obras nuevas en construcción, aunque sí se exige que se hubiera obtenido la licencia, que se tendrá que hacer constar en la escritura, con los demás requisitos expuestos.

Y en este supuesto de pisos meramente proyectados *habrá que justificar —para la inscripción de la obra nueva de los mismos— la obtención de licencia para la ejecución de las obras de edificación, [que actúa como conditio iuris de todo el entramado de la Ley para las declaraciones de obra nueva],* y así de esa forma poder cumplir los requisitos del precepto y formalizar la escritura notarial de obra nueva, con la posterior inscripción.

Esto lleva, indudablemente, a un nuevo supuesto entre la obra nueva construida y la obra nueva en construcción, que es la obra nueva de pisos meramente proyectados, respecto de los cuales se haya conseguido licencia administrativa, que podrá tener acceso al Registro con el cumplimiento de los requisitos previstos para la obra nueva de pisos en construcción.

Por todo lo manifestado, se habría de producir, por la modificación legislativa, la variación de la doctrina de la Dirección General de los Registros, representada por la Resolución de 16 de noviembre de 1981, que señalaba que no correspondía a Notarios, ni a Registradores velar por el cumplimiento de las normas de edificación.

En este momento, con la nueva regulación, los Notarios y Registradores, y sobre todo los Registradores de la Propiedad van a tener la obligación de exigir la licencia administrativa de edificación y la certificación de técnico competente, que habrá de expresar la conformidad al proyecto aprobado de la obra ejecutada o de la obra en construcción o de la obra para la que se obtuvo la licencia, se trate de declaraciones de obra nueva construida, en construcción, o de obra nueva de pisos meramente proyectados.

Y en supuestos de obra nueva en construcción y de obra nueva de pisos meramente proyectados, la certificación habrá de hacer constar que la descripción de la obra en la escritura se ajusta, estrictamente, al proyecto para el que se obtuvo licencia, siendo esa conformidad necesaria porque lo que accede al Registro no es la certificación del técnico de conformidad de la constatación, sino que lo que se registra es el acto que se describe en la escritura y esta descripción tiene que ser certificada por el técnico en cuanto conforme —se ajusta al proyecto, dice el artículo— al proyecto para el que se obtuvo licencia. Lo mismo se exige para la obra nueva construida, pues la escritura ha de recoger la descripción de la obra realizada, y la certificación del técnico es la que acredita el cumplimiento de los requisitos de la Ley, —terminación de la obra y de que ésta se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia, o se ajusta a las modificaciones que se hayan producido del proyecto de ejecución, que han tenido que ser aprobadas por parte de la Administración, todo lo cual se ultima, concreta y finaliza en la licencia de primera ocupación, de acuerdo al art. 21 del Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales y normas concordantes—, por lo que la conformidad técnica de la descripción de la escritura de la obra nueva ha de venir recogida en la propia escritura, a los efectos de la inexistencia de discordancia del documento.

Es consecuencia natural del propio sistema registral español, que, dicen Lacruz-Sancho, en la obra antes citada, página 15, el sistema español es de Registro de documentos; es de inscripción, —pues del documento presentado se extraen los datos esenciales para que quede constancia en el folio de la finca de la operación y de cuantas condiciones de la misma afecten a la titularidad del inmueble—; y es de folio

real, pues los asientos referentes a cada finca se practican consecutivamente en el mismo folio.

Es decir, se incluye una obligación más a los técnicos competentes, cual es la siguiente: están obligados a expedir la certificación del art. 37.2 y, además, en la misma se ha de expresar que la descripción de la obra nueva en la escritura es conforme a proyecto para el que se obtuvo licencia y que la escritura recoge exactamente esa descripción, o que tiene que recoger esa descripción, para salvar la realización por un tercero, el Notario, de la escritura en que figura el certificado del técnico.

Obligación añadida que introduce una mayor concentración de la responsabilidad del técnico competente, puesto que la escritura en la descripción de la obra nueva en construcción o de pisos meramente proyectados ha de ser fiel reflejo del proyecto para el que se obtuvo licencia, conformidad que corresponde acreditar a quien tenga el conocimiento técnico correspondiente.

La incorrección técnica del precepto es evidente y la inseguridad real que de él se deriva es nítida, pues ciertamente establece una serie de requisitos, pero no dota a su cumplimiento de consecuencias favorables, ya que no es favorable la admisión de la inscripción, y al incumplimiento no le atribuye consecuencia alguna o efectos negativos, que se van a crear Jurisprudencialmente por la vía de las resoluciones de la Dirección General de los Registros.

Esa certificación habrá de ser expedida por técnico competente, dice el artículo 37.2 del RD leg. 1/1992, (referencia a técnico competente que hace dos veces el propio precepto), y esa normal autoatribución de competencia entrará dentro de las posibilidades de calificación del Registrador en los términos del art. 18 de la ley hipotecaria cuando dispone «Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad ... la capacidad de los otorgantes», y como dice el art. 99 del Reglamento hipotecario la *calificación registral de documentos administrativos se extenderá en todo caso, «a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado ...».*

Se ha hecho referencia a la capacidad de los otorgantes, y no se trata de confundir la capacidad de los otorgantes para el negocio jurídico de la escritura de obra nueva, —y ello en caso de poder configurarse la obra nueva como un negocio jurídico, de indudable naturaleza unilateral si se le atribuye carácter negocial—, y la capacidad y la competencia de cada parte y de los otorgantes como aptitud para obligarse en el documento notarial de formalización de la obra nueva, documento en que se ha de cumplimentar, cada uno dentro de su capacidad y competencia, aquellos requisitos necesarios y precisos para que el acto documentado notarialmente cumpla todos sus efectos en sí mismo y frente a terceros y en los registros a los que ha de acceder.



Porque, indudablemente, en el supuesto de la expedición de certificación del técnico competente, esa calificación de competencia entra dentro de las exigencias de la perfección del acto o negocio jurídico de declaración de obra nueva, con la consiguiente integración en el ámbito de calificación registral, en cuanto todo ello se derive de los actos que se tratan de hacer ingresar en el Registro.

Y esa competencia del técnico es preciso fijarla y delimitarla, no sólo por su propia afirmación, en cuanto ello origina la efectividad de la inscripción de la obra nueva; y esa competencia necesaria que fija la norma es el instrumento previsto como manifestación del órgano colegial, [el Colegio Profesional es corporación de derecho público, con funciones de poder público y posibilidades de actuar vinculadamente para terceros y por las finalidades previstas por la normativa para su desarrollo y por su importancia social], para plasmar la regularidad de una de las condiciones imprescindibles del acto —la obra nueva— que se pretenda inscribir: consiguientemente es necesario visado.

Y la competencia técnica viene determinada por la norma, la que le dota y atribuye la función de certificante y la que deriva esa posibilidad de su estatuto colegial, por lo que la competencia, en ese supuesto, sólo por la norma o en virtud de una modificación de la misma o por un acto dictado en cumplimiento de las previsiones de la norma puede ser alterada, así F. González Navarro, en la página 668 del Tomo I de su *Derecho Administrativo Español*, (Eunsa 1987). Y esta competencia del técnico, cuyo certificado se incardina en la escritura y su firma se testimonia, ha de ser calificada por el Registrador de la Propiedad, en la forma y con la extensión prevista en el ordenamiento a lo que se ha hecho mención.

Por ello, con estas posibilidades, no parece que pueda admitirse la competencia de cualquier tipo de colegiado para la expedición de esa certificación, sino que habrá de tratarse de colegiado con competencia sobre la edificación y su certificación deberá ser visada, si así se dispone en las normas colegiales, por el colegio profesional respectivo como garante del ejercicio profesional del firmante y de la adecuación de esa certificación con el proyecto que previa o simultáneamente ha tenido que ser visado igualmente por colegio profesional. Es por ello que aunque el visado de lo que se solicita fuera de diferentes colegios tendría el mismo valor y el mismo efecto, porque estaría sujeto a iguales consecuencias jurídicas, la responsabilidad de que lo visado no se ajustara a la legalidad, con la pertinente reacción del órgano urbanístico competente.

Y es por ello que, siendo el visado colegial de un proyecto obligatorio, salvo en obras de la Administración, si el certificado que se exige por el ordenamiento para la inscripción de obra nueva, en cualesquiera de los supuestos, no estuviera visado, se estaría en una flagrante contradicción, que es la siguiente: no concordaría la exigencia del visado colegial del proyecto, con los efectos y finalidades previstas por el or-

denamiento para el mismo, para la obtención de licencia, con la certificación que acredita las exigencias del art. 37.2, cuando ese certificado se ha de hacer sobre un proyecto visado, sobre el que se obtiene una licencia, y que surte sus efectos siempre que tenga el requisito del visado colegial, incluso aunque éste sea negativo, lo que permite la normativa.

De esta forma, aunque con otra finalidad, el procedimiento no diverge, en exceso, del regulado en art. 208 de la ley hipotecaria cuando permite la inscripción mediante escritura pública en que el propietario describa la edificación, «acompañando certificado del arquitecto director de la obra o del arquitecto municipal», lo cual lleva a considerar que es un método o forma, una más y después de las del art. 37.2 del R.D. leg. 1/1992 —pero con sus requisitos—, para cumplimentar el nuevo precepto y los requisitos de inscripción de la obra nueva, aunque siempre en conformidad con ese precepto.

Es decir la regulación de la declaración de obra nueva en la ley Hipotecaria admite el acceso al Registro de la misma por la descripción en los títulos referentes al inmueble, o mediante escritura pública en que el contratista de la obra manifieste estar reintegrado del importe de la obra por el propietario, y otra forma de acceso es que el propietario describa la edificación acompañando certificado, y, por ello, todos estos modos de reflejo de la obra nueva subsisten, pero integrados e interpretados coordinadamente por lo dispuesto en el art. 37.2, como norma con el valor de precepto básico según la disposición final única 1.<sup>a</sup> del texto refundido.

Fórmulas todas ellas que podrán mantenerse, por eso, anteriormente, se ha indicado que la nueva regulación no ha derogado en su totalidad la regulación de la Ley hipotecaria, en cuanto el art. 37.2 del RD leg. 1/1992 se inserta en la estructura del acceso al Registro de la Propiedad de las declaraciones de obra nueva, debiendo cumplirse el mismo, sea cual fuera el medio de inscripción de la obra nueva.

Por otra parte, esta regulación de la legislación hipotecaria convive con la normativa de viviendas de protección oficial, a la que se ha hecho referencia, lo que ha dado lugar a la generalización de la misma, ciertamente con otros fundamentos, con mayores elementos de exigencia y de protección de la legalidad urbanística.

Y en todo caso, tanto en la edificación de viviendas libres, como de viviendas de protección oficial se mantiene la vigencia de la exigibilidad de la licencia de primera ocupación, —y sin perjuicio de la cédula de habitabilidad para las viviendas de protección oficial, que, en este momento, no es preciso tratar a los efectos de distinguir el ámbito de actuación de cada una, y que no obvia, ni suplanta la exigibilidad de la licencia de primera ocupación, que no existe para las ocupaciones segunda y siguientes de las viviendas de protección oficial—, que permite volver a constatar el cumplimiento de la ejecución de la edificación conforme al proyecto y a la licencia concedida, lo cual establece con

carácter general el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales, art. 21, y concretamente art. 21.2-d).

Licencia de primera ocupación de naturaleza municipal y que es absolutamente imprescindible para la ocupación por el propietario, sin perjuicio de que la calificación definitiva en las viviendas de protección oficial juegue como requisito previo de la misma, otorgada esa calificación por los órganos estatales o por los de las Comunidades Autónomas en cada caso competente, cuando tengan transferidas esas competencias; y es por eso que los efectos de la licencia de primera ocupación, en los términos expuestos, se producen en último lugar para la ocupación efectiva, que sólo puede admitirse si ha existido adecuación en la edificación con lo aprobado y se han cumplimentado los demás requisitos exigidos en la licencia, lo que da lugar a que la naturaleza de esta licencia de la exclusiva y excluyente competencia municipal permita la constatación de la adecuación de la ejecución, ello sin perjuicio de no poderse denegar si la infracción que pudiera detectarse de orden urbanístico hubiera prescrito.

Lógicamente los preceptos hipotecarios surten sus efectos, con carácter general, modificados por el artículo 37.2 del texto refundido, [norma básica, con posibilidades de desarrollo en el aspecto de ejecución, no de suplantación, por la legislación, en el marco de las competencias, de las Comunidades Autónomas], para todo el territorio nacional, teniendo que observar que cualquier regulación de las Comunidades Autónomas que sea anterior e incompatible radicalmente ha de considerarse derogada por razón del principio de competencia normativa.

Como peculiaridad autonómica, la Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias 7/1990, de 14 de mayo, (BOE de 16-6-1990), sobre disciplina urbanística y territorial, en los artículos 14 y 15 regula esta materia, con una aparente mayor exigencia.

Y así el Notario autorizante de escrituras de declaración de obra nueva «exigirá documento acreditativo de la obtención de licencia», pero si éste no existe «El Notario hará las advertencias pertinentes acerca de la responsabilidad», (art. 14, primer párrafo), es decir que podrá otorgar la escritura de declaración de obra nueva, pero con advertencias de responsabilidades de toda índole en que pueda incurrir el otorgante, así como de la imposibilidad de practicar la inscripción en el Registro.

Se ha indicado que la regulación era aparentemente estricta, porque si cierto es que se indica, art. 14.1, que sin licencia, aunque se otorgue la escritura, no se podrá inscribir la obra nueva en el Registro de la Propiedad, esta rigidez se suaviza en el art. 15, en su párrafo 2, cuando se admite el acceso al Registro de la Propiedad siempre que se practique, simultáneamente y de oficio, nota al margen, con los efectos de publicidad del artículo 17 de la misma Ley, expresiva de la situación urbanística de la finca, de los efectos de la falta de licencia y de las

sanciones a que haya lugar si la irregularidad urbanística infringe las disposiciones legales aplicables.

Esta nota sólo podrá cancelarse por la presentación en el Registro de la Propiedad de la licencia urbanística o por su caducidad, cuidando el Registrador, al actuar de oficio, de que el plazo de cuatro años se cumpla para esa caducidad.

Plazo de cuatro años que ha de computarse desde la terminación de la obra, —obra que ha de estar totalmente terminada, en cuanto ello sirve para fijar el tiempo en que han finalizado la conducta o conductas susceptibles de sanción por infracción urbanística—, tal y como viene recogido en el art. 263 del RD leg. 1/1992, antes art. 185 de la Ley del Suelo, 31 del Reglamento de Disciplina Urbanística y RDL 16/1981 —éste decreto ley derogado por el texto refundido—, cuando amplía, en la actualidad se establece taxativamente el plazo de esos cuatro años como tiempo necesario para que una infracción se encuentre prescrita, prescripción que ha de computarse desde esa terminación total de la obra, —finalización de la actividad o realización del último acto con el que la infracción se consume, art. 263.3 del RD leg. 1/1992— para que puedan comenzar a surtir efectos las consecuencias del obrar en contra de lo prevenido urbanísticamente y ello sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar por haber dejado pasar el tiempo y posibilitar, por lo menos en teoría, la adquisición de facultades *fuera y en contra* de la norma del Plan o de la legislación.

Posibilidad que de hecho puede abrirse a pesar de la inflexible redacción del art. 23.2 del RD leg. 1/1992, antes era la misma declaración en la disposición adicional 4.<sup>a</sup> de la Ley 8/90, cuando dice «En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta Ley o en la legislación o planeamiento urbanístico aplicables», lo que lleva a expresar que si no se adquieren por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de la ley, de la legislación aplicable o del planeamiento, con menos posibilidades se podrán adquirir facultades por medio de la comisión de una infracción urbanística, aunque de hecho la comisión de la infracción y el paso del tiempo sin reaccionar legalmente por la Administración actuante puede generar la consolidación del derecho, aunque ello lleva a una valoración específica de ese derecho derivado de una infracción urbanística no corregida, en la que es imposible realizar actividad administrativa, sin que eso implique, necesariamente, lo que la Ley denomina patrimonialización del derecho, y ello es parciamente cierto, en cuanto el valor del derecho del titular para los supuestos de expropiación o venta forzosa se realizará con arreglo a los grados de adquisición de facultades del art. 11 de la Ley 8/90, en la actualidad 23, no obstante el derecho a obtener licencia, siempre que no se haya agotado el plazo, art. 23 y 38.2 del RD leg. 1/1992, y disposición transitoria 5.<sup>a</sup> del texto refundido para los supuestos de edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990 «respecto de las

que ya no proceda actuar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular», por lo que en algunos supuestos y por el juego combinado de los preceptos la incorporación al patrimonio del titular, su patrimonialización, aun parcial, se produce, lo cual se ha de considerar ajustado porque es un mínimo reconocimiento del derecho de propiedad urbana, respecto del cual se ha expresado que con esta Ley se vacía en su contenido, con infracción, por lo menos aparente, de la Constitución.

Y es todo ello una responsabilidad del Registrador, por la vía indicada de su actuación de oficio en la Legislación canaria o por la vía de la calificación de los documentos en el resto del derecho estatal. Y dejando a salvo, aunque como norma de cierre, la regulación de no incorporación al patrimonio del titular de la edificación si no se ha llevado a cabo la ejecución con licencia acorde con la legislación y el planeamiento y con las matizaciones expuestas.

En todo caso la dicción legal, tanto en la Ley Hipotecaria, como en el art. 37.2 del texto refundido, exige que la declaración contenga la descripción de la obra nueva, así como que expresamente se solicite al Registrador la constatación en el Registro de la misma y, por supuesto, la declaración de obra nueva exige la previa inscripción de la propiedad de la finca a nombre del declarante, aunque no sea éste sino un anterior propietario de la finca, quien dió lugar a la nueva obra. Y Chico y Ortíz, en la página 566 de su obra «Estudios sobre Derecho Hipotecario», Vol. 1, indica que el art. 20 de la Ley Hipotecaria no es obstáculo para la inscripción de la obra nueva no registrada por los titulares anteriores.

#### 4. LA LEY 8/90 Y LA NORMATIVA ANTERIOR

Es la Ley 8/90, y se consolida con el texto refundido que deroga la Ley, la que introduce y generaliza con un cierto carácter abierto, pero rígido, la exigencia de licencia para formalizar notarialmente las declaraciones de obra nueva y el certificado de técnico competente de conformidad del proyecto y de las obras —de la descripción de las obras— a la licencia otorgada, convirtiendo en regla general, las normas, antes expuestas, de las viviendas de protección oficial y no derogando la normativa hipotecaria del art. 208 de la Ley Hipotecaria, pero interviniendo en la misma con el conjunto de requisitos del art. 25.2 de la Ley 8/90, tanto para obras en construcción, como obras construidas o como obra nueva de pisos meramente proyectados.

La referencia que a la misma se hace es para observar su regulación, como texto innovador, y como parámetro del texto refundidor.

A todos los municipios se aplican las disposiciones específicas contenidas en la Ley sobre adquisición gradual de facultades urbanís-

ticas. El art. 25.2 es, además, una norma procedimental para hacer constar que la obra nueva está sujeta y ha de ser «conforme al proyecto aprobado», para las obras nuevas construidas, y de que la obra nueva «se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia» para las obras nuevas en construcción y para la obra nueva de pisos meramente proyectados, no existiendo inconveniente, ni objeción esa aplicación general, porque entran dentro de la configuración del contenido de la propiedad esas exigencias de constatación de la conformidad de la obra nueva realizada o que se va a realizar como adquisición gradual de las facultades de contenido urbanístico y, por consiguiente, su aplicación a todos los Municipios de acuerdo a la disposición adicional 1-3.º de la Ley 8/90 no ofrece duda de género alguno, junto al hecho de su carácter básico, disposición final 1.ª. 1 de la Ley 8/90, con la aplicabilidad a todo el territorio nacional por esa naturaleza.

Por ese carácter básico y de directriz del precepto, toda la normativa anterior ha de ser interpretada conforme al art. 25.2 para, de esta manera, integrar en los términos expuestos lo que antes era sólo una exigencia en contados casos y con ampliación de las posibilidades y de las obligaciones del Registrador, a cuyo registro trata de acceder la declaración. Y no debería entenderse que no exista la obligación del Registrador de vigilar la legalidad administrativa, que tiene la misma naturaleza que la legalidad de derecho privado o la que rige para las relaciones entre particulares, por vía de la calificación y conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 99 del Reglamento Hipotecario, y en esa línea de acrecentar la facultad calificadora del Registrador de documentos administrativos se encuentra la resolución de la Dirección General de los Registros de 26 de abril de 1988 (RA 3.365), que no es necesario tratar, y ello desde la perspectiva de que el acceso al Registro de los documentos administrativos se ha de producir después del cumplimiento de los trámites y procedimientos que establece la legislación, como salvaguardia de la objetividad del derecho y de los intereses públicos. En esta misma línea, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21-12-1990, (RA 10494), que mantiene la nota del Registrador contraria a la inscripción de una venta realizada por el Ayuntamiento de Albuquerque sin cumplir los requisitos del procedimiento, —existiendo total omisión de los requisitos legales para la enajenación de bienes de propios de un Ayuntamiento—, aunque se haya producido un dictamen del Consejo de Estado contrario a la declaración de nulidad de pleno derecho del acuerdo de enajenación, y se mantiene la nota del Registrador «en cuanto no existe un pronunciamiento jurisdiccional firme estimatorio de esa validez o el cumplimiento de los requisitos hoy exigidos para la enajenación vincularia al Registrador y determinaría la extensión de los asientos pretendidos», por lo que es claro que la fuerza calificadora y la extensión de la función llegan a esos extremos del procedimiento administrativo para acceder al registro de los documentos, en que se contienen los actos administrativos susceptibles de inscripción.

Se ha indicado el carácter rígido del artículo 25.2 en cuanto que el acceso al Registro de la Propiedad de las escrituras de declaración de obra nueva bien sea de obra construida, de obra en construcción o de pisos meramente proyectados, debe de cumplir los requisitos de testimoniar la preceptiva licencia de edificación, de incorporar igualmente testimonio de certificado de finalización de obra conforme a proyecto aprobado, cuando se trate de obras construidas, pues si se trata de obras en construcción en la escritura de declaración de obra nueva se ha de testimoniar el certificado del técnico en que se acredite que la descripción de la obra nueva, sea obra en construcción o pisos meramente proyectados, se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia, debiendo, además, en el plazo de tres meses de la terminación hacer constar en el Registro el acta notarial, que habrá de incorporar la certificación de la finalización de la obra, aunque el incumplimiento de este último requisito no tenga efectos sancionadores, sin perjuicio de los que se indicarán, pero sí se ha de considerar que condiciona la efectividad de la inscripción; este carácter de norma rígida tiene su razón de ser por el hecho de que la licencia que acredita la autorización, ¿quizá concesión por la conversión que hace en esta figura administrativa la Ley 8/90 de la licencia y así se concreta en el texto refundido, [tal y como ha puesto de relieve González Pérez en su obra «El nuevo régimen de las licencias de urbanismo», Publicaciones Abella, 1991, prólogo, p. 49; y sin ningún tipo de titubeo atribuye a la licencia de edificación la naturaleza de concesión de obra González Navarro, en su reseña bibliográfica, REDA n. 70, pp. 297 y ss., de la 2.<sup>a</sup> Edición del libro de González Pérez sobre Comentarios a la Ley de Reforma del régimen urbanístico y valoraciones del Suelo, aunque Tomás Ramón Fernández señala, en la última edición de su Manual de Derecho Urbanístico, que a pesar del art. 33.1 del RD leg. 1/1992, —que indica «el otorgamiento de la licencia determinará la adquisición...»—, la licencia sigue un acto autorizatorio de un derecho preexistente, que ha de ser otorgado de modo reglado, cuando se cumplan las previsiones legales que son las que abren y articulan la realidad del derecho previo]?, ha de ser calificada por el Registrador de la Propiedad en cuanto que la inscripción en el Registro de la declaración de obra nueva va a surtir los efectos de seguridad y confianza frente a terceros, aunque ello no implique que se incorpore en todos los casos la edificación al patrimonio del propietario del terreno, en el lado positivo el artículo 25.1 y en la perspectiva de protección de la ordenación urbanística el art. 27.1 de la Ley 8/90 y normas concordantes del texto refundido vigente.

Y ello sin perjuicio de la distinta configuración normativa de los supuestos de edificación realizada sin licencia o sin ajustarse a sus condiciones e incompatible con el planeamiento, (art. 26), y la edificación realizada al amparo de una licencia posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable, (art. 27), que son normas que, para el supuesto que se contempla, determinan que si

la obra nueva que se inscribe se está realizando conforme a licencia —aunque ésta sea después declarada ilegal—, o se ejecuta sin ajustarse a las condiciones de la licencia y es incompatible con el planeamiento la inscripción será posible, surtiría efectos, pues normalmente se habrá llevado a cabo la inscripción de obra en construcción, pero la aplicación del art. 26, para el caso de ejecución sin ajustarse a licencia e incompatible con el planeamiento vigente —dos requisitos que se han de cumplir simultáneamente—, o del art. 27 construcción conforme a licencia declarada ilegal, va a dispersar sus efectos, porque en el supuesto del art. 26 la obra es demolida, salvo que no hayan transcurrido los plazos del art. 18 y 19, en cuyo caso el interesado podrá ajustar las obras a la licencia concedida, y si ha transcurrido el plazo de adquisición del derecho a edificar, el valor de expropiación o venta forzosa tiene el límite del 50 por ciento del aprovechamiento urbanístico susceptible de incorporación al patrimonio, [por lo que se observa que el primer párrafo se va relativizando en la orden de demolición, por los párrafos 2 y 3 del mismo art. 26], y si la edificación se ha ejecutado conforme a licencia posteriormente declarada ilegal, la edificación no queda incorporada al patrimonio del particular, (art. 27.1), pero el valor para la expropiación o para la venta forzosa será el correspondiente al grado de adquisición de facultades urbanísticas, lo que procede si el titular-propietario no hubiera adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico, porque si lo ha adquirido tiene derecho a obtener nueva licencia en el plazo que señale el ordenamiento, que no podrá exceder de un año, párrafo 3 del mismo art. 27 de la Ley 8/90.

Es decir la inscripción de obra nueva, cuando se den los supuestos contemplados en los artículos 26 y 27, sigue siendo eficaz siempre que no se esté en la sanción límite de la demolición o de venta forzosa o de la expropiación, y en estos dos últimos casos, la declaración de obra nueva sigue surtiendo efectos, salvo que se permita una reordenación de la edificación con licencia urbanística, que podría entrar en la misma vía de inseguridad, por qué no, por la nunca cerrada posibilidad del recurso contra la licencia que viene a sustituir la ilegalidad anterior que así se ha declarado. Ello dota de inseguridad las exigencias del art. 25.2 de la Ley 8/90 y crea un plus de responsabilidad al técnico competente y al visado colegial, a sus efectos, o/y al control de la Administración de la legalidad urbanística.

Por ello a pesar de las exigencias de la nueva legislación, aunque la declaración de obra nueva esté inscrita en el Registro de la Propiedad, y si no se puede articular medida alguna que implique el restablecimiento de la legalidad urbanística del edificio que implique demolición —no en otro caso de infracción urbanística, en que la sanción fuera la de multa—, la ley 8/90 admite la incorporación al patrimonio de su titular de estas edificaciones en esos supuestos de hecho, pero no las edificaciones que se encuentren en un régimen diferente (disposición transitoria sexta), por lo que poca o ninguna garantía ha existido



para el tercero, aunque se hayan cumplido todos los requisitos del art. 25.2.

Como se observará posteriormente la Ley 8/90 no tiene efectos retroactivos para la declaración de obra nueva, desde el momento en que la vigencia de la Ley se produce en los términos del Código civil, y por vía de corrección de errores se ha derogado o suprimido —suprimido se habría de decir, porque una rectificación de errores no deroga nada, sino que hace desaparecer algo que no debió jamás ver la luz en el Boletín Oficial del Estado— la disposición que establecía el efecto retroactivo parcial del conjunto de requisitos que determina el art. 25.2 para las obras nuevas construidas, las obras nuevas en construcción y las obras de pisos meramente proyectados, para los que se hubiera obtenido la correspondiente licencia administrativa. En esta línea se pronuncia la RDGR y del N. de 4-2-1992, (RA 1524), haciendo aplicable el art. 25.2 de la Ley 8/1990, (en la actualidad sería el artículo 37.2 del texto refundido), a las declaraciones de obra nueva realizadas anteriormente pero que se protocolizan notarialmente después de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, (disp. transitoria 5.<sup>a</sup> del texto refundido), porque su entrada en registro no sería por la vía del art. 25.2, (art. 37.2), sino por la vía de la disposición transitoria 6.<sup>a</sup>, (en la actualidad dis., trans. 5.<sup>a</sup> del texto refundido), fundamento jurídico tercero; se establecen otras interesantes cuestiones y peculiaridades en la resolución, que no es posible comentar.

Por otra parte se ha de expresar la vigencia coordinada de los preceptos de la legislación hipotecaria con los de la Ley de 25 de julio de 1990, en la actualidad texto refundido, sin perjuicio de la lógica primacía de la nueva regulación, por los propios fines de la Ley en que se encuentra y por la distinta naturaleza de los motivos de cada norma y por el principio de *lex posterior derogat anterior*, si se dispone expresamente o cuando la nueva ley y la antigua versen sobre la misma materia y sean incompatibles.

## 5. LOS EFECTOS REGISTRALES DEL CERTIFICADO DEL TÉCNICO COMPETENTE

Este epígrafe tiene su fundamento en el hecho, que se considera necesario poner de manifiesto, de la exigencia y efectos del certificado del técnico para la formalización de la escritura de declaración de obra nueva y su inscripción en el Registro de la Propiedad, puesto que si ese certificado del técnico fuera garantía de que no podía abrirse expediente de infracción urbanística, se solucionaría un problema incontestable que se presenta, cual es el siguiente: expedido el certificado de finalización de obra conforme al proyecto aprobado, para las obras construidas, expedido el certificado de que la obra nueva en construcción se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia, sea en supuestos

de obra nueva en construcción o de pisos meramente proyectados, la apertura de un procedimiento de disciplina urbanística va a dar lugar, con la anotación preventiva del expediente en el Registro de la Propiedad, posibilidad que permite el art. 307.3 y 309.2 del texto refundido, antes era la disposición adicional 10.<sup>a</sup> 1.<sup>a</sup> -3 de la Ley 8/90, a que la seguridad jurídica quede en entredicho e incluso, a la finalización del expediente, una obra que se describía conforme al proyecto aprobado y se ha realizado y ejecutado sin seguir la licencia o incumpliendo la misma, si el informe es positivo en cuanto al cumplimiento de la legalidad y conformidad con el planeamiento urbanístico, las consecuencias para el certificante van a ser las de ser titular pasivo de la exigencia de responsabilidad extracontractual y administrativa, por los daños y perjuicios ocasionados, porque dice el art. 40.1, antes 27.1, norma básica de la L. 8/90, y en el texto refundido, que «La edificación realizada al amparo de una licencia posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno. La resolución administrativa o judicial que contenga dicha declaración se notificará al Registro de la Propiedad para su debida constancia», y eso ha de llevar y dar lugar a que sean responsables, en los términos de la normativa vigente en materia de disciplina urbanística, tanto el empresario, como el director de las obras, como el promotor, art. 57.1 del RD 2187/78. Supuestos de inseguridad y de responsabilidad que se abren para los intervinientes en una obra que no deben olvidarse, porque pueden no soslayarse cuando se planteen.

Se ha de expresar la importancia de una correcta y cuidada redacción de las pertinentes certificaciones de técnico competente, que van a producir unas consecuencias frente a terceros, que compran confiados en que el técnico ha firmado, certificadamente, que la obra es conforme al proyecto aprobado, (obras construidas), o de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia, (obras en construcción o pisos meramente proyectados).

No se confunde, en modo alguno, esta certificación con una constatación de que la obra se ha ejecutado conforme a la licencia, es cierta la diferencia, pero la presunción de confianza en la apariencia da lugar a que se deba mantener la confianza inicial de esa certificación por ser la apariencia la que mantiene la confianza del tráfico jurídico de neto contenido económico. Y esa apariencia derivada del certificado del técnico, que por otra parte será la que se muestre normalmente como adecuación legal de la obra o piso a la licencia aprobada para el proyecto de edificación presentado, que se pretende vender, es la que debe llevar a la categorización estricta y rígida de la exigencia de certificado en los términos del art. 37.2 del texto refundido.

Y eso sin perjuicio de los efectos de la licencia de primera ocupación, que es regulada por el Reglamento de Servicios de Corporaciones Locales, o la cédula para las viviendas de protección oficial,

momentos administrativos, que sirven para observar la conformidad de lo ejecutado con la licencia de obras.

Así se ha de señalar que el certificado, cuya firma se ha de testimoniar en la escritura notarial de declaración de obra nueva, ha de ser visado, y frente a las opiniones doctrinales expuestas, como la de Laso Martínez, en su artículo «La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de reforma del Régimen urbanístico y de valoraciones del suelo de 25 de julio de 1990», se considera que ha de ser expedido por técnico competente para la edificación de que se trate, lo cual estará sujeto a las reglas competenciales de cada Colegio Profesional, puesto que este problema, planteado con toda crudeza en la obtención de licencias ante los Ayuntamientos por titulares con proyectos redactados por arquitectos técnicos en virtud de la Ley 12/1986, de 1 de abril, ha dado lugar a que el Tribunal Supremo haya señalado en sentencias de 27-12-1989, (RA 9225), 10-1-1990, (RA 158), 6-2-1990, (RA 953), 1-9-1990, (RA 7074), 3-10-1990, (RA 7839), 10-10-1990, (RA 8125), que el visado constata la identidad profesional, su pertenencia al Colegio y la vigencia del ejercicio de la profesión, así como la ausencia de incompatibilidad, por lo que tiene para el Tribunal Supremo el visado, por tanto, una función controladora y de fehaciencia sólo de tales extremos, aunque ello va en contra, o así parece, de lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento de disciplina urbanística, Real Decreto 2187/78, que establece que «si los colegios profesionales tuviesen encomendado el visado de los proyectos técnicos precisos para la obtención de licencia, denegarán dicho visado si se contiene infracción grave y manifiesta de normas relativas a, uso de suelo, altura, volumen y situación de las edificaciones y ocupación», que se contempla ya con el grado de ley formal en el art. 242.7 del texto refundido, por lo que se observa que tienen los colegios profesionales una función que va más allá de lo que expone el Alto Tribunal, y a pesar de lo dispuesto legalmente, el Tribunal Supremo señala lo manifestado, dejando o derivando a los Ayuntamientos el control de que el proyecto esté redactado por técnico competente, —y ello es distinto y diferente a la competencia para la Administración de interpretar la normativa urbanística, art. 45 del reglamento de disciplina urbanística, que permite llegar a la concesión de licencia por la Administración a un proyecto cuyo visado se haya negado por incumplimiento de las normas si se considera adecuado y ajustado al ordenamiento, art. 50 del RD 2187/78—, lo que puede dar lugar, con la doctrina expuesta para un caso similar, a que esa función sea también obligación de calificar por el Registrador, cuando inscriba escrituras de obra nueva.

Es decir el visado colegial no sólo tiene el fin limitado que indica el Tribunal Supremo para supuestos de lucha competencial entre colegios, sino que urbanísticamente ese visado tiene una función controladora en primera instancia, en virtud de las funciones cuasi públicas de los Colegios Profesionales, que para eso normativamente tienen la consideración de Corporaciones de Derecho Público. Y es consecuen-

cia derivada de esta doctrina que cuando se presente el mismo supuesto ante la inscripción de obras nuevas en los Registros de la Propiedad, la facultad de calificación, aunque no se tenga por qué extender a este aspecto, puede ser una consecuencia obligada de la postura jurisprudencial en la consideración del visado colegial.

Junto a ello se ha de tener en cuenta que la calificación registral se extiende en todo caso, en los documentos administrativos, a la competencia del órgano y, evidentemente, órgano es el técnico competente que certifica la finalización de la obra conforme a proyecto en obra nueva construida, o si se trata de obra en construcción o pisos meramente proyectados, certifica que la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo licencia y no puede desecharse la calificación registral de esa competencia del técnico que se considera ha de ser visada por colegio profesional, así José S. Martín Blanco en «Estudios sobre la ley 8/1990 de reforma del regimen urbanístico», (Editorial Colex, 1991), y Chico y Ortíz en su artículo «La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad», (Boletín 2/91 del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid).

## 6. POSIBILIDADES DE ACREDITACIÓN POR OTROS MEDIOS

El técnico competente que exige el art. 37.2 del texto refundido, se considera que ha de ser técnico profesionalmente capacitado, cuya certificación ha de ser visada por el colegio, pero en los supuestos en que ello no sea posible, por ejemplo no se pueda obtener un duplicado del certificado final de obra cuando se trate de obras ejecutadas hace mucho tiempo o en cualquier otra circunstancia que se presente en la práctica, la expresión «competente» ha de venir referida a quien tenga la habilidad o conocimiento suficiente para expedir la certificación de que trata el precepto.

Si el supuesto que se presentare fuera la imposibilidad material de que un técnico competente expida el certificado, habría que considerar la antigüedad de las obras, ya que en el caso de que éstas se hubieran terminado hace más de cuatro años y la declaración de obra nueva se pretenda formalizar e inscribir después de la vigencia de la Ley, [y sin perjuicio de que Martín Blanco en la obra antes mencionada considere que no es aplicable el art. 25.2], una interpretación sistemática de la Ley y conforme a sus antecedentes nos permitiría llegar a la conclusión de que el técnico competente y su certificado pudiera suplirse por una constatación notarial de la existencia de la obra y de la no promoción de expediente de infracción urbanística contra la edificación, en esa línea disposición transitoria sexta de la Ley 8/90.

Igualmente se podrá realizar la sustitución del requisito por la admisibilidad de hecho por la Administración de ese edificio para el fin para el que se construyó, como, por ejemplo, por la obtención por el ti-

tular de licencia de primera ocupación municipal, o por la obtención de cualquier otro requisito municipal que suponga o implique un reconocimiento de la construcción y de la utilización para el fin, como por ejemplo la domiciliación de impuestos municipales, el empadronamiento en el lugar, lo cual reconoce el hecho de que una persona vive en un domicilio y no en otro, lo que conlleva la utilización y uso del edificio para la vivienda o para la explotación que se esté o pueda estar desarrollando.

Se ha de considerar ajustada la opinión de Martín Blanco, (p. 107, del trabajo citado), que indica que «el artículo 25 carece de efectos retroactivos y las exigencias establecidas en su número 2 solamente serán aplicables a las obras comenzadas o terminadas a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley. A esta conclusión conduce la interpretación de la derogación [por vía de corrección de errores] posterior de la disposición transitoria octava. Esta significaba la retroactividad del art. 25.2 hasta un período de cuatro años antes de la entrada en vigor de la Ley y sometía las declaraciones de obra nueva finalizada durante esos cuatro años a aquel precepto, pero no las terminadas antes de dicho período. Derogada de forma tan peculiar, aunque sea habitual en la técnica legislativa, tal norma de transitoriedad desaparece la retroactividad temporal de la norma del art. 25.2 que solamente regirá para el futuro a partir de los veinte días siguientes al de la publicación de la Ley. [Aquí a Martín Blanco se le olvida señalar que los veinte días no se podrán comenzar a contar desde el día de la publicación de la Ley, sino desde el día de la publicación de la corrección de errores, según Villar Palasí en «Derecho Administrativo, Introducción y Teoría de las normas, 1972», TI, porque además conforme al art. 2.1 del C. civil las normas entrarán en vigor a los 20 días de su *completa publicación* en el Boletín Oficial del Estado y no tendrá lugar la completa publicación sino después de la última rectificación de errores que se haya producido de la Ley 8/1990, que, en principio, de las conocidas es la de 19 de diciembre de 1990, BOE n. 303]. Esta es la interpretación resultante de la aplicación del número 3 del artículo 2 del Código civil con arreglo al cual las Leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieron lo contrario. Y en este caso no sólo es que la Ley haya guardado silencio al respecto —lo que sería suficiente— sino que, además, ha expresado que no es retroactiva al suprimir —por vía de corrección de erratas— la Disposición Transitoria que establecía la retroactividad temporal o limitada».

Es consecuente esta postura de no retroactividad de la Ley por el propio sistema de la legislación de reforma, que configura con más fuerza normativa aspectos que, por el momento, no entraban en la configuración normal del tráfico jurídico, por lo que la no retroactividad de la Ley favorece la confianza en situaciones nacidas antes de su vigencia y dota de seguridad jurídica a las relaciones entre partes. Es por ello que la seguridad del tráfico, que es la seguridad del obrar jurídico y el mantenimiento de las consecuencias y efectos de ese obrar entre

las personas que se relacionan, se deba mantener o no pueda quedar desvirtuada, incluso en posiciones más favorables para las partes, salvo pleno acuerdo entre ellas, —pero ello generaría o se conformaría como una novación de obligaciones—, cuando se produce un cambio legislativo y se trata de que el mismo produzca sus efectos más allá de su propia finalidad. Porque si el ordenamiento no puede estar petrificado, como reiteradamente ha recordado el Tribunal Constitucional, las relaciones derivadas del tráfico, —con la consiguiente adquisición de derechos o con la esperanza de conseguir derechos, que en el momento se configuran o pueden configurar como meras expectativas o que pueden ser, incluso, derechos en formación—, y el mantenimiento de las consecuencias del obrar jurídico debe llevar a que la retroactividad de las normas modificadoras tengan que respetar esas relaciones, aunque las puedan variar parcialmente, porque si existe una modificación radical, debe existir una contrapartida indemnizatoria.

Pero, ciertamente, ello puede considerarse que choca con la adquisición gradual y sucesiva de las facultades del contenido de la propiedad inmobiliaria, art. 23 del texto refundido, anteriormente arts. 9 y 11 de la Ley 8/90, y con la configuración de vacío de contenido de la propiedad inmobiliaria que ha puesto de relieve Chico y Ortíz en su artículo citado en el Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

## 7. LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN CONSTRUCCIÓN Y LA CONFORMIDAD DE LA CONSTRUCCIÓN CON LA LICENCIA EN EDIFICIO TERMINADO Y SUS EFECTOS REGISTRALES Y LA APLICABILIDAD DE LA EXIGENCIA DE FORMA GENERALIZADA EN TODOS LOS MUNICIPIOS

González Pérez en su obra «Nuevo régimen de las licencias de urbanismo», (publicaciones Abella, 1991, pp. 342 y 343), manifiesta que la función calificadora del Registrador le ha de llevar a verificar si la licencia de la que se presenta testimonio notarial corresponde a la obra cuya declaración se pretende inscribir, pero ello no ha de implicar que la función calificadora se extienda o tenga que extender a la conformidad de la construcción con la licencia concedida, que es una competencia del técnico que expide la certificación. Si bien la función registral sí se ha de extender a calificar la licencia como acto administrativo conforme al art. 18 de la Ley Hipotecaria y 99 del Reglamento, aunque los actos o contratos que sean nulos con arreglo al planeamiento urbanístico no son convalidables por la inscripción, art. 33 de la Hipotecaria, y como dice la Disposición adicional cuarta de la Ley 8/90, en la actualidad art. 23.2 del texto refundido «En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en esta Ley o en la legislación o planea-

miento urbanístico aplicables», lo que recoge la tradición de toda la normativa anterior, mantenida en vigor en cuanto no contradiga la nueva regulación.

Se ha de precisar que la conformidad de la obra con el proyecto para el que se obtuvo la licencia no es una cuestión de la calificación porque, normalmente, el documento notarial en que se encuentren testimoniados los documentos administrativos para la declaración de la obra nueva no permitirá más que apreciar las formalidades extrínsecas y los trámites y elementos esenciales del procedimiento por lo que la función calificadora conforme al art. 99 del Reglamento Hipotecario se extenderá únicamente a esos aspectos.

Pero la constatación fehaciente de conformidad de la obra con el proyecto para el que se obtuvo licencia llevará, únicamente, a que la calificación se realice por vía de los documentos que se presenten al Registro y no por una labor del Registrador fuera de los documentos que se le aporten, pero esos documentos han de ser en su integridad y todos los que exija en cada momento la legislación para hacer plena la labor calificadora.

La aplicabilidad general de la nueva exigencia establecida por el art. 37.2 del texto refundido ha tenido ya pronunciamientos de la Dirección General de los Registros y del Notariado), en resoluciones de 6-9-1991, (RA 6231) y 4-2-1992, (RA 1524).

La Resolución de 6-9-1991 confirma la nota del Registrador de la Propiedad de la Bisbal, que suspende la inscripción solicitada, por defecto subsanable de no acreditarse el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y no acreditarse la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de obra con arreglo al proyecto aprobado según lo exige el art. 25.2 de la Ley 8/1990.

La confirmación de la nota se realiza por la Dirección General en base a que la exigencia de la nueva normativa se ha de hacer en todo caso, e indica, (Fundamento 2.º), que la «obtención de los documentos (los del art. 25.2 de la Ley 8/1990) ... ha de ser exigida siempre y cualquiera que sea el número de habitantes del municipio, pues así resulta de la disposición adicional final primera números 1 y 3, en relación con la disposición adicional primera número 1, que dispone ésta última que tendrán el carácter de legislación básica entre otros los artículos 11 y 25 de la Ley y que son aplicables según la primera disposición citada al ser disposiciones específicas sobre adquisición gradual de facultades urbanísticas, tanto el derecho a construir un edificio, como el derecho a la edificación...».

Se observa el esfuerzo de razonamiento de la Dirección General a los efectos de no dar otra posibilidad para la aplicación directa de la legislación sobre la materia, poniendo en base de la misma a los intervinientes que por su función pública han de colaborar «en el control del planeamiento y acción de las Administraciones Públicas para evitar

la existencia de edificaciones ilegales, que incluso pueden llevar al nacimiento de núcleos de población contrarios al orden urbanístico establecido».

Con mayor rigor, la Resolución de 4-2-1992 confirma la nota del registrador que había rechazado la inscripción de escritura de obra nueva de 20-9-1990, que declaran los otorgantes que existe en la parcela de su propiedad, y rechaza también el Registrador la división horizontal que los otorgantes realizan.

La Dirección General por no acreditar el otorgamiento de licencia de edificación, que no se acompañaba en la escritura, ni certificado de terminación de la obra conforme al proyecto para el que se obtuvo licencia niega la inscripción, con confirmación de la nota del registrador, por aplicación del art. 25.2 en su sentido finalista, y porque cuando se trata de obras nuevas concluidas bajo la legislación anterior, no es aplicable el art. 25, sino la disposición transitoria 6.ª, debiendo el interesado otorgante aportar certificado de que existía la edificación y que no son procedentes medidas de restablecimiento de la legalidad, por lo que, al no justificarse estos requisitos que exige la Dirección General desde «su» interpretación de la disposición transitoria 6.ª de la Ley 8/1990, en la actualidad disposición transitoria 5.ª del texto refundido, la escritura no se puede inscribir en relación a la obra nueva y por consecuencia no es inscribible la división horizontal.

La configuración del art. 37.2 dentro del derecho a la edificación, sec. 6.ª del cap. 3.º del texto refundido sobre «Régimen del suelo urbano y urbanizable», su carácter básico, y la estructuración de los derechos de contenido urbanístico de forma gradual y sucesiva, y la fuerte intervención administrativa o pública en ese control lleva a que el art. 37.2 sea aplicable a todos los municipios, a lo que no se opone la disposición adicional 1.ª del texto refundido.

Y, además, si el derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme a la ordenación urbanística, (art. 37.1 del texto refundido), la exigencia del art. 37.2 en todo su contenido cobra «toda» su fuerza y el incumplimiento del art. 37.2 hace al derecho a la edificación no adquirido, procediendo a las medidas de restablecimiento de la legalidad y si el contenido urbanístico se adquiere gradualmente, la infracción, siempre grave, no comenzaría a prescribir, a computar el tiempo de prescripción, sino hasta que se finalice la actividad o se realice el último acto con el que la infracción se consuma, art. 263.3 del texto refundido, lo que convierte a la declaración de obra nueva en el último acto y comienzo del cómputo del plazo de prescripción de la infracción.

Es esta obligación de colaboración y de interpretación de los preceptos un refuerzo a la labor calificadora de los Registradores, tan importante para la protección de ese orden jurídico, y siguiendo las pautas de las anteriores resoluciones de la Dirección General sobre calificación registral.



## 8. EL PLAZO DE TRES MESES PARA ACREDITAR LA TERMINACIÓN

González Pérez señala en «El nuevo régimen de las licencias de urbanismo» dice, (p. 343), que «Si inscrita una obra nueva en fase de construcción, no llega a terminarse o si se termina una vez transcurrido el plazo fijado para ello, después de haberse incoado el procedimiento sobre declaración del incumplimiento de los deberes urbanísticos, como la inscripción estaba sujeta al certificado final de obra dentro de los tres meses siguientes a la terminación, procederá la cancelación de la inscripción de la declaración de obra mediante la presentación de la certificación de la resolución declarando incumplido el deber de edificar y caducada la licencia de construcción», opinión contraria a la de Merelo Abela que en la página 210 de su exposición sobre «La reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo» indica que la inscripción de la terminación de la obra es meramente facultativa.

No es acertada la opinión de Merelo Abela por no ser conforme con el art. 25.2 de la Ley 8/90, actual art. 37.2 del texto refundido, por determinarse un estricto sistema en la inscripción de obras en construcción en la nueva legislación, en que la constancia de la terminación de la obra tiene cualquier otra naturaleza menos la de facultativa por ser un paso sucesivo para el cumplimiento del sistema que determina el referido precepto dentro de la compleja estructura de la Ley y dar plena virtualidad, con ello, al régimen jurídico previsto que, en otro caso, quedaría incompleto.

En esta consideración de la necesidad de certificado de finalización de obra que González Pérez aplicaba al art. 25.2 de la Ley 8/1990, se exige por el art. 37.2 del texto refundido, por ser consecuencia de la adquisición gradual de derechos de contenido urbanístico, que se cierra con esa exigencia y con la particularidad que indica González Pérez, mostrando con más precisión lo desacertado de la opinión de Merelo Abela.

En la nueva edición de los Comentarios a la Ley del Suelo, 1993, González Pérez sigue haciendo referencia al plazo de tres meses, pero, el mismo, en la redacción del artículo 37.2 del texto refundido ha desaparecido, como ha quedado anteriormente reflejado.

Por ello, en la página 311 del Tomo I sigue haciendo mención a la cancelación de la inscripción, pues realizada la obra nueva en construcción, terminada la misma, procederá la cancelación de la declaración, presentando la certificación de la resolución que declare el incumplimiento del deber de edificar y por caducada la licencia de construcción.

Pero ese efecto tan terminante puede producirse por aplicación directa del propio precepto de la Ley, pero se observa que debe realizarse expediente, que lleva consigo, siempre, audiencia del interesado y que la cancelación no procederá cuando la obra, cuya declaración de obra

nueva se ha realizado en construcción, se ha terminado, pero no se ha cumplido el deber de inscribir por acta notarial la terminación, con el testimonio del certificado final de obra. Se señala que no procedería la cancelación en este supuesto, porque no se da norma específica con rango de Ley, o con rango suficiente, que establezca ese efecto, esa inexistencia de norma impide el efecto, porque no sería proporcionado al incumplimiento que se haya producido o se pueda haber producido.

Dicho esto, cabe indicar que el plazo de los tres meses ha desaparecido y la autorización refundidora no permite más que la «regularización, aclaración y armonización», disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 8/1990, por lo que la supresión del plazo no cumple la autorización refundidora, porque no significa regularizar norma de tipo o naturaleza alguna, ya que el plazo de tres meses se introduce ex novo por la Ley 8/1990, no aclara requisito alguno, porque suprime un supuesto de hecho de funcionamiento y condicionamiento de la terminación de obra declarada en construcción, ni armoniza exigencias contrapuestas, ni siquiera levemente, por ser el plazo de tres meses del art. 25.2 una total novedad de la Ley que se refunde.

Si cierto parece lo anterior, también se ha de manifestar que la supresión del plazo de los tres meses deja con las mismas consecuencias al no cumplimiento de hacer constar la terminación de una obra declarada en construcción, porque ahora no existe plazo de constatación en el Registro, pero el no cumplimiento de esta obligación del art. 37.2 del texto refundido determina y exige, como incumplimiento de deberes urbanísticos, el expediente administrativo en que habrá de darse audiencia en todo caso al interesado, y con la valoración de los hechos para declarar el incumplimiento con unas consecuencias máximas, como sería la caducidad de la licencia, la consiguiente petición de cancelación de la declaración de la obra en construcción, por lo que la supresión racionaliza las consecuencias, que habrá de establecer, ahora, en expediente debidamente motivado por aplicación de los principios generales y de la Ley 30/1992.

## IX EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1992, DE 26 DE JUNIO, Y SUS EFECTOS

El Boletín 30 de julio de 1992 publicaba el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, cumpliendo, según parece, la disposición final 5.<sup>a</sup> de la Ley 31/1991, de presupuestos generales del Estado para 1992.

La exposición de motivos explica la razón de la tardanza, pero el régimen de elaboración de textos refundidos en los preceptos constitucionales queda, a nuestro juicio, en entredicho.

El art. 82.2 de la Constitución determina que, para refundir varios en un solo texto, se habrá de producir la autorización en una ley ordinaria. Ello se cumple por lo prevenido en la disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 8/1990.

La Constitución señala, asimismo, que la *delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno* «de forma expresa para materia concreta y con fijación de plazo para su ejercicio ... No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado ...», art. 82.3. Ello se cumple en la mencionada disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 8/1990.

Y a partir de aquí comienza el choque y enfrentamiento del texto refundido con la legalidad constitucional, porque si la disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 8/1990 determina y regula la autorización para aprobar el texto refundido, que podrá comprender la regularización, aclaración y armonización de las disposiciones estatales vigentes sobre suelo y ordenación urbana, esta autorización para la refundición es sólo para que el Gobierno cumpla la delegación en el «plazo de un año desde la publicación de esta Ley». Ley 8/90 que se publicó en el Boletín Oficial del Estado de 27-7-1990, n. 179, con correcciones de errores en los boletines de 4-8 y 19-12 de 1990, por lo que la autorización para la refundición venció el 27-7-1991.

Y vencida la autorización, se rehace, como muerto que renace, por la disposición final 5.<sup>a</sup> de la ley 31/1991, publicada en el BOE de 31-12-1991, es decir cinco meses después de haber vencido la autorización. Con una particularidad añadida que es la siguiente: en vez de autorizar de nuevo la delegación para aprobar texto refundido, la disposición de la Ley 31/1991 dice que «El Gobierno podrá hacer uso de la autorización establecida en la disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 8/1990...». Realmente incomprensible, por lo que la duda de la ilegalidad de todo el texto refundido es evidente o así ha de parecerlo, pues la delegación estaba agotada por el tiempo marcado por la misma disposición final 2.<sup>a</sup> de la Ley 8/1990, que es una forma ordinaria de hacer desaparecer delegaciones que como dice el propio art. 82.3 de la CE no pueden ser por tiempo indeterminado.

Ello sin entrar en el problema que supone establecer normas en las Leyes de Presupuestos de cada año de naturaleza extraña a los presupuestos, y sin perjuicio de poder objetar que se pueda rehacer o hacer renacer una delegación agotada por incumplimiento.

Por otra parte, en relación con los efectos registrales de la declaración de obra nueva el texto refundido no varía la legislación de la Ley 8/1990, y que se ha expuesto en los distintos apartados. No es necesario, pues, reafirmar cuestiones concretadas en otros momentos de este comentario.

Tomás Ramón Fernández, en la décima edición de su Manual de Derecho Urbanístico, (1993, El Consultor de los Ayuntamientos), pone en tela de juicio la autorización de refundición, concretamente el plazo

concedido por la Ley 31/1991, por razón de que esa autorización se comprende en una Ley de Presupuestos Generales del Estado, que no puede contener, válidamente, relación directa con el estado de ingresos y gastos en que el presupuesto consiste o con las medidas de política económica a instrumentar durante el ejercicio, de acuerdo a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14-5-1992.

## X LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y SUS EFECTOS EN RELACIÓN A LA CONSTITUCIÓN DE GARANTÍAS

La Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 6 de febrero de 1986, (RA 1008), que revoca la nota del Registrador, que había denegado la inscripción de una hipoteca sobre una vivienda-chalet, por no estar inscrita la obra nueva, dice que «(cons. 3), la inscripción de la declaración de obra nueva no constituye un requisito previo a la inscripción de la hipoteca, pues ésta se extenderá a aquélla aunque no figure la construcción en el Registro, ni se hubiere hecho constar en el Registro», (art. 110 de la Ley Hipotecaria).

Se ha de indicar por ello, que la inscripción de la obra nueva no es requisito de aumento de la intensidad de la garantía, y el artículo 37.2 del texto refundido no varía el supuesto, porque ni siquiera los requisitos, que se han expresado, suponen la alteración de las exigencias habituales para la constitución de la garantía, que juega en otros aspectos, como es el de la edificación conforme a licencia, para patrimonializar el derecho de contenido urbanístico o para su mantenimiento si está patrimonializado.

La garantía juega por ello fuera de los efectos de la declaración de obra nueva, salvo cuando se trata de individualizar la misma en los distintos elementos en que se divide un edificación por la declaración, como mayor posibilidad y extensión de la eficacia de la garantía.

Por otra parte la problemática que puede introducir registralmente la RDGR y N de 4-2-1992. (RA 1524) con las declaraciones de obra nueva existentes antes de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, pero que se formalizan con posterioridad a la Ley, se ha de resolver con la demostración de que ya no es posible la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, lo que debe llevar a considerar patrimonializado el derecho y por ello susceptible de garantía con toda intensidad.

No se desconoce que una interpretación restrictiva de la normativa en vigor, dificulta la garantía hipotecaria, pero no por la obra nueva y los requisitos de su declaración, sino por la gradual adquisición sucesiva de los derechos del contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria, art. 23, como pasos sucesivos que no se completan hasta el último momento, es decir con la adquisición del derecho a la edificación por

la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada, y se tendría que añadir que no se declare ilegal, con consecuencia de demolición, no en otro caso, y conforme con el ordenamiento. Ello se dice porque puede existir licencia legal, por no impugnada, y por tanto firme, pero respecto de la cual se ejerza la acción pública, art. 304 del texto refundido, porque esta acción se puede ejercer, cuando se trate de obras cuya ejecución se considere ilegal, (304.2), durante la ejecución de las mismas y hasta el transcurso de los plazos establecidos para la adopción de las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, el plazo viene determinado por el art. 263, que fija el plazo de prescripción, por lo que la inseguridad puede ser total.

Es evidente que se han de interpretar los preceptos de acuerdo a los principios de proporcionalidad y congruencia con sus fines, por lo que cualquier supuesto que pueda ser considerado en fraude de ley o abuso de derecho habrá de ser proscrito por el ordenamiento, y por esta legislación, que puede dar lugar a consecuencias indeseadas.

## XI. LA LEY DE CONSUMIDORES Y LAS NUEVAS EXIGENCIAS URBANÍSTICAS EN LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

Esta variación legislativa va a suponer un cierto movimiento práctico en cuanto existe, por la modificación legislativa, un cambio más en las exigencias de asesoramiento por los intervinientes en las escrituras públicas o documentos notariales por los que se transmiten viviendas, locales o terrenos, sujetos en cuanto a su utilización a la legislación urbanística.

En este aspecto y dentro de este comentario al art. 37.2 del RD leg. 1/1992, se ha de indicar únicamente que las funciones del Notario, sean las configuradas por Cabello de los Cobos, en «La Seguridad del Consumidor en la adquisición de inmuebles», (Editorial Cívitas, 1993, 2.<sup>a</sup> edición), o Cuenca Anaya en «Función Notarial y Defensa del Consumidor», (Academia Sevillana del Notariado, 1991, tomo IV), quedan aumentadas en cuanto debe dejar constancia del cumplimiento de las exigencias del mencionado precepto, porque la escritura tiene que reflejar una información correcta para el consumidor final sobre el disfrute del bien, (art. 2.1, d) de la Ley de Consumidores y Usuarios, Ley 26/84, de 19 de julio), lo que ha venido a unirse a las obligaciones impuestas, aunque criticables por el sistema, del RD 1558/1992, de 18 de diciembre, en materia de colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Estas exigencias para el tráfico inmobiliario, con la intervención más intensa de esos profesionales hace que la configuración de la protección del consumidor, de acuerdo al art. 1.2 y 2.2 de la Ley 26/1984, pase por la responsabilización de los profesionales intervinientes en la regularidad de la transmisión, con las consecuencias para éstos, mientras no exista una regulación específica, de la exigencia de responsabilidad por la vía del artículo 1902 del C. civil; aunque quizá como la intervención de los mismos es también un negocio jurídico, con especiales características, porque si cierto es que se puede elegir Notario, no así registrador pudiera pensarse la exigencia de responsabilidad por el cauce de la responsabilidad contractual.

Es una cuestión que queda a la futura regulación y a los pronunciamientos jurisprudenciales.

## XII. LA NUEVA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, LEY 30/92, Y LAS LICENCIAS POR SILENCIO POSITIVO Y EL RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

Tomás Ramón Fernández en la última edición de su Manual de Derecho Urbanístico señala que en la Ley de Procedimiento administrativo, aprobada por la Ley 30/1992 se introduce, por el principio de silencio positivo de la concesión de las licencias, sin perjuicio de que «en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades urbanísticas en contra de lo dispuesto en la Ley o en la legislación o planeamiento urbanístico», art. 23.2 del RD Leg. 1/1992, por la nulidad de pleno derecho del art. 62.1-f) de la Ley 30/1992 de los actos «presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición», unos ciertos problemas en el régimen de licencias y adquisición gradual de derechos urbanísticos que habrán de ser resueltos en su día por la jurisprudencia, (p. 230).

Pero se plantea también una cuestión más: no se adquieren derechos en contra de la Ley, la legislación o el planeamiento, art. 23.2 del RD leg. 1/1992, las licencias se adquieren o pueden adquirir por silencio positivo, art. 43.2-b) de la Ley 30/1992, y son nulos de pleno derecho los actos administrativos, cuando sean presuntos contrarios al ordenamiento jurídico, por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, art. 62.1-f) de la Ley 30/1992, por lo que parece que el sistema está cerrado, pero el límite de la revisión que establece el artículo 116 de la Ley 30/1992 hace que todo el sistema quede o pueda quedar relativizado y circunstancializado al caso, siendo su resolución siempre ponderada y motivada en los intereses concretos en juego, puesto que «Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por ... el tiempo trans-

currido o por otras circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

Es decir se plantea el problema de ponderar y resolver congruentemente con el caso concreto y los intereses públicos y privados, —tan legítimos o por lo menos en la misma consideración que los generales en muchos casos—, una nulidad de pleno derecho de una licencia por silencio positivo, ya que la licencia concedida así no lo ha sido por el obrar del particular, sino por la desidia de la Administración que debiendo resolver de modo expreso no lo hace; por eso no se puede achacar toda la apariencia de buen derecho a que el acto infringe el ordenamiento de modo total, por ser nulo de pleno derecho, o poder serlo, sino que el particular que adquiere por silencio positivo una licencia de edificación, sujeta a la legislación urbanística, tiene el buen derecho de que su petición se ha considerado conforme con el ordenamiento, en cuanto que la carga de declarar el incumplimiento del mismo corresponde a la Administración que es la que controla la legalidad y con más intensidad la legalidad urbanística.

### XIII. CONSIDERACIONES FINALES

Se han de determinar algunas consecuencias, que se pueden derivar de las distintas circunstancias y aspectos, de los que se han tratado, teniendo en cuenta que las mismas habrán de evolucionar por la legislación que entre en vigor, bien a nivel estatal, bien en cada Comunidad Autónoma, por lo cual la variedad de supuestos —y sin perjuicio del real mimetismo de la normativa autonómica con la del Estado sobre la misma materia— es incuestionable.

Incluso de esta forma, se pueden expresar las siguientes consideraciones finales, que se estructuran tal y como se van a recoger:

1.— La obra nueva significa toda actuación que suponga una variación en un terreno, siendo, por consiguiente la declaración de obra nueva una medida establecida por el legislador para realizar la concordancia del Registro con la realidad.

2.— Se pueden distinguir por el momento en que la declaración de obra nueva accede al Registro la obra nueva construida, la obra nueva en construcción y la obra nueva de pisos meramente proyectados.

3.— El art. 25.2 de la L 8/90, actual art. 37.2 del RD leg. 1/1992 diferencia en la exigibilidad de los requisitos la obra nueva construida y la obra nueva en construcción.

Para la posibilidad de acceso al Registro, se ha de identificar con la obra nueva en construcción la declaración de obra nueva de pisos meramente proyectados, respecto de la cual se haya obtenido licencia administrativa, lo que permite el art.8-3.º-4-2.º de la Ley Hipotecaria.

Los requisitos para el registro de estas declaraciones obra nueva son los mismos y se concretan en el art. 37.2 del texto refundido.

4.— Los requisitos del precepto para las inscripciones de obra nueva diferencian, como se ha expresado, las obras construidas, las en construcción y las obras nuevas de pisos meramente proyectados, en cuanto este último supuesto se ha de admitir por vía del art. 8 de la Ley Hipotecaria, y la declaración de obra nueva de pisos meramente proyectados puede tener acceso al Registro, en cuanto se haya obtenido licencia, y se cumplan los demás requisitos de la norma para las declaraciones de obra nueva en construcción.

El art. 37.2 del texto refundido es norma básica que se impone por su propia caracterización a toda otra norma anterior o distinta, sobre la misma materia, por el principio de competencia, siendo por ello la norma autonómica, como la legislación hipotecaria, considerada subsistente en cuanto no contradiga la normativa básica estatal.

5.— El art. 25.2 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, actual art. 37.2 del texto refundido no deroga en su totalidad la regulación de la ley hipotecaria y del reglamento, sino que esa normativa se integra, sistemáticamente, en la interpretación conforme al contenido constitucional de las normas y más favorables para los derechos individuales, con la nueva legislación.

6.— El art. 25.2 de la Ley 8/90 no tiene efectos retroactivos y tampoco se puede predicar el efecto retroactivo del art. 37.2, sin perjuicio de atender a la RDGR y N de 4-2-1992.

7.— Los Registradores y Notarios sí tienen que velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística y pueden estar sujetos a responsabilidad por una incorrecta información al consumidor final, que es el comprador, que puede exigirse vía extracontractual, vía contractual por el contrato o acto negocial que une al Notario o al Registrador con el particular que va a realizar la escritura o inscribir el documento.

8.— El técnico competente es persona con conocimientos y capacitación legal para la certificación de la conformidad de que trata el art. 37.2, debiendo su firma ser testimoniada en la escritura, su certificado visado y extenderse no sólo a la descripción de conformidad de la obra conforme a proyecto para el que se obtuvo licencia, sino que cuando se trate de obras en construcción o de pisos meramente proyectados, se ha de hacer extensivo el certificado a la descripción de la obra nueva en escritura, que es la que contiene el acto a inscribir y ha de ser una descripción conforme al proyecto para el que se obtuvo licencia; certificado expedido por técnico competente y testimoniado en la escritura pública. Es decir el certificado del técnico competente sobre la conformidad de la obra nueva ha de ser comprensivo de la conformidad de la descripción de la obra nueva en la escritura, por las razones expuestas.

9.— La competencia del técnico se considera que es incluyente en las potestades de calificación del Registrador, en cuanto que la juris-



prudencia ha trasladado a otros órganos el discernimiento de la competencia del técnico redactor de un proyecto, por lo que es posible que esa competencia, requisito ineludible para poder inscribir la declaración de obra nueva, en sus distintas variedades, tenga que calificarse por el Registrador conforme al art. 18 de la LH y 99 del R. Hipotecario, sin perjuicio de ser esa calificación realizada por los documentos presentados y no por medios distintos.

10.— Una certificación incorrecta o que devenga incorrecta conllevará responsabilidad para su autor, si es por su culpa o ha intervenido en su corrección urbanística o contradicción con el planeamiento, debiendo existir para ello el pertinente procedimiento.

11.— La función calificadora se ha de realizar en los términos del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y art. 99 del Reglamento hipotecario, pero pudiendo calificar la competencia del técnico para expedir la certificación, así como la conformidad de la licencia a la legalidad urbanística.

12.— Se podrá acreditar el cumplimiento de los requisitos del art. 37.2 por otros medios, como la licencia de primera ocupación o constatación notarial de la edificación y de haber transcurrido más de cuatro años de su total ejecución, sin existencia de expediente de disciplina urbanística que implique demolición, por lo que la existencia de expediente de disciplina urbanística que no implique demolición, aunque sí otro tipo de sanción, será un supuesto que no obstaculice la constatación de otro modo y la inscripción, junto al hecho de la patrimonialización, en esta línea la Resolución de la Dirección General de 4-2-1992.

13.— La inscripción de la obra nueva no aumenta las garantías para los créditos con tercero, pero sí afecta o puede afectar la gradual y sucesiva adquisición de derecho de contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria al crédito y su seguridad.

14.— El plazo de tres meses para acreditar la terminación es un requisito más e integrado en la forma de inscribir la declaración de obra nueva, para que surta plenos efectos la inscripción de obra nueva en construcción o la de pisos meramente proyectados, por lo que la acreditación de la terminación de la obra no tiene carácter facultativo, sino vinculante para los plenos efectos de la declaración de la obra nueva, pues de no ser así el requisito sería ineficaz y sería superfluo, y esa naturaleza pretendidamente superflua no es concorde con la interpretación sistemática y antecedentes de las normas vigentes.

Este requisito ha desaparecido en el RD leg. 1/1992, y sin perjuicio de no estar contemplada esa posibilidad en la fórmula de refundición, las consecuencias son las mismas, pero ya sin plazo aplicable.

Ello no obstante, la cancelación de la declaración de obra nueva en construcción, cuando no se hace constar la terminación, debe llevar expediente administrativo de incumplimiento de deberes urbanísticos, en que ha de darse necesariamente audiencia al interesado.

15.— El RD Leg. 1/1992 tiene dudas racionales de constitucionalidad por no haberse cumplido, o así parece, los requisitos del art. 82 de la CE para la delegación en el Gobierno para aprobar textos refundidos.

16.— El RD Leg. 1/1992 no altera la regulación de la inscripción de la declaración de obra nueva, porque el art. 37.2 reproduce el art. 25.2 de la Ley 8/1990.

17.— La acción pública puede hacer *poner en tela de juicio* y la seguridad jurídica de la eficacia de licencias de edificación aprobadas, y firmes como actos administrativos, pero respecto de los cuales se abre la posibilidad de revisión jurisdiccional en los términos del art. 304 del RD Leg. 1/1992, aunque las obras estén ejecutadas y los pisos u objetos de la edificación vendidos con terceros de buena fe, lo que es contrario a los principios hipotecarios, pero que con la nueva legislación urbanística se podría dar, y, en principio, independientemente de que estuviera anotada la demanda contenciosa sobre la legalidad de la licencia, aunque a ello se puede responder que no se adquieran derechos urbanísticos en contra del planeamiento.

18.— La Ley 26/1984 impone especiales exigencias de información al consumidor que, también, se ha de considerar que recaen sobre la labor profesional de Notarios y Registradores, no siendo suficiente para ello la fórmula «hago las advertencias legales» porque eso puede significar una huida de la obligación de información contraria al ordenamiento y a la no posibilidad de renuncia de los derechos legales por los consumidores.

19.— La Ley 30/1992 por su artículo 116, límites a la revisión, incluso de los actos nulos de pleno derecho pone en tela de juicio, en principio, la no adquisición, en ningún caso, art. 23.1 del RD leg. 1/1992, de facultades urbanísticas en contra de la Ley, de la legislación o del planeamiento.

20.— El principio de proporcionalidad como principio constitucional y de interpretación ha de llevar a moderar consecuencias no deseables por interpretaciones excesivamente literales de los preceptos vigentes.

Madrid, a uno de junio de mil novecientos noventa y tres.

## BIBLIOGRAFÍA

- CHICO Y ORTIZ, J.M.: «La Propiedad Urbanística y el Registro de la Propiedad», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 2/1991. Y *Estudios de Derecho Hipotecario*, Tomo I, Marcial Pons, 1981.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M.: «La Seguridad del Consumidor en la Adquisición de inmuebles», 2.<sup>a</sup> edición, Editorial Civitas, 1993.
- CORRAL GIJÓN, J.M.: «La Legislación del Suelo en la jurisprudencia registral», en *Revista de Derecho Urbanístico*, n.º 128, mayo, junio de 1992.
- CUENCA ANAYA, F.: «Función notarial y defensa de los consumidores», Academia Sevillana del Notariado. Tomo IV, 1991.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «Manual de Derecho Urbanístico», 10.<sup>a</sup> Edición, *El consultor de los Ayuntamientos*, 1993.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Derecho Administrativo español», T. I., EUNSA, 1987. Y Reseña bibliográfica en la REDA, n. 70, pp. 297 y ss., del libro de González Pérez sobre «Comentarios a la Ley de Reforma urbanística y valoraciones del Suelo» 2.<sup>a</sup> edición, Editorial Civitas.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «Nuevo Régimen de licencias de urbanismo», Publicaciones Abella, 1991, primera edición, y segunda edición de 1992.
- «Comentarios a la Ley de Reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo», Editorial Civitas, 1990, primera edición.
- «Comentarios a la Ley del Suelo, (Texto Refundido de 1992)», Editorial Civitas, 1993, Sexta Edición.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., Y SANCHO REBULLIDA, F.: «Derecho Inmobiliario Registral», (Editorial Bosch, 1984, segunda edición, reimpresión de 1990).
- LASO MARTÍNEZ, J.L.: «La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y de valoraciones del Suelo», *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, n. 601, (noviembre, diciembre de 1990).
- LLISET BORREL, F.: «Nuevo Régimen urbanístico, Comentarios a la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo», Editorial Abella, 1990.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: «El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo», Instituto García Oviedo, 1988.
- MARTÍN BLANCO, J.S.: «Estudios sobre la Ley 8/1990 de reforma del régimen urbanístico», Editorial Colex, 1991.
- MERELLO ABELA, J.M.: «La reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo», Banco de Crédito Local, 1991.
- NIETO, A.: «El subsuelo urbanístico», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 66.
- PAREJO GAMIR, R.: «Aspectos documentales de la nueva Ley del Suelo», *Revista de Administración Pública*, número 125, mayo-agosto de 1991.
- PAREJO-MERINO Y PAREJA, M.P.: «El derecho a edificar y el derecho a la edificación». Academia Sevillana del Notariado. Tomo VI, 1992, pp. 441 y ss.
- VILLAR PALASÍ, J.L.: «Derecho Administrativo, Introducción y teoría de las normas», Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, 1972.
- Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo*, del Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1991.
- Municipios y redes de Servicios Públicos, ponencias de las 2.<sup>as</sup> Jornadas de Derecho Local, Girona, 1989, con introducción de Enric Argullol i Murgadas.

# INFORMACIÓN LEGISLATIVA (\*)

A cargo de

**PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH  
Y LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ**

## I. DERECHO CIVIL

### *1. Parte General*

**1. DATOS DE CARACTER PERSONAL. Se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de datos.  
Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo («B.O.E.» del 4 de mayo).**

#### A) Exposición:

Mediante la presente disposición se procede a cumplimentar el mandato encomendado al Gobierno por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (presentada en las páginas de Información Legislativa de este Anuario correspondientes al Tomo XLVI, fascículo I, disposición n.º 1). Las notas más destacadas del texto reglamentario son las siguientes:

1) La Agencia se configura como un ente de Derecho público, de los previstos en el artículo 6, apartado 5, del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, cuyo objeto consiste en la garantía del cumplimiento y aplicación de las previsiones contenidas en la citada Ley Orgánica 5/1992. Sus funciones concretas son desarrolladas en el capítulo segundo de la norma presentada, comprendiendo la resolución de las reclamaciones formuladas por los afectados, cooperación en la elaboración y aplicación de las normas que incidan en materia propia de la Ley Orgánica 5/1992, control de la observancia de lo dispuesto en la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública en relación con los ficheros estadísticos, publicidad de la existencia de ficheros automatizados de datos de carácter personal, redacción de una memoria anual sobre la aplicación de las disposiciones

---

(\*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el Boletín Oficial del Estado durante el segundo trimestre de 1993.

legales sobre protección de datos, cooperación con organismos internacionales y órganos de las Comunidades Europeas en materia de protección de datos, y control de los datos de carácter personal introducidos en la parte nacional española de la base de datos del Sistema de Información Schengen.

2) La Agencia se estructura en los siguientes órganos:

— El Director, nombrado por el Gobierno entre los miembros del Consejo Consultivo, que desempeñará su cargo con dedicación absoluta, plena independencia y total objetividad, no pudiendo ser cesado sino en los supuestos contemplados en el artículo 15.

— El Consejo Consultivo, configurado como órgano colegiado de asesoramiento del Director, cuyas funciones se reducen a la emisión de informes y propuestas sobre temas relacionados con las materias de competencia de la Agencia, y cuyos miembros son nombrados y cesados por el Gobierno a propuesta de las Instituciones contempladas en el artículo 19.

— El Registro General de Protección de Datos, al que corresponde velar por la publicidad de la existencia de los ficheros automatizados de datos de carácter personal, con la finalidad de posibilitar el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación, reconocidos por la Ley Orgánica 5/1992.

— La Inspección de Datos, que tiene encomendado el ejercicio de la potestad de inspección, correspondiéndole en especial efectuar inspecciones periódicas o circunstanciales, de oficio o a instancia de los afectados, de cualesquiera ficheros, de titularidad pública o privada, contemplándose en especial la obligación del responsable del fichero de permitir el acceso a los locales en que se halle. Sólomente se contempla la necesidad, cuando dichos locales tengan la consideración legal de domicilio, de que la labor inspectora se ajuste además a las reglas que garanticen la inviolabilidad de éste.

— La Secretaría General, configurada como órgano de apoyo y de carácter ejecutivo.

3) Por último, la disposición presentada contiene también los preceptos relativos al Régimen económico, patrimonial y de personal de la Agencia de Protección de Datos.

B) COMENTARIO:

No procede ahora sino reiterar, en vista de la composición y facultades de la Agencia, algunas de las dudas a que hicimos alusión al referirnos al texto de la Ley orgánica 5/1992. Su Director es nombrado por el Gobierno, de entre los miembros que componen el Consejo Consultivo, uno de los cuales es nombrado casualmente por el Ministro de Justicia, como vocal de la Administración General del Estado. En estas condiciones, ¿basta la restricción de las causas de separación para asegurar su independencia, en especial ante la falta de mecanismo alguno que permita al Consejo Consultivo controlar su actividad?

También merece la pena destacar, una vez planteada la posibilidad de que exista una fuerte vinculación de confianza entre el Director de la Agencia y el Gobierno, los recelos que plantea la posibilidad de que se pueda llevar a cabo una inspección de oficio, relativa a ficheros de titularidad pública o privada, sin el consentimiento de los afectados. La norma, desarrollando el contenido de la Ley Orgánica 5/92, sólo se preocupa de dejar a salvo, en su caso, la inviolabilidad del domicilio del titular del fichero, pero no de asegurar la concurrencia del consentimiento de aquellos que, sin solicitar intervención alguna de la Agencia, van a ser indirectamente inspeccionados por la misma, toda vez que, de la mera lectura del artículo 28 del texto presentado, parece deducirse que la actividad inspectora puede extenderse a *datos concretos* incluidos en los ficheros, y no sólo a la configuración de los mismos.

Como ya nos preguntábamos al presentar la Ley Orgánica, si el Estado es el encargado de defender al individuo del resto de la sociedad, ¿quién protege al individuo del Estado?

## 2. Derecho de obligaciones

**2. CONTRATOS. Se establece la necesidad de que la letra «ñ», y demás caracteres específicos del idioma castellano, estén presentes en los teclados de determinados aparatos de funcionamiento mecánico, eléctrico o electrónico, que se utilicen para la escritura.**

**Real Decreto 564/1993, de 16 de abril («B.O.E.» del 23).**

### A) Exposición:

La disposición presentada consta de un único artículo, mediante el cual se establece la necesidad de que todos los aparatos de funcionamiento mecánico, eléctrico, o electrónico, que se utilicen para la escritura, grabación, impresión, retransmisión de información y transmisión de datos, y que se vendan en España, incorporen la letra «ñ» y los signos de apertura de interrogación y exclamación.

### B) Comentario:

Estimamos que la norma presentada plantea numerosos problemas debidos, en buena medida, a que muy probablemente estamos ante una disposición deliberadamente ambigua. Se trata, al parecer de presionar sobre los productores de este tipo de aparatos, con la finalidad de que tomen en cuenta los caracteres propios de la lengua castellana en el diseño y fabricación de sus productos. Con este objeto se utiliza la competencia estatal para promulgar reglamentaciones comerciales, y además, habida cuenta de que la mencionada competencia ha quedado ciertamente reducida por los compromisos internacionales asumidos por España como consecuencia de su adhesión a la Comunidad Económica Europea, se intenta apoyar la medida adoptada en la persecución de finalidades imperativas del Estado espa-

ñol, tales como la defensa de su patrimonio cultural y la protección de los consumidores.

A pesar de todo se deja en la penumbra el propio alcance de la norma, esto es, su verdadera eficacia jurídica.

En las siguientes líneas nos limitaremos a apuntar algunos de los problemas que la regulación presentada plantea, tanto desde el punto de vista de su articulación con el Derecho Comunitario, como de su concreto alcance dentro del sistema de Derecho Privado, no sin reiterar la interrelación existente entre ambas perspectivas, dado que la decisión acerca del alcance de la medida en nuestro sistema jurídico incidirá, en la apreciación de la proporcionalidad de la medida desde la óptica del Derecho Comunitario. También conviene advertir que el propio ámbito de aplicación de la norma, que se refiere literalmente a los aparatos «que se vendan en España», puede plantear dudas de difícil solución, que no pueden ser abordados con la debida profundidad en unas cuantas líneas, y que, por lo tanto, no van a ser siquiera tomadas en consideración (por ejemplo, si el Real Decreto se refiere, como parece, a los aparatos que se ofrezcan a los consumidores en el mercado español, o a los contratos de compraventa perfeccionados en España, y también si quedan incluidas o no las ventas para el uso empresarial y las ventas celebradas entre particulares, o bien se aplica exclusivamente a las ventas perfeccionadas entre un comerciante o empresario y un consumidor).

### 1) *Consideraciones en torno al Derecho Comunitario.*

Desde este punto de vista, lo primero que hemos de plantearnos es si nos encontramos ante una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a las importaciones de este tipo de mercancías, en el sentido del artículo 30 del Tratado de Roma y según la interpretación amplia del concepto de medida de efecto equivalente efectuada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas desde la famosa sentencia «Dassonville», recaída el 11 de julio de 1974.

En caso de entender, como nos parece evidente, que la medida implica una restricción cuantitativa a las importaciones de estos aparatos, su conformidad con el Ordenamiento Comunitario dependerá de si puede ser incluida en alguna de las excepciones contempladas por el artículo 36 del Tratado de Roma, o bien de si resulta necesaria para satisfacer exigencias imperativas del Estado español, relativas, particularmente, a la eficacia de los controles fiscales, a la protección de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores, según declaró el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la no menos famosa sentencia de 20 de febrero de 1979, «Cassis de Dijon».

Analizando el conjunto de excepciones contempladas en el mencionado artículo 36, la licitud de la medida objeto de estudio podría ampararse en la necesidad de su establecimiento para satisfacer una finalidad de orden público, que en nuestro caso se identificaría con la protección del patrimonio cultural español, del cual forma parte la lengua castellana. El patrimonio cultural, a cuya tutela se alude en el preámbulo del Real Decreto comentado, es, por otra parte, difícilmente diferenciable del patrimonio histórico, cuya protección también se contempla en el artículo 36 del Tratado de Roma, como una de las razones que

pueden justificar el establecimiento de regulaciones restrictivas para el comercio intracomunitario.

También puede ampararse la medida en la exigencia imperativa de proteger a los consumidores. De hecho, en el ya citado preámbulo del Real Decreto, también se alude a la expresada finalidad. Ahora bien, justificada en base a la protección de los consumidores, la proporcionalidad entre el fin perseguido y el medio utilizado parece exigir el entendimiento de la norma como destinada, exclusivamente, a garantizar la adecuada información al consumidor en el caso de que el aparato objeto de venta no incorpore los signos lingüísticos establecidos.

2) *Problemática planteada por esta disposición, desde la perspectiva del Derecho Privado.*

No menos entidad tienen los problemas interpretativos que se derivan de la redacción dada al Real Decreto desde este punto de vista, toda vez que en el mismo sólo se establecen algunos requisitos que han de reunir los aparatos a que se refiere, no contemplándose consecuencia jurídica alguna para el supuesto de que el objeto de la venta no cumpla con lo preceptuado.

Ante esta indefinición normativa, y una vez descartada la posibilidad de entender que el Real Decreto se limite a señalar esas características, sin que de su infracción se siga consecuencia alguna en relación con los contratos relativos a los mismos, toda vez que de ello se derivaría la desaparición de la nota de coercibilidad que delimita los respectivos ámbitos de lo jurídico y de lo social o moral, nos quedan dos alternativas:

a) Entender que la inexistencia de una sanción expresa puede servir de base para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil, considerando por tanto radicalmente nulos los contratos celebrados con infracción de lo dispuesto en el Real Decreto. Esta nulidad radical, por otra parte, podría también fundamentarse en la falta de idoneidad de aquellos aparatos que no cumplan con los requisitos señalados por la norma para ser objeto lícito de un contrato de compraventa, situándonos en el ámbito de los artículos 1261 y 1271 del Código Civil y de la denominada por la doctrina extracomercialidad relativa, o de las cosas de comercio prohibido (DÍEZ-PICAZO, en «Fundamentos de Derecho Patrimonial», Madrid, 1979, p. 140).

Sin embargo, la aplicación de semejante solución nos parece absolutamente desproporcionada, no sólo en atención al principio de conservación del contrato y a la consiguiente reticencia mostrada por los Tribunales configuradores de la Jurisdicción Ordinaria a declarar la nulidad de los contratos por la vulneración de normas de carácter administrativo, sino también, como vimos al abordar los problemas planteados por la disposición desde la perspectiva del Derecho Comunitario, por lo desproporcionada que pudiera resultar una medida de tal efecto sobre la libre circulación de mercancías. No olvidemos, además, que el Derecho Comunitario prevalece sobre los derechos internos de los Estados miembros, habiendo de ser aplicado por sus tribunales.

b) Una segunda interpretación, que estimamos más razonable, consistiría en concluir que la norma presentada se limita al establecimiento de unas determina-



das características que el comprador puede razonablemente esperar de estos aparatos cuando sean comercializados en España. Tales características serán exigibles por los compradores, pero podrán también ser excepcionadas cuando se proceda a perfeccionar un determinado contrato, recayendo en el vendedor la carga de la prueba relativa a la concurrencia de conformidad por parte del comprador en lo relativo a esa exclusión.

Estaríamos en el ámbito de la definición legal de las cualidades de los productos, que puede funcionar como un mecanismo objetivo de determinación de las presuposiciones del contrato, cuando la voluntad no se haya pronunciado expresamente (al modo en que se refiere a estos criterios MORALES MORENO en «El error en los contratos», Madrid, 1988, p. 206).

Yendo todavía un poco más lejos, podríamos estimar que resulta también aplicable la protección dispensada al comprador por las acciones de saneamiento por vicios ocultos, siempre que admitamos que la ausencia de las cualidades establecidas reglamentariamente, implica una disminución de la utilidad del aparato, determinante de un menor valor del mismo en relación con aquellos otros que sí las poseen (según identifica el vicio redhibitorio MORALES MORENO en «El alcance protector de las acciones edilicias». ADC, Madrid, 1980, p. 655). También en este caso resultaría posible que, en un contrato concreto, se exceptuara la concurrencia de tales caracteres y, por lo tanto, la posibilidad de alegar la existencia de defectos en la cosa comprada.

Conferiríamos así al Real Decreto el carácter de una norma de derecho dispositivo, lo cual, según vimos al abordar los problemas planteados desde la perspectiva del Derecho Comunitario, permitiría fundamentar la medida gubernamental en la defensa de los consumidores, sin que pudiera ser tachada de desproporcionada, como normalmente ocurrirá pretendiendo atribuirle el carácter de una prohibición absoluta de vender en nuestro mercado interno aquellos aparatos que no cumplan con los requisitos impuestos.

### **3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACION. Se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en la materia.**

**Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo («B.O.E.» del 4 de mayo).**

En desarrollo de los artículos 140 y 142 al 145, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (presentada en las páginas de Información Legislativa de esta revista, correspondientes al Tomo XLVI, fascículo I, disposición n.º 7), se ha procedido a la aprobación del presente Reglamento, cuyo contenido es el siguiente:

— En su capítulo I, se contienen las Disposiciones generales del texto normativo, estableciéndose la necesaria aplicación del mismo a los procedimientos que se sigan ante todas las Administraciones públicas, en materia de responsabilidad por su actuación, en relaciones de derecho público o privado, sin perjuicio

de las especialidades procedimentales que puedan establecer las Comunidades Autónomas que tengan asumidas competencias en la materia.

— En el capítulo II se regula el procedimiento general. Siguiendo las pautas contenidas en la Ley 30/92, se contempla la posibilidad de que pueda ser iniciado de oficio o por reclamación del interesado, regulándose también su terminación convencional, mediante acuerdo indemnizatorio con el perjudicado. Transcurridos los plazos contemplados en el Reglamento sin resolución expresa, el silencio de la administración habrá de entenderse como negativo.

— El capítulo III establece el procedimiento abreviado, aplicable cuando el órgano instructor entienda, a la vista de las actuaciones del procedimiento general, que la relación de causalidad, la valoración del daño, y el cálculo de la cuantía indemnizatoria, resultan inequívocos. También en tal supuesto, el silencio administrativo ha de entenderse como negativo.

— El capítulo IV contiene las especialidades procedimentales aplicables a los daños ocasionados con motivo de la prestación de servicios públicos gestionados mediante fórmulas colegiadas de actuación entre varias Administraciones públicas. La competencia para la sustanciación del procedimiento corresponderá a la Administración fijada en los Estatutos o Reglas de la organización colegiada y, a falta de tal previsión, a la Administración con mayor participación en la financiación del servicio. Frente al perjudicado, no obstante, se establece la solidaridad entre las administraciones implicadas, sin perjuicio de la distribución interna de responsabilidades.

— En el capítulo V se regula la Responsabilidad patrimonial de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas. Se parte de la base de que sólo está legitimada para su exigencia la Administración, en tanto el particular que haya podido experimentar un perjuicio únicamente puede dirigirse contra ésta para conseguir su reparación. El criterio de imputación se fundamenta en la existencia de «dolo, culpa o negligencia grave» por parte de la autoridad o personal administrativos, repitiendo el Reglamento los términos del artículo 145 p. 2 de la nueva Ley. La imprecisa redacción de estos preceptos resulta aún más llamativa si se comparan con el anterior art. 42 de la Ley de Régimen Jurídico, de 1957, que, más correctamente, exigía culpa o negligencia graves y no aludía a los daños dolosos, resarcibles por cauces distintos.

#### **4. APARCERIAS Y ARRENDAMIENTOS RUSTICOS HISTORICOS. Se procede a su regulación en la Comunidad Autónoma de Galicia.**

**Ley del Parlamento de Galicia 3/1993, de 16 de abril («B.O.E.» del 11 de mayo).**

La presente ley ha sido promulgada por el Parlamento Gallego en ejercicio de las competencias que le atribuye el artículo 27.4 de su Estatuto de Autonomía y con la finalidad de regular determinados aspectos relativos a los arrendamientos rústicos históricos y a las aparcerías anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1 de agosto de 1942.

1) En cuanto a su contenido concreto, la norma presentada comienza prorrogando la vigencia de los arrendamientos rústicos y aparcerías citados hasta el 31 de diciembre del 2005, salvo que llegada esa fecha su titular hubiera cumplido sesenta años, en cuyo caso la prórroga se extiende hasta la fecha de su jubilación.

2) Durante el período de vigencia de estos contratos se establece la posibilidad de que el arrendatario o aparcerero ejercite el derecho de acceso a la propiedad de las fincas, mediante el pago al propietario de la cantidad resultante de aplicar los criterios señalados por la ley.

3) Se regula el derecho de rescate del propietario, para el caso de que justifique la inexcusable necesidad de las tierras como único medio de subsistencia. Su efectivo ejercicio implicará el pago al titular del arrendamiento o aparcería de las cantidades e indemnizaciones establecidas por el texto presentado.

4) La Ley establece también el procedimiento a seguir cuando las partes no se pongan de acuerdo sobre las cantidades a pagar como consecuencia del ejercicio de los derechos de acceso a la propiedad o rescate. El acceso a la propiedad o el rescate de la finca implican la carga de cultivarla personal y directamente durante seis años consecutivos, toda vez que, en caso contrario y según los casos, podrá ser resuelta la transmisión o repuesto en su derecho el titular de la aparcería o arrendamiento rescatados. El sistema legal es similar al establecido por los artículos 26, 27 y 99 de la Ley estatal 83/1980, de Arrendamientos Rústicos, reproduciéndose los problemas planteados por las limitaciones legales del dominio cuando los elementos integrantes del supuesto de hecho de la norma carecen de la necesaria publicidad, y complicándose el debate con la creación de un Registro administrativo de aparcerías y arrendamientos rústicos históricos, cuyo efectivo alcance no se define suficientemente.

5) Por último, la Disposición adicional Segunda declara la aplicación del Código Civil y de la legislación especial de arrendamientos rústicos de 1980, en todos aquellos aspectos no regulados expresamente por la ley.

### 3. *Derechos reales*

#### **5. BIENES PUBLICOS. Se aprueba la Ley reguladora del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja.**

**Ley de la Diputación General de La Rioja 1/1993, de 23 de marzo («B.O.E.» del 16 de abril).**

La presente disposición viene a establecer el régimen jurídico aplicable a los bienes integrantes del Patrimonio de la Comunidad, siguiendo básicamente los esquemas trazados por la Ley de Patrimonio del Estado y por las disposiciones de las Comunidades Autónomas que han precedido a la Comunidad de La Rioja en la regulación de esta materia.

Así, en su Título preliminar se clasifican los bienes integrantes del Patrimonio de la Comunidad en demaniales y patrimoniales, proclamándose, en relación

con los primeros, las tradicionales notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

En el Título primero se contienen las prerrogativas conferidas a la Administración de la Comunidad para la defensa de los bienes integrantes de su patrimonio: *recuperación de oficio de la posesión, facultad de investigar la situación de los que puedan formar parte del referido patrimonio, y procedimiento de deslinde administrativo de los inmuebles.* También se contienen las disposiciones relativas a la afectación, desafectación y adscripción de los bienes integrantes del Patrimonio de la Comunidad Autónoma, y a las responsabilidades y sanciones en que pueden incurrir quienes, concurriendo dolo, fraude o negligencia culpable, les causen daños o se nieguen a colaborar en su investigación, defensa o protección.

En relación con el régimen de responsabilidad establecido, la disposición presentada se une a aquellas otras cuyo contenido venimos criticando por establecer sanciones sobre la única base del sujeto titular del bien dañado, con independencia de que se trate de un bien patrimonial y de la inexistencia de relación alguna en virtud de la cual tenga encomendada el dañante su gestión o administración.

El Título segundo se dedica a la adquisición, enajenación, cesión, permuta, prescripción y régimen de utilización de los bienes patrimoniales.

El Título tercero contempla el régimen legal aplicable al uso de los bienes de dominio público, así como a las concesiones necesarias para su utilización privativa.

La regulación legal concluye con los preceptos dedicados por su Título cuarto a regular las especialidades propias de la adquisición, enajenación y cesión de los bienes integrantes del Patrimonio de la Administración institucional.

## **6. PROPIEDAD TERRITORIAL. Regulación de las carreteras de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Ley de las Cortes de Aragón 6/1993, de 5 de abril («B.O.E.» del 5 de mayo).**

Al igual que otras Comunidades Autónomas, y en el ejercicio de las competencias atribuidas por el artículo 35.1.6.<sup>o</sup> de su Estatuto de Autonomía, la Comunidad aragonesa ha procedido a la promulgación del presente texto normativo, cuyos rasgos más destacables son los siguientes:

— Comienza la Ley por clasificar las carreteras de Aragón en autopistas, autovías, vías rápidas y carreteras convencionales, efectuando la distribución de las competencias relativas a las mismas entre los diversos órganos autonómicos.

— El Plan General de Carreteras de Aragón se configura como el instrumento básico de planificación de la Red Autonómica, regulándose sus objetivos, determinaciones, y procedimientos a seguir para la elaboración, revisión y modificación del mismo.

En especial, la Ley establece que su aprobación llevará aparejada la declaración de utilidad pública a los fines de expropiación, ocupación temporal o imposición de servidumbres.

— El texto legal también se ocupa de establecer las previsiones oportunas sobre la financiación y construcción de las actuaciones a desarrollar en la Red Autonómica, incluyendo la posibilidad de imponer contribuciones especiales a los propietarios de terrenos que resulten especialmente beneficiados por la creación o mejora de las infraestructuras viarias.

— En relación con las disposiciones relativas al uso y defensa de las carreteras, se establecen las tradicionales zonas de dominio público, servidumbre y afección, además de la línea límite de edificación, resultando destacable, ante la disparidad que ofrece la regulación de otras Comunidades Autónomas, la casi absoluta coincidencia entre la extensión que estas zonas tienen en la norma presentada y la asignada a las mismas por la legislación estatal, evitándose así diferencias entre propietarios derivadas exclusivamente de la titularidad estatal o autonómica de la carretera que afecte a su parcela.

— La norma concluye con la regulación de las travesías y tramos urbanos de las carreteras, y con el establecimiento del régimen sancionador aplicable a la infracción de sus preceptos.

## **7. ANIMALES. Protección de los domésticos y salvajes en cautividad en la Comunidad Autónoma de Galicia.**

**Ley del Parlamento de Galicia 1/1993, de 13 de abril («B.O.E.» del 11 de mayo).**

La presente disposición, similar a las promulgadas por otras Comunidades Autónomas y de las cuales hemos venido dando noticia en estas mismas páginas, circunscribe su ámbito de aplicación a los animales domésticos y salvajes en cautividad, pudiendo resumirse su contenido concreto del modo siguiente:

1) Se establecen los cuidados y atenciones que los poseedores de estos animales han de dispensarles, imponiéndoles además el deber de adoptar las medidas necesarias para impedir que ensucien las vías o espacios públicos, causen molestias a los vecinos, o pongan en peligro a quien conviva en su entorno, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir por los daños y perjuicios ocasionados por el animal, que se regirá por las normas generales del Código civil.

2) También contempla la ley los requisitos que han de cumplir los establecimientos dedicados a la tenencia, venta o mantenimiento de animales, el transporte de los mismos, y la actividad investigadora que sobre ellos se desarrolle.

Especial interés merece la normativa aplicable a su utilización en espectáculos públicos, toda vez que si bien se comienza por prohibir tal utilización cuando ello pueda ocasionarles daños, sufrimientos, o hacerlos objeto de tratamiento antinatural, inmediatamente se contempla la posibilidad de autorizaciones excepcionales para espectáculos consuetudinarios, excluyéndose del ámbito de

aplicación de la Ley los espectáculos taurinos, y mencionándose expresamente la posibilidad de autorizar competiciones de tiro de pichón.

3) El plazo establecido para la retención de los animales abandonados, antes de poder darles el destino más conveniente, es de veinte días, haciéndose coincidir así con el término de reivindicabilidad contenido en el artículo 612 párrafo 3 del Código Civil (al igual que en la Ley 7/1990, de las Cortes de Castilla-La Mancha, presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al fascículo III del tomo XLIV con el número 4).

4) Concluye la norma regulando algunos aspectos relativos a las Asociaciones de protección y defensa de los animales y estableciendo el régimen sancionador aplicable a la infracción de sus preceptos.

## **8. BIENES PUBLICOS. Regulación de los archivos y del patrimonio documental de la Comunidad Autónoma de Madrid.**

**Ley de la Asamblea de Madrid 4/1993; de 21 de abril («B.O.E.» del 10 de junio).**

En el ejercicio de las competencias que le atribuyen los artículos 26.13, 15, y 28.2 de su Estatuto de Autonomía, la Comunidad Autónoma de Madrid ha procedido a la promulgación de esta Ley, muy similar en todos sus aspectos a la reguladora de los Archivos y del Patrimonio Documental de Castilla y León (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al fascículo III del Tomo XLIV de este Anuario disposición n.º 9).

— La Ley madrileña establece un complicado sistema de archivos, previniéndose que los documentos sean trasladados de unos a otros en atención a su antigüedad y mediante la evaluación de su interés histórico. Se extiende además a la regulación del Consejo de Archivos de la Comunidad de Madrid, los Archivos de la Asamblea, del Consejo de Gobierno y la Administración de la Comunidad de Madrid, la infraestructura, personal y medios económicos de los Centros de Archivos, los Archivos municipales, y la denominada Red de Archivos de Uso Público de la Comunidad de Madrid.

— Se consideran documentos integrantes del Patrimonio Documental madrileño tanto los producidos, reunidos o conservados por los órganos componentes de la Administración autonómica, por las entidades de la Administración Local madrileña, y por los organismos y entidades relacionadas en su artículo 5, como los producidos, reunidos o conservados por cualesquiera entidades, particulares o personas físicas, siempre que reúnan los requisitos adicionales, de antigüedad básicamente, exigidos por el texto legal.

— En relación con el régimen jurídico de estos bienes, se califican con las notas de imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad, propias de los bienes integrantes del dominio público, los señalados en los artículos 4 y 5 de la Ley (producidos, reunidos o conservados por organismos y entidades de carácter público, o por empresas que gestionen servicios públicos o estén participadas mayoritariamente por la Comunidad de Madrid, principalmente).

Sin embargo, la disposición presentada contempla también una serie de deberes para los propietarios y poseedores del resto de los bienes integrantes del Patrimonio Documental madrileño, entre los que podemos destacar los siguientes:

1) En términos generales, todo titular de alguno de estos documentos viene obligado a su custodia, conservación, organización, control, recuperación y servicio (art. 26).

2) Si las deficiencias de la instalación donde se encuentren, o la insuficiencia de medios personales, ponen en peligro la conservación, seguridad o servicio de los documentos, la Comunidad de Madrid puede obligar a que sean objeto de depósito, en el archivo que determine. La desatención del requerimiento practicado a tal fin, puede ser causa de interés social a los efectos de proceder a su expropiación forzosa (art. 29).

3) Los propietarios o poseedores de archivos o documentos integrantes del Patrimonio documental, vienen también obligados a colaborar en la confección del censo relativo a los mismos.

4) Pese a que se parte de la libre enajenación, dentro del territorio nacional, de los documentos a que se refieren los artículos 6, 7 y 8, la Ley establece los inevitables derechos de tanteo y retracto en favor del Gobierno de la Comunidad. La salida del Territorio nacional de los documentos citados habrá de ser comunicada, con carácter previo, al mencionado órgano administrativo (art. 31).

5) Se impone también, a propietarios y poseedores, el deber de permitir el estudio de los documentos por parte de los investigadores, previa solicitud razonada de éstos, y estableciéndose las medidas necesarias para asegurar su conservación, incluso durante su consulta (art. 37.3).

6) Las personas dedicadas al comercio de documentos de carácter histórico, deberán enviar trimestralmente al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid los catálogos de las subastas y una relación de los que tienen a la venta, así como de los que adquieran y efectivamente vendan.

7) Algunas otras incidencias de la norma presentada en el Derecho de Propiedad consisten en la posibilidad de que se declare la utilidad pública, a efectos expropiatorios, de los bienes integrantes del Patrimonio Documental Madrileño, así como de los edificios en que están instalados los Centros de Archivo de titularidad autonómica y de los edificios o terrenos donde vayan a instalarse.

— Los dos últimos títulos en que la Ley presentada se desarrolla contienen las directrices para la posterior regulación reglamentaria del acceso público a los documentos, y el régimen sancionador establecido para garantizar el efectivo cumplimiento de sus preceptos.

## **9. COLECCION THYSSEN-BORNEMISZA. Se regula el contrato para su adquisición.**

**Real Decreto-ley 11/1993, de 18 de junio («B.O.E.» del 19).**

El presente Real Decreto-ley tiene como objeto autorizar al Gobierno para que asuma los compromisos relativos a la compra de dicha colección, disponien-

do además una serie de medidas presupuestarias tendentes a posibilitar su cumplimiento.

Entre las normas delimitadoras de la autorización conferida al Gobierno, podríamos destacar las siguientes:

1) La Administración del Estado asume la obligación de aportar a la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza la cantidad fijada como precio de la compra-venta, cuyo pago se verificará en cinco anualidades.

2) Se autoriza al Gobierno para ceder gratuitamente a la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza el Palacio de Villahermosa, que será destinado a sede de la citada Fundación y a albergar y exhibir la colección.

3) Se autoriza también al Gobierno para que adopte el compromiso de aportar los recursos precisos para cubrir las diferencias que pudieran producirse entre los ingresos y los gastos de la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza.

4) Se prevé el sometimiento al Derecho inglés del contrato que se celebrará entre la Administración del Estado, la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza y Favorita Trustees Limited, propietaria actual de la colección, sin perjuicio de la aplicación del Real Decreto-ley presentado y del artículo 44 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, en cuanto a los derechos de la Hacienda Pública.

5) Se establece que, al menos las dos terceras partes del número de patronos que integren el Patronato de la Fundación Colección Thyssen-Bornemisza, habrán de tener el carácter de patronos gubernamentales.

6) Especialmente destacable resulta el régimen legal de los bienes a que se refiere el Real Decreto-ley, toda vez que en su Disposición adicional única se declaran aplicables la Ley del Patrimonio Histórico Español, la Ley del Patrimonio del Estado, y las demás leyes y normas reglamentarias, pero sólo en la medida en que dichas disposiciones no se opongan al contenido del propio texto presentado, del cual resulta que la colección, los cuadros que la integran y el Palacio de Villahermosa, no podrán ser objeto de enajenación, gravamen o embargo, a partir de la fecha en que surta plenos efectos el contrato a celebrar.

El establecimiento de semejantes notas implica la aparición de una nueva tipología en la escala de la demanialidad, a mitad de camino entre los bienes de dominio público y los bienes patrimoniales de las diversas administraciones públicas.

7) Se regula además el destino que la Fundación habrá de dar a la colección y los límites fijados para la exposición de los cuadros que la integran, fuera de los lugares establecidos al efecto. En caso de incumplimiento de estas limitaciones de uso, o de disolución de la Fundación, se prevé que los cuadros pasen a formar parte del Patrimonio del Estado.

8) Por último, después de declarar expresamente la aplicación del régimen establecido en el artículo 54 de la Ley 37/1992, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, a las adquisiciones referidas en la norma presentada, se procede a



la habilitación de un crédito extraordinario para el pago de la primera anualidad del precio de la colección, cuyo importe se financiará con deuda del Estado.

## II. DERECHO REGISTRAL

### **10. REGISTRO GENERAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. Se aprueba su Reglamento.**

**Real Decreto 733/1993, de 14 de mayo («B.O.E.» del 15 de junio).**

En uso de la habilitación legal contenida en los artículos 129 y 130 de la Ley 20/1992, de 7 de julio (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al fascículo IV del tomo XLV de este Anuario, disposición n.º 2), y ante la necesidad de adaptar la regulación del Registro de la Propiedad Intelectual al modelo descentralizado que se deriva de la referida norma legal, se ha procedido a dictar el presente Real Decreto, cuya entrada en vigor se difiere hasta el 1 de marzo de 1994 debido a las dificultades que conlleva la puesta en funcionamiento del nuevo sistema. El contenido concreto de la norma presentada es, en síntesis, el siguiente:

— En el capítulo I se define el nuevo Registro General de la Propiedad Intelectual como agregado sistemático de los siguientes órganos:

- 1) Comisión de Coordinación.
- 2) Registros territoriales.
- 3) Registro Central, configurado en el nuevo sistema como red de información.

— El capítulo II se dedica a la regulación de las solicitudes de inscripción y anotación en el Registro, contemplándose sus requisitos, las personas legitimadas para solicitarlas, y la exigencia de documento público para el acceso de los derechos susceptibles de inscripción.

— El capítulo III acoge el procedimiento de actuación del Registro, que se fundamenta en el principio de tracto sucesivo.

— En el capítulo IV se contienen las disposiciones relativas a la resolución de las solicitudes, optándose por otorgar al silencio efectos desestimatorios.

— El capítulo V se refiere a la publicidad registral de los asientos y expedientes registrales, contemplándose algunas normas específicas en relación con la publicidad de los programas de ordenador, en atención a sus peculiaridades.

### **11. REGISTRO CIVIL. Se modifican los artículos 170 y 191 de su Reglamento.**

**Real Decreto 762/1993, de 21 de mayo («B.O.E.» del 22 de junio).**

La modificación llevada a cabo en el artículo 170 del Reglamento del Registro Civil ha consistido en sustituir la palabra empleada en la inscripción de nacimiento para designar a las personas del sexo femenino.

En el artículo 191 se introduce un nuevo párrafo segundo con la finalidad de que los nombres de uso corriente, impuestos por el encargado del Registro confor-

me a lo dispuesto en el artículo 191 párrafo primero del Reglamento del Registro Civil, puedan ser suprimidos mediante solicitud del interesado, una vez alcanzada por éste la mayoría de edad.

### III. DERECHO MERCANTIL

#### **12. DERECHO DE LOS CONSUMIDORES. Se aprueba el Estatuto del Consumidor en Cataluña.**

**Ley del Parlamento de Cataluña 3/1993, de 5 de marzo («B.O.E.» del 5 de abril).**

En desarrollo de la competencia exclusiva en materia de defensa de los consumidores y usuarios, asumida por la Comunidad autónoma de Cataluña según el artículo 12.1.5 de su Estatuto de Autonomía, se ha procedido a la promulgación de un texto normativo cuya única novedad destacable consiste en que su capítulo IV, dedicado a la regulación de los derechos lingüísticos de los consumidores, establece el derecho de los mismos a recibir en catalán las informaciones relativas al consumo y uso de bienes, productos y servicios, sin más limitaciones que las derivadas de la imprescindible adaptación gradual del mercado al nuevo marco legal.

Excepto la mencionada previsión y salvo que exista cierto rechazo a aplicar la legislación estatal o se pretenda ir creando un cierto estado de opinión tendente a considerar que la protección de los consumidores, pese a su indudable relevancia para la unidad de mercado, es una competencia a ejercitar en exclusiva y sin limitación alguna por las Comunidades Autónomas, nada parece justificar la promulgación de una norma que reitera los derechos reconocidos a este colectivo por la Ley estatal 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Y es que la Ley catalana, salvo algunos preceptos destinados a llamar la atención de los organismos administrativos con la finalidad de que presten especial atención a la tutela de determinados colectivos de consumidores (niños, adolescentes, gestantes, mayores de sesenta y cinco años, enfermos y minusválidos), y otros dedicados a incluir en un sólo texto algunas medidas protectoras contenidas también en normas estatales (adquirentes y arrendatarios de viviendas, en cuanto a la información que les ha de ser facilitada, por ejemplo), no aporta novedad alguna para compensar el deterioro de la seguridad jurídica que supone la cada vez mayor diversidad de textos normativos existente en nuestro país. Si sólo se trata de reproducir la legislación estatal, resultaría más sencillo y económico dejar que ésta cumpla con su papel de derecho supletorio del establecido por las Comunidades Autónomas. A menos, claro está, que se trate de identificar la producción normativa con el adecuado ejercicio de la autonomía.

Además, en el texto presentado se aprecia un preocupante incremento de la confusión de conceptos a que puede llevarnos la incontrolada extensión del denominado, con imprecisa terminología, derecho del consumo. Se contemplan así, en el apartado dedicado a la regulación del derecho a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores, siquiera sea de pasada, materias tales como la seguridad

viaria o la preservación del medio ambiente. Por si esto fuera poco, y en el propio preámbulo de la Ley presentada, se alude a la relación existente con otras leyes, aprobadas también por el Parlamento catalán, que guardan estrecha conexión con la protección de la seguridad, la salud y los intereses económicos de los consumidores y usuarios, citando como ejemplos la Ley 6/83, sobre residuos industriales, y la Ley 22/83, de protección del ambiente atmosférico. Posiblemente, la confusión se debe, en buena medida, a la sistemática utilizada por el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, que agrupa en una sección las materias relativas a los Consumidores y al Medio Ambiente, pero es que de continuar por este camino acabaremos sustituyendo el concepto de ciudadano, persona natural o, simplemente, ser humano, por el económico de consumidor, entendiendo que la libertad individual, la salud o el medio ambiente, no son sino servicios que el Estado ha de suministrar a los consumidores. En resumen, seremos usuarios de libertad y las declaraciones de derechos humanos podrán ser subsumidas en los derechos reconocidos a los consumidores.

### **13. MERCADO DE VALORES. Aprobación de normas de actuación en los mercados y establecimiento de registros obligatorios.**

**Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo («B.O.E.» del 21).**

La presente disposición continúa el desarrollo reglamentario de la Ley reguladora del Mercado de Valores (24/1988, de 28 de julio, reseñada en este Anuario, XLI-IV, disposición n.º 12 de la Información legislativa) en relación con las normas de conducta de las entidades que actúan en el mercado y de su personal y las relaciones entre tales entidades y sus clientes, tratando de establecer criterios generales de obligado cumplimiento.

Aunque el destinatario propio de estas normas son las entidades miembros de los Mercados de Valores, su aplicación se hace extensiva a todas aquéllas que, por cualquier otro concepto, intervengan en los mercados o realicen actividades a ellos relativos.

La imposición de normas de actuación a quienes actúen en los mercados se realiza indirectamente, mediante la elaboración de Códigos de conducta, que se prevén a dos niveles:

— Por una parte, las sociedades y agencias de valores deberán tener un reglamento interno de conducta que rija la situación de sus administradores, empleados y representantes. Este reglamento deberá contener necesariamente las normas que el Decreto establece con el suficiente detalle.

— Por otro lado, todas las entidades y personas relacionadas con los mercados de valores están sujetas al Código general de conducta que se incluye como anexo del presente Decreto. En él se establecen principios de actuación personal, de organización, obligaciones de información y criterios para la resolución de conflictos.

Además se prevé que puedan elaborar normas de conducta de obligado cumplimiento: El Ministerio de Economía y Hacienda, las entidades rectoras de los mercados, las asociaciones profesionales y la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

El sistema adoptado puede dar lugar a una exagerada proliferación de Códigos de conducta, aplicables cumulativamente y capaces de impedir el funcionamiento de los mercados. A ello se añade la introducción de normas reglamentarias que deben reproducirse en los Códigos, lo cual no sólo hace a éstos farragosos sino que desvirtúa la naturaleza de tales normas. Se trata, en definitiva, de importar sistemas de autorregulación propios de sistemas jurídicos distintos, cuyo encaje en un régimen administrativo como el español corre el riesgo de dejarlos inoperantes.

La segunda parte del Decreto se refiere a las relaciones entre los miembros de los mercados y sus clientes, estableciendo criterios sobre: La recepción de órdenes de operaciones, registro y archivo, tarifas de comisiones, documentos contractuales e información de operaciones realizadas.

**14. INSTITUCIONES DE INVERSION COLECTIVA. Se desarrolla la regulación de las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria.**

**Real Decreto 686/1993, de 7 de mayo («B.O.E.» del 25).**

La Ley 19/1992, de 7 de julio, reguló las Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria (véase su reseña en este Anuario, XLV-IV, disposición n.º 7 de la Información Legislativa) como modalidades de las Instituciones de Inversión colectiva no financieras. Se procede ahora al desarrollo y detalle de su régimen, pero también se aprovecha la disposición para introducir algún retoque en los requisitos de las inversiones de las sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y para modificar el Reglamento del Registro Mercantil, de forma que permita la inscripción de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria, antes no contemplados.

Para Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria se impone un capital social mínimo o patrimonio inicial de 1.500 millones de pesetas, con desembolso total. Se añaden normas detalladas sobre la tasación del valor de los inmuebles integrados en los Fondos.

El régimen fiscal de estas entidades difiere según el objeto social o el destino de su patrimonio, siendo especialmente favorable para las dedicadas exclusivamente a la inversión en viviendas para su arrendamiento.

**IV. DERECHO PROCESAL**

**15. ARBITRAJE DE CONSUMO. Se procede a la regulación del sistema arbitral de consumo.**

**Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo. («B.O.E.», del 21).**

Con la finalidad de dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 31 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en la disposición adicional segunda de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, el presente Real Decreto desarrolla un procedimiento arbitral destinado a resolver, con carácter vinculante y ejecutivo, las quejas o

reclamaciones de los consumidores y usuarios, relativas a sus derechos legalmente reconocidos.

Partiendo de la aplicación supletoria de la mencionada Ley 36/1988, el sistema arbitral de consumo se desarrolla en torno a las denominadas Juntas Arbitrales, cuyo ámbito territorial puede ser diverso. La disposición presentada prevé la posibilidad de que se establezcan Juntas Arbitrales municipales, de mancomunidad de municipios, provinciales y autonómicas, constituyéndose además una Junta Arbitral de ámbito nacional, cuya competencia se extiende al conocimiento de las solicitudes de arbitraje relativas a controversias que superen el ámbito autonómico y que sean presentadas a través de asociaciones de consumidores y usuarios cuyo ámbito territorial exceda también el de una sólo Comunidad Autónoma.

La formalización del convenio arbitral presenta dos variedades:

a) Si el reclamado ha realizado oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, el convenio arbitral quedará formalizado con la sólo presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre que dicha solicitud coincida con el ámbito de la oferta.

b) Si no ha verificado la mencionada oferta, la Junta Arbitral le notificará la solicitud de arbitraje, que deberá ser aceptada o rechazada en el plazo de quince días hábiles desde su recepción. Si el reclamado no contestara en ese plazo, la Junta ordenará el archivo de las actuaciones (arts. 6 y 9 del Real Decreto).

Se contempla expresamente la posibilidad de que las solicitudes de arbitraje presentadas por los consumidores y usuarios, las ofertas públicas de sometimiento al sistema arbitral, las revocaciones de estas ofertas, y la aceptación o rechazo de las solicitudes de arbitraje por el reclamado, se verifiquen por escrito o por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantice su autenticidad.

El procedimiento arbitral se somete a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad, contemplándose también los importantes aspectos relativos a la composición del colegio arbitral que habrá de resolver el litigio y a la designación de sus miembros.

En relación con el laudo arbitral, el Real Decreto establece que habrá de dictarse por escrito, en el plazo máximo de cuatro meses desde la designación del colegio arbitral, salvo que este plazo sea prorrogado por acuerdo expreso de las partes, y con el contenido mínimo establecido en la propia norma reglamentaria. Finalmente, en el artículo 17.1 se proclama el carácter vinculante del laudo, identificándose sus efectos con los de la cosa juzgada.

## V. OTRAS DISPOSICIONES

**16. REGLAMENTO NOTARIAL. Se incorporan nuevos párrafos al artículo 142 de este texto reglamentario.**

**Real Decreto 675/1993, de 7 de mayo («B.O.E.» del 8).**

Esta nueva regulación introduce una limitación al derecho de libre elección del Notario, que afecta exclusivamente al otorgamiento de escrituras sujetas al gravamen

gradual sobre los Actos Jurídicos Documentados (art. 31 p. 2 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, de 1980), y sólo cuando el lugar de formalización afecte a la cuantía de la deuda tributaria que corresponda.

Cumplidos tales requisitos, la disposición prevé tres casos:

- a) Escrituras referidas directamente a bienes inmuebles, que deberán otorgarse ante Notario competente en el territorio donde estén situados aquéllos.
- b) Escrituras de préstamo hipotecario, que, además de en el lugar de situación del bien, podrán otorgarse en el domicilio fiscal del prestatario cuando sea persona física.
- c) Otras escrituras sujetas, que deberán otorgarse en el domicilio fiscal del sujeto pasivo.

Como puede observarse, se trata de una norma puramente tributaria y de redacción atropellada, que se inserta como una cuña en el Reglamento Notarial. Su finalidad es terminar con la llamada «fuga de escrituras» producida últimamente hacia Navarra y el País Vasco, territorios forales que gozan de un trato fiscal reducido en el ámbito del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados. La dificultad de modificar los puntos de conexión para la aplicación territorial del Impuesto, que forman parte de los Concierdos económicos con las Comunidades Autónomas citadas, es la única justificación para introducir tales preceptos en el Reglamento.

#### **17. IMPUESTOS. Se aprueba una nueva tabla de coeficientes anuales de amortización.**

**Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de mayo de 1993 («B.O.E.» del 20).**

Los coeficientes fiscales para la amortización del valor de los elementos del activo de las empresas reciben una aplicación contable generalizada, sin limitarse a incidir sólo en la vertiente tributaria de las cuentas, de ahí que merezca destacarse la elaboración actualizada de una tabla de coeficientes que sustituye a la anterior, de 1965, reiteradamente completada y modificada.

Los nuevos coeficientes, más realistas que los anteriores, se agrupan en «Divisiones» establecidas según las actividades empresariales, y serán aplicables a los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 1993.

#### **18. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. Regulación especial de los procedimientos tributarios.**

**Real Decreto 803/1993, de 28 de mayo («B.O.E.» del 29).**

La Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (30/1992, de 26 de noviembre, reseñada en este Anuario, XLVI-I, disposición n.º 7 de la Información legislativa) permitió que los procedimientos tributarios continuasen regidos por sus disposiciones específicas, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la nueva Ley (disposición adicional quinta).

Con el fin de adecuar tales procedimientos a los nuevos criterios introducidos por esta Ley, se realiza una revisión general de su regulación, que incide especialmente sobre los siguientes extremos:

1— Plazos para la resolución, agrupándose los procedimientos que deben concluirse en uno o seis meses, y aquéllos que carecen de tal plazo prefijado (un ejemplo de éstos últimos son los procedimientos especiales de revisión regulados por la Ley General Tributaria).

2— Silencio negativo, que se producirá, entre otros muchos casos, respecto a las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento para el pago de deudas tributarias o de aplicación de regímenes bonificados.

Merece destacarse también la afirmación de la vigencia de las normas reguladoras del recurso de reposición previo al económico-administrativo (frente a la desaparición general de este recurso) y del procedimiento para la devolución de ingresos indebidos. Por el contrario, se deroga expresamente el procedimiento para la declaración del fraude de ley en materia tributaria, regulado por el Real Decreto 1919/1979, de 29 de junio.

# INFORMACIÓN COMUNITARIA

## Crónica de Legislación y Jurisprudencia Comunitarias

SANTIAGO ALVAREZ GONZÁLEZ

Profesor Titular de Derecho internacional privado.

### I. LEGISLACIÓN

#### A) *Normativa vigente*

#### CONSUMO

**1. Reglamento (CEE) núm. 339/93, del Consejo, de 8 de febrero de 1993, relativo a los controles de conformidad de productos importados de terceros países respecto a las normas aplicables en materia de seguridad de los productos, (DOCE, L, núm. 40, de 17 de febrero de 1993).**

Tras la supresión de los controles en las fronteras interiores de la Comunidad, el presente Reglamento se dirige a garantizar la entrada en el territorio comunitario de productos procedentes de terceros Estados que puedan considerarse conformes con las normas técnicas y de mercado interior en general, con especial mención de la protección frente a los que puedan suponer un peligro grave e inmediato para la salud o la seguridad. A tales efectos, se arbitra un sistema de comunicación entre las autoridades aduaneras y las «autoridades nacionales competentes en materia de vigilancia de mercado» y un sistema de verificación de la conformidad de los productos comercializados en el mercado comunitario o nacional respecto de la legislación comunitaria o nacional que les sea aplicable.

Cuando las autoridades aduaneras comprueben la presencia de un producto o lote de productos con características que puedan suscitar serias sospechas en cuanto a la existencia de un peligro grave e inmediato para la salud o la seguridad en caso de utilización del producto en condiciones normales y previsibles y/o cuando falte un documento que debe acompañar al producto o un marcado o etiquetado previsto por las normas comunitarias o nacionales, se lo comunicarán in-



mediatamente a las Autoridades nacionales competentes en materia de vigilancia de mercado. Estas últimas habrán de decidir sobre el despacho a libre práctica del producto (si no supone tal peligro y cumple las demás condiciones y formalidades) o su prohibición de puesta en el mercado, ordenando en este caso que las autoridades aduaneras estampen en los documentos que acompañen al producto la indicación de «producto peligroso — no se autoriza su despacho a libre práctica — Reglamento (CEE) núm. 339/93» o «Producto no conforme — no se autoriza su despacho a libre práctica — Reglamento (CEE) núm. 339/93». Si las autoridades aduaneras no recibieren comunicación alguna en el plazo de tres días laborales por parte de las autoridades nacionales, se despachará a libre práctica el producto.

**2. Reglamento (CEE) núm. 315/93, del consejo, de 8 de febrero de 1993, por el que se establecen procedimientos comunitarios en relación con los contaminantes en los productos alimenticios (DOCE, L, núm. 37 de 13 de febrero de 1993).**

**3. Directiva 93/5/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1993, relativa a la asistencia a la Comisión por parte de los Estados miembros y a su cooperación en materia de examen científico de las cuestiones relacionadas con productos alimenticios (DOCE, L, núm. 52 de 4 de marzo de 1993).**

El objeto de la presente Directiva es el de articular un mecanismo de cooperación entre las autoridades nacionales y la Comisión en materia de ayuda científica y transmisión de conocimientos relativos a productos alimenticios de tal forma que se favorezca la seguridad de los consumidores desde los puntos de vista de la nutrición, la microbiología y la toxicología. A tal efecto, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que sus autoridades y organismos competentes puedan cooperar con la Comisión y prestarle la asistencia necesaria para el examen científico de las cuestiones de interés público relacionadas con la alimentación, especialmente en el ámbito de la salud pública, en disciplinas relacionadas con la medicina, la nutrición, la toxicología, la biología, la higiene, la tecnología de los alimentos, la biotecnología, los nuevos alimentos y procesos, las técnicas de evaluación de riesgos, la física y la química (art. 1). Para ello cada Estado miembro designará a la autoridad u organismo responsable de la cooperación con la Comisión y de la distribución del trabajo entre los institutos pertinentes.

**4. Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (DOCE, L núm. 95, de 21 de abril de 1993).**

Con la adopción por el Consejo de las Comunidades Europeas de la presente Directiva concluye un largo proceso destinado a elaborar una norma comunitaria en materia de protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas de los contratos celebrados entre éstos y un profesional. Dicho proceso se inició con una

serie de Resoluciones del propio Consejo (DOCE, C, núm. 92, de 25 de abril de 1975; DOCE, C, núm. 133, de 3 de junio de 1981; DOCE, C, núm. 167, de 5 de julio de 1986) a las que se acompañaron, primero, la publicación por la Comisión de un documento de consulta con vistas a elaborar una propuesta de Directiva del Consejo y, más tarde, la aceptación expresa por parte de la Comisión de Asuntos Jurídicos del parlamento Europeo en 1985, y de la Comisión del Medio Ambiente, Salud Pública y Protección del Consumidor en 1986, de la necesidad de protección para el consumidor en materia de cláusulas abusivas; el primer resultado verdaderamente tangible se materializó en la Propuesta de Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores presentada por la Comisión el 3 de septiembre de 1990 (DOCE, C, núm. 243, de 28 de septiembre de 1990) con la que se pretendía eliminar las condiciones contrarias a Derecho en los contratos con consumidores, mediante la armonización de las leyes y prácticas de los Estados miembros. El 5 de marzo de 1992 el Consejo presentó una nueva Propuesta modificada de Directiva sobre la materia (DOCE, C núm. 73, de 24 de marzo de 1992) que, una vez más, tanto el Consejo como el Parlamento pretendieron en alguna medida variar (*Vid.* Decisión del Parlamento Europeo A-0409/92, en esta misma *Crónica*, núm. 31) hasta que, finalmente, el 5 de abril de 1993 se presenta la Directiva.

Las discusiones y debates que han acompañado el curso de los trabajos preparatorios de la presente Directiva permiten explicar algunas de las modificaciones de última hora que marcan las diferencias más notorias entre los términos de la misma y los de las dos propuestas que constituyeron sus más inmediatos precedentes. Otras responden a la propia dinámica de los trabajos comunitarios en materia de protección de los consumidores, en los que se comienzan a abordar de forma individualizada algunos de los problemas que al inicio del proceso sólo se citaban incidentalmente al socaire de las cláusulas abusivas. Ejemplo paradigmático de estas últimas es la falta de mención en el Anexo de la Directiva, sobre la lista indicativa de las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, de aquella cláusula que, referente a la adquisición de un inmueble en régimen de disfrute a tiempo compartido, pretendiese impedir el derecho del consumidor a retractarse del contrato en un determinado plazo de tiempo; este tipo de cláusula se incluyó expresamente en el Anexo de la Propuesta de 1990, inclusión que ya no se produjo en la modificada de 1992, una vez iniciados los trabajos destinados a elaborar una Directiva específica sobre el tema de la multipropiedad (*Vid.* *Crónica* anterior núm. 32; no obstante, la enmienda núm. 7 de la Decisión A3-0409/92 del Parlamento Europeo, que no fue aceptada, insistía en su expresa mención).

La diferencia más notable entre la presente Directiva y las dos Propuestas anteriores es, sin lugar a dudas, la restricción del ámbito de aplicación a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual (art. 3), puesto que tanto en el texto de 1990, como en el de 1992, se contemplaba la posibilidad de que ciertas cláusulas fuesen consideradas abusivas, incluso cuando hubiesen sido negociadas por separado. La Comisión, apartándose de sus consideraciones anteriores, acogió finalmente el criterio de quienes pensaban que no existía razón suficiente para limitar la libertad contractual en el caso de los contratos negociados individualmente ya que entonces la parte negociadora, aún

siendo un consumidor, estaría en condiciones de protegerse a sí misma precisamente a través de la negociación.

En lo que sí coincide la Directiva con sus dos Propuestas anteriores es en la delimitación de un concepto propio de quiénes han de ser parte en los contratos que regula, el «consumidor» por un lado, y el «profesional», por el otro (art. 2), lo que implícitamente excluye de su campo de actuación los contratos de trabajo, los relativos a los derechos de sucesión, los referentes al estatuto familiar y los relativos a la constitución y estatutos de sociedades, expresamente excluidos en la Propuesta de 1992. Del mismo modo, la Directiva suministra en su art. 3 un concepto autónomo de cláusula abusiva, concepto que es completado con el Anexo en el que se contiene una lista «indicativa y no exhaustiva» de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas. Conforme a dicho precepto «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». Es preciso reparar en el hecho de que, a tenor de este concepto, lo relevante para determinar si una cláusula contractual es o no abusiva es el desequilibrio en sí mismo, y no las condiciones subjetivas de la persona del consumidor, lo que en la práctica puede permitir a los Tribunales intervenir en la relación precio-mercancía con posterioridad a la celebración del contrato. Por su parte, en el Anexo se incluyen algunas de las condiciones generales que han sido relativamente frecuentes en la moderna contratación en masa, tales como la de exclusión o limitación de la responsabilidad por muerte o daños físicos (a), la multa penitencial unilateralmente favorecedora del profesional (d), la posibilidad de desestimiento unilateral del profesional sin notificación (g), la previsión de cesión de contrato sin el consentimiento del consumidor (p) o la cláusula tendente a suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor (q), si bien no se prohíbe directamente la cláusula de prorrogación de foro. Ha de insistirse, no obstante, en el carácter abierto de la lista incluida en el Anexo.

En el art. 5 de la Directiva se alude también al llamado «control de la inclusión» de las cláusulas o condiciones generales en un determinado contrato al señalarse, para los contratos que consten por escrito, que «estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible», a fin de asegurar la transparencia y publicidad suficientes para procurar el conocimiento de las mismas por parte del consumidor, lo que también se pretende con la referencia en el Anexo como cláusula abusiva a aquella que permita «hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato». En el propio art. 5 se recoge la llamada «regla contra proferentem», si bien se ha eliminado el otro criterio de interpretación característico de los contratos con condiciones generales, la «regla de la prevalencia», que sí aparecía en la Propuesta de 1992.

El art. 6,1 obliga a los Estados miembros a establecer que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional

«no vincularán al consumidor» si bien «dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si puede subsistir sin las cláusulas abusivas». Tanto la Propuesta de 1990, como la de 1992 decían expresamente que los Estados miembros deberían prever que las cláusulas abusivas fuesen «nulas», permaneciendo válido el resto del contrato, con lo que se consagraba claramente la nulidad parcial como sanción oportuna para este tipo de supuestos. La referencia a la «nulidad» de las cláusulas fue sustituida a última hora por el Consejo por la de «inoponibilidad al consumidor», aceptándose finalmente la modificación del Parlamento europeo de «no vinculatoriedad» para el consumidor, más ambigua que las anteriores y que parece permitir otro tipo de sanciones distintas de la nulidad de pleno derecho, aunque, sin duda, también pueda incluir a ésta.

La disposición del art. 6,2 incide en la necesidad de que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la Directiva por el hecho de que las partes hayan elegido una ley rectora del contrato perteneciente a un tercer país. Para ello, el contrato ha de mantener una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro. Las técnicas a través de las cuales puede articularse este mandato son diversas. Una de ellas podría asemejarse a lo dispuesto en el art. 5 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (BOE, de 19 de julio de 1993), siempre que, además de darse los criterios que exige, la residencia habitual del consumidor se halle en un Estado Comunitario; también cabría articular un régimen como el conocido por alguna legislación comunitaria (par. 12 AGBG alemana) o como el que preside el art. 2 de una de las últimas propuestas de borrador de ley sobre condiciones generales de la contratación (febrero de 1992): la delimitación unilateral del ámbito de aplicación o de toma en consideración de la propia ley (si la ley elegida fuese más favorable al consumidor, la protección de la Directiva —de mínimos— sobraría) mediante una condicionante evaluación de protección. La Directiva no impone los concretos índices de conexión con un Estado miembro (residencia habitual del consumidor, publicidad o reclamo para la contratación realizada en dicho estado, emisión de oferta en el mismo, emisión de la aceptación, necesidad de que ambas —oferta y aceptación— tengan lugar en un Estado parte, establecimiento principal del profesional en un Estado comunitario..., o varios de estos índices de conexión contemplados conjuntamente); el respeto por la concurrencia de esa «estrecha relación» (que no tiene por qué ser «la más estrecha relación») podrá adoptar diversas variantes en el desarrollo de la Directiva por cada Estado miembro. Por último, la consideración del núcleo de la regulación como de imperativa aplicación a la contratación internacional obviaría cualquier necesidad de recurso a una técnica normativa específica, aunque ésta tendría en todo caso la virtud de proporcionar un más alto grado de previsibilidad jurídica.

También con una cierta ambigüedad el art. 7 ordena a los Estados miembros que velen porque «existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas» (*Vid.* Decisión A3-0409/92 del Parlamento Europeo, que proponía la modificación de este precepto en el siguiente sentido: «Los Estados miembros prohibirán el uso de cláusulas abusivas en todos los contratos celebra-

dos con un consumidor por una persona que ejerza una actividad comercial...») y admite la legitimación activa de las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, para acudir a los órganos judiciales y administrativos competentes con el fin de que éstos determinen el carácter abusivo o no de las cláusulas controvertidas; igualmente, se prevé la posibilidad de que estos recursos se dirijan tanto frente a los profesionales individual o colectivamente, como frente a sus asociaciones.

Finalmente, la Directiva se autocalifica como «Directiva de mínimos», permitiendo a los Estados miembros adoptar disposiciones más estrictas destinadas a garantizar al consumidor un mayor nivel de protección y ordena que, a más tardar el 31 de diciembre de 1994, los Estados miembros adapten su normativa interna a estas disposiciones.

**5. Reglamento (CEE) núm. 207/93, de la Comisión, de 29 de enero de 1993, por el que se define el contenido del anexo VI del Reglamento (CEE) núm. 2092/91, del Consejo, sobre la *producción agrícola ecológica* y su indicación en los productos agrarios y alimenticios y por el que se establecen las disposiciones particulares de aplicación del apartado 4.<sup>o</sup> del art. 5 de dicho Reglamento (DOCE, L, núm. 25, de 2 de febrero de 1993).**

**6. Reglamento (CEE) núm. 1593/93 de la Comisión, de 24 de junio de 1993, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 3713/92 por el que se aplaza la fecha de aplicación del apartado 1 del art. 11 del Reglamento (CEE) núm. 2092/91 del Consejo, sobre la *producción agrícola ecológica* y su indicación en los *productos agrarios y alimenticios*, en relación con las importaciones procedentes de determinados terceros países (DOCE, L, núm. 153, de 25 de junio de 1993).**

#### MEDIOAMBIENTE

**7. Reglamento (CEE) núm. 3952/92, del Consejo, de 30 de diciembre de 1992, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 594/91, de 4 de marzo de 1991 en lo relativo a la aceleración del ritmo de eliminación de las *sustancias que agotan la capa de ozono* (DOCE, L, núm. 405, de 31 de diciembre de 1992).**

En el marco del Protocolo de Montreal la Comunidad decide acelerar los plazos de supresión progresiva de la producción de clorofluorocarbonos y sustancias de efecto equivalente sobre la capa de ozono.

**8. Directiva 92/112/CEE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1992, por la que se fija el régimen de armonización de los programas de reducción, con vistas a la supresión de la *contaminación* producida por los residuos de la in-**

**dustria del dióxido de titanio (DOCE, L, núm. 409, de 31 de diciembre de 1992).**

**9. Reglamento (CEE), núm. 259/93, del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea (DOCE, L, núm. 30, de 6 de febrero de 1993).**

La normativa relativa a residuos que obliga a los Estados miembros es ingente: Directiva 84/631/CEE, del Consejo, que regula la vigilancia y el control de los traslados transfronterizos de residuos peligrosos (DOCE, L, núm. 326, de 13 de diciembre de 1984), modificada en último lugar por la Directiva 91/692/CEE (DOCE, L, núm. 377, de 31 de diciembre de 1991), Convenio de Basilea, de 22 de marzo de 1989, sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y de su eliminación (*vid.* en esta misma *Crónica* el núm. 10), la Decisión del Consejo de la OCDE, de 30 de marzo de 1992, sobre el control de los movimientos transfronterizos de residuos destinados a operaciones de valorización... Esta situación, así como el deseo de que en el ámbito doméstico (vigilancia y control de los traslados de residuos dentro de un Estado miembro) se respeten unos criterios mínimos a fin de garantizar un elevado nivel de protección del medio ambiente y la salud humana, ha determinado la adopción del presente Reglamento que trata de regular *in extenso* el régimen de traslado de residuos haciendo efectivos los principios de proximidad, prioridad de valorización (no mera eliminación) y autosuficiencia a nivel comunitario y nacional.

A estos fines se hace un tratamiento individualizado de diversas variables estrechamente interrelacionadas entre sí, a saber: a) traslados de residuos destinados a la eliminación y traslado de residuos destinados a la valorización; b) traslados de residuos entre Estados miembros, dentro de un Estado miembro, exportación de residuos desde los Estados miembros a Estados no miembros, importación de residuos a la Comunidad y tránsito de residuos a través de la Comunidad; c) régimen particular en función del Estado no miembro implicado: Estado ACP, Estado firmante del Convenio de Basilea, Estado donde se aplique la decisión de la OCDE...

El Reglamento pivota sobre la consideración de traslado legal de residuo a través de la correspondiente notificación y la regularidad del *documento de seguimiento*; se establecen los supuestos de traslado ilícito y las consecuencias de los mismos (todas ellas tendentes más que a la sanción, a la eliminación o aprovechamiento ambientalmente racional de los residuos), la constitución de una fianza o seguro equivalente para todo traslado de residuo comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento, que habrá de cubrir los gastos de transporte, así como los de eliminación o valorización, y la obligación de que los Estados establezcan las medidas necesarias para garantizar la correcta ejecución del Reglamento, entre las que podrán incluirse inspecciones de las empresas y establecimientos y control *in situ* de los cargamentos.

**10. Decisión del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad, del Convenio para el control de la eliminación y el transporte transfronterizo de residuos peligrosos (Convenio de Basilea) (DOCE, L, núm. 39, de 16 de febrero de 1993).**

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 22 y 23 del Convenio de Basilea referido, elaborado bajo los auspicios del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la Comunidad Económica Europea lo aprueba sujetando su responsabilidad con independencia de que los Estados miembros sean o lleguen a ser parte (art. 22.2).

El Convenio, que se adjunta en el DOCE junto a la decisión del Consejo, se dirige a autodisciplinar el tráfico internacional de desechos peligrosos (los enunciados en los anexos del propio Convenio o los declarados como tales por la legislación de cada Estado Parte). Para ello se establecen determinadas medidas de información entre autoridades y una larga serie de obligaciones y limitaciones del tráfico transfronterizo de desechos peligrosos. Concretamente, el Convenio, a través de su art. 4,5, parece establecer una protección mayor para los Estados no parte que para los que sean o lleguen a serlo; efectivamente, este precepto dispone que ninguna Parte permitirá que los desechos peligrosos y otros desechos se exporten a un Estado que no sea Parte o se importen de un Estado que no sea Parte (limitación del movimiento transfronterizo a los Estados Parte); además, el movimiento transfronterizo sólo será admitido cuando el Estado de exportación no posea capacidad técnica ni medios adecuados para eliminar dichos desechos de forma ambientalmente racional; cuando el Estado de importación los necesite para sus industrias de reciclado o recuperación o cuando las partes expresamente lo acuerden sin vulnerar los objetivos del Convenio. Entre estos objetivos está el fundamental de protección de las exigencias medioambientales en general, pero, a su lado, existe una preocupación por la protección de los países técnicamente atrasados o en vías de desarrollo, por lo que esta finalidad convencional habrá de servir de límite cuando el propio convenio remite en ocasiones a las Partes la autorregulación de los movimientos: subyace en todo momento la idea de interdicción de creación de basureros internacionales en los Países en vías de desarrollo.

Los objetivos del Convenio tratan de ser salvaguardados mediante la regulación de los movimientos transfronterizos a través de Estados que no sean Partes, la imposición de la obligación de reimportar los desechos cuando el movimiento transfronterizo no se pueda llevar a cabo de acuerdo con las condiciones del contrato, la tipificación de la ilicitud del tráfico (movimiento sin notificación a todos los Estados interesados —incluidos los no Parte—, sin su consentimiento...), o la llamada a los Estados parte para que adopten las medidas normativas necesarias para considerar actividad delictiva al tráfico ilícito de desechos peligrosos.

**11. Directiva 93/12/CEE, del Consejo, de 23 de marzo de 1993, relativa al contenido de azufre de determinados combustibles líquidos (DOCE, L, núm. 74, de 27 de marzo de 1993).**

12. Reglamento (CEE) núm. 926/93, de la Comisión, de 1 de abril de 1993, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1696/87 por el que se establecen determinadas modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 3528/86, del Consejo, relativo a la *protección de los bosques* en la Comunidad contra la contaminación atmosférica (DOCE, L, núm. 100, de 26 de abril de 1993).

13. Directiva 93/18/CEE, de la Comisión, de 5 de abril de 1993, por la que se adapta al progreso técnico por tercera vez la Directiva 88/379/CEE del Consejo sobre aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la *clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos* (DOCE, L, núm. 104, de 29 de abril de 1993).

*Vid.* la Directiva 93/21/CEE, de la Comisión, de 27 de abril de 1993 (presente *Crónica* núm. 14) y las Directivas del Consejo 92/32 de 30 de abril de 1992 y Directiva 92/37, de la Comisión, de 30 de abril de 1992 (*Crónica* anterior núms. 5 y 6, respectivamente).

14. Directiva 93/21/CEE, de la Comisión, de 27 de abril de 1993, por la que se adapta al progreso técnico, por decimotava vez, la Directiva 67/548, del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de *clasificación, embalaje y etiquetado de sustancias peligrosas* (DOCE, L, núm. 110, de 4 de mayo de 1993).

*Vid.* la Directiva del Consejo 92/32 de 30 de abril de 1992 y la Directiva 92/37, de la Comisión, de 30 de abril de 1992 (*Crónica* anterior núms. 5 y 6, respectivamente).

15. Decisión del Consejo de 17 de mayo de 1993, relativa a la adhesión de la Comunidad al Protocolo al Convenio sobre la *contaminación atmosférica transfronteriza a gran distancia*, de 1979, relativo a la lucha contra las emisiones de óxidos de nitrógeno o sus flujos transfronterizos (DOCE, L, núm. 149, de 21 de junio de 1993; el Protocolo se adjunta a la Decisión).

16. Reglamento (EURATOM) núm. 1493/93, del Consejo, de 8 de junio de 1993, relativo a los *traslados de sustancias radiactivas* entre los Estados miembros (DOCE, L, núm. 148, de 19 de junio de 1993; *vid.* la propuesta modificada en esta misma *Crónica* núm. 35).

El traslado de fuentes selladas o residuos radiactivos dentro de la Comunidad se supedita a la obtención de una declaración escrita por parte del destinatario donde conste que éste ha cumplido en el Estado de destino todas las prescripciones de las disposiciones aplicables. Tal declaración habrá de ser supervisada y sellada por las autoridades competentes de dicho Estado. Asimismo, la persona que haya efectuado u organizado el traslado deberá remitir una información detallada



de las entregas realizadas cada trimestre a las autoridades del Estado miembro de destino.

#### TRANSPORTE

**17. Decisión de la Comisión, de 17 de febrero de 1993 sobre la solicitud presentada por España para la aprobación por parte de la Comisión de medidas de salvaguardia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del Reglamento (CEE) núm. 3577/92 por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo) (DOCE, L, núm. 49, de 27 de febrero de 1993).**

La presente decisión viene a responder a la solicitud presentada por España en el sentido de obtener una excepción de doce meses en la aplicación del Reglamento 3577/92, habida cuenta de la situación poco competitiva de la industria naviera española en relación con otras industrias de la Comunidad y de la muy reciente puesta en marcha de determinadas medidas normativas adoptadas por España y que aún no han podido conseguir los objetivos a los que se destinaban (fundamentalmente la Ley sobre puertos y marina mercante de 25 de noviembre de 1992, por la que se crea un registro especial para los buques y las empresas navieras, abierto para los buques que operen en el comercio internacional, así como la Orden ministerial de 23 de diciembre de 1992, por la que nuestro país adoptó medidas unilaterales de salvaguardia de acuerdo con lo dispuesto en el citado Reglamento comunitario, que suspendían la aplicación del mismo para España durante un período de tres meses). La Comisión ante la posibilidad de que se produzca una perturbación grave del mercado interior de transportes sin conceder un período determinado para la aplicación efectiva de los acuerdos y regulaciones comunitarios, decidió, por un lado, derogar la medida unilateral de salvaguardia adoptada por España y, por otro, conceder al territorio continental de nuestro país una exclusión de seis meses en el ámbito de aplicación del Reglamento 3577/92; siempre bajo condición de que en caso de que no hubiese ningún buque español disponible en un momento dado para hacer frente a la demanda de servicios de transporte de cabotaje continentales, las autoridades españolas permitirán que los buques de otros Estados miembros suministren dichos servicios.

**18. Información relativa a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la Confederación Suiza en el ámbito del Transporte de mercancías por carretera y ferrocarril, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 (DOCE, L, núm. 33, de 9 de febrero de 1993).**

Puesto que el canje de los instrumentos de notificación de la conclusión de los procedimientos necesarios para la entrada en vigor del Acuerdo (*vid.* DOCE, L, núm. 373, de 21 de diciembre de 1992), se efectuó el día 22 de enero de 1993, di-

cho Acuerdo entrará en vigor el 22 de enero de 1993, con arreglo a lo dispuesto en su art. 21.

**19. Reglamento (CEE) núm. 1617/93, de la Comisión, de 25 de junio de 1993, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y *prácticas concertadas* que tengan por objeto la planificación conjunta y la coordinación de horarios, la utilización conjunta de líneas, las consultas relativas a las *tarifas de transporte de pasajeros y mercancías en los servicios aéreos regulares* y la asignación de períodos *horarios en los aeropuertos* (DOCE, L, núm. 155, de 26 de junio de 1993; *vid.* los núms. 10 a 13, de la *Crónica* anterior).**

**20. Reglamento (CEE) núm. 1618/93 de la Comisión, de 25 de junio de 1993, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 83/91 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos entre empresas sobre *sistemas informatizados* de reserva para servicios de *transporte aéreo* (DOCE, L, núm. 155, de 26 de junio de 1993).**

#### PROPIEDADES ESPECIALES

**21. Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 1992, relativa a la creación de un Comité científico de *denominaciones de origen, indicaciones geográficas* y certificados de características específicas (DOCE, L, núm. 13, de 21 de enero de 1993).**

En el marco de desarrollo de los Reglamentos CEE núm. 2081/92, del Consejo, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios (DOCE, L, núm. 208, de 24 de julio de 1992; *cf.*, núm. 15 de la anterior *Crónica* de legislación y jurisprudencia comunitarias) y CEE núm. 2082/92, se crea un Comité científico que asistirá a la Comisión en los problemas fundamentales relativos al carácter genérico del nombre y a los elementos de definición de la denominación de origen y de la indicación geográfica de los productos agrícolas y alimenticios, así como a la aplicación de los criterios relativos a la lealtad en las transacciones comerciales y el riesgo de confusión del consumidor, en los casos de conflicto entre la denominación de origen o la indicación geográfica y las marcas, nombres homónimos o productos existentes legalmente comercializados.

#### POLÍTICA SOCIAL

**22. Reglamento (CEE) núm. 302/93, del Consejo, de 8 de febrero de 1993, por el que se crea un Observatorio europeo de la *droga y las toxicomanías* (DOCE, L, núm. 36, de 12 de febrero de 1993).**

**23. Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 1993, por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria para las *personas minusválidas* (HELIOS II 1993-1996) (DOCE, L, núm. 36 de 9 de marzo de 1993).**

#### ENTIDADES DE CRÉDITO Y EMPRESAS DE INVERSIÓN

**24. Directiva 92/121/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1992, sobre supervisión y control de las operaciones de gran riesgo de las entidades de crédito (DOCE, L, núm. 29, de 5 de febrero de 1993).**

Con el objetivo de garantizar la solvencia de las entidades de crédito y evitar pérdidas derivadas de la concentración excesiva de riesgos en un único cliente o grupo de clientes, la presente Directiva (de mínimos) establece un régimen jurídico común de supervisión y control de las operaciones consideradas como de gran riesgo; éstas no son otras que las que posean, respecto de un cliente o grupo de clientes relacionados entre sí, un valor igual o superior al 10% de los fondos propios (art.3). Tales operaciones se sujetarán a un sistema de comunicación y control, al tiempo que se establece un límite de gran riesgo para un mismo cliente o grupo del 25% de los fondos propios, y un límite general según el cual las entidades de crédito no podrán contraer grandes riesgos cuyo valor acumulado supere el 800% de los fondos propios (art. 4). La Directiva, de marcado tenor técnico, establece también un casuístico régimen de excepciones a estas reglas, de autorizaciones y de medidas a adoptar para el ajuste de los riesgos a los límites establecidos.

**25. Directiva 93/22/CEE, del Consejo, relativa a los *servicios de inversión* en el ámbito de los valores negociables (DOCE, L, núm. 141, de 11 de junio de 1993).**

Con el doble objeto de garantizar al máximo la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento de las empresas de inversión, así como proteger a los inversores, la Presente Directiva establece las bases de un reconocimiento mutuo de las autorizaciones y de los sistemas de supervisión prudencial, posibilitando así una única autorización con validez en toda la Comunidad bajo el principio de supervisión por el Estado miembro de origen. A tales efectos, se establecen unas definiciones muy amplias de valores negociables y de instrumentos de mercado monetario, sólo válidas a los efectos del objeto regulado por la Directiva y no extrapolables a otros ámbitos. Ninguna de las disposiciones de la Directiva afectará a las disposiciones que regulan la oferta pública de los instrumentos que en ellas se regulan; a esta exclusión sustancial se suman exclusiones subjetivas, tales como compañías de seguros, empresas que no prestan servicios a terceros, sujetos que sólo de forma accesoría prestan tales servicios (abogados, notarios...), bancos centrales y demás organismos que realicen análogas funciones, entre otras. La directiva regula las condiciones de acceso a la actividad, relaciones con países terceros, condiciones de ejercicio de la actividad y sistemas de supervisión, autoridades responsables de la concesión de la autorización y de la supervisión...

**26. Directiva 93/6/CEE, del Consejo, de 15 de marzo de 1993, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito (DOCE, L, núm. 141, de 11 de junio de 1993).**

En el marco de la Directiva 93/22/CEE, la presente, dentro del ámbito de la supervisión de las empresas de inversión y las entidades de crédito, establece una serie de disposiciones en torno a los importes mínimos de capital inicial en función de las actividades que tales entidades estén autorizadas a desarrollar (los Estados miembros podrán dictar normas más estrictas), con la finalidad de garantizar la continuidad de las entidades y proteger a los inversores.

MATERIAS VARIAS: SEGURO DIRECTO DISTINTO DEL DE VIDA, FORMACIONES PROFESIONALES, BIENES CULTURALES

**27. Información relativa a la fecha de entrada en vigor del acuerdo entre la Comunidad Económica Europea y la Confederación Suiza relativo al seguro directo distinto del seguro de vida (DOCE, L, núm. 33, de 9 de febrero de 1993).**

El Acuerdo entre la CEE y la Confederación Suiza relativo al seguro directo distinto del seguro de vida, firmado en Luxemburgo el 10 de octubre de 1989 (*vid.* DOCE, L, núm. 205, de 27 de julio de 1991), entró en vigor el 1 de enero de 1993 y el intercambio de instrumentos de ratificación se llevó a cabo el 24 de junio de 1992.

**28. Reglamento (CEE) núm. 698/93, del Consejo, de 23 de marzo de 1993, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1360/78, relativo a las agrupaciones de productores y a sus asociaciones (DOCE, L, núm. 74, de 27 de marzo de 1993).**

**29. Directiva 93/7/CEE, del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (DOCE, L, núm. 74, de 27 de marzo de 1993).**

*Vid.* la Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro (DOCE, C, núm. 172, de 8 julio 1992) y el Reglamento CEE núm. 3911/92, del Consejo, de 9 de diciembre de 1992, relativo a la exportación de bienes culturales (DOCE, L, núm. 395, de 31 de diciembre de 1992), ambos en los núms. 46 y 29 respectivamente de la Crónica anterior. Las modificaciones más relevantes entre el texto definitivo y el de la Propuesta reseñada en la anterior Crónica afectan a la prescripción de la acción de restitución (arts. 8 de la Propuesta y 7 de la Directiva), así como a las condiciones en las que el poseedor del bien tendrá derecho a una indemnización (arts. 10 de la propuesta y 9 de la Directiva).

B) *Propuestas, proyectos, trabajos legislativos*

## CONSUMO

**30. Propuesta de decisión del Consejo relativa al establecimiento de un sistema comunitario de intercambio de información sobre determinados productos que pueden poner en peligro la seguridad o la salud de los consumidores (DOCE, C, núm. 347, de 31 de diciembre de 1992).**

Cualquier Estado miembro que decida adoptar medidas destinadas a impedir, restringir o imponer condiciones específicas a la comercialización o utilización en su territorio de un producto o de un lote de productos debido a su no conformidad con la normativa comunitaria o nacional que les sea aplicable y que puedan poner en peligro la salud o la seguridad de los consumidores cuando se utilicen en condiciones normales y previsibles, deberá informar de ello a la Comisión. Si es posible, se consultará previamente al fabricante, distribuidor o importador del producto o del lote de productos. La decisión se aplicará a todos los productos destinados a consumidores con excepción de los destinados exclusivamente a uso profesional y los que sean objeto de disposiciones con procedimientos equivalentes en el marco del Derecho comunitario.

**31. Resolución A3-0409/92, del Parlamento Europeo, respecto de la posición común adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de una directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE, C, núm. 42, de 15 de febrero de 1993; *vid. supra* en esta misma *Crónica* el núm. 4)).**

**31. bis. Resolución A3-0380/92, del Parlamento Europeo, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad a las políticas de medio ambiente y protección del consumidor (DOCE, C, núm. 42, de 15 de febrero de 1993).**

La presente Resolución es una muestra de la reacción del Parlamento Europeo contra un excesivo recurso al principio de subsidiariedad, tal como parece haber salido perfilado tras la cumbre de Maastricht. El Parlamento, «...considerando que la repatriación de las competencias de la política de medio ambiente y protección del consumidor y el debilitamiento de las normas mínimas comunitarias armonizadas socavarían directamente el mercado único... que existen suficientes evidencias de que los Estados miembros y las instituciones de la Comunidad no están facilitando el acceso generalizado a los conocimientos relativos al medio ambiente y a la protección del consumidor...» resuelve una serie de declaraciones tendentes al fortalecimiento de las competencias comunitarias frente a la descentralización de las políticas medioambiental y de consumo. Gráficamente, entre otras solicitudes, «...Pide que la Comisión defienda el interés de la mejora del medio ambiente de la Comunidad en su conjunto y resista con firmeza cualquier intento de debilitar este principio mediante definiciones inadecuadas de

subsidiariedad que únicamente tratan de repatriar la responsabilidad legislativa a los Estados nacionales, y que se basan en consideraciones mezquinas o nacionalistas».

**32. Resolución del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre futuras medidas de etiquetado de productos para la protección del consumidor (DOCE, C, núm. 110, de 20 de abril de 1993).**

En el marco de las prioridades del desarrollo de la política de protección de los consumidores (*vid. Crónica* anterior núm. 2, 3, 5 y 6), el Consejo adopta una resolución en materia de etiquetado donde se llama la atención de la Comisión para que considere que el etiquetado habrá de ser, en particular, comprensible (legible y fácil de entender para el consumidor), claro (distinguir entre el etiquetado del producto y la información del mismo incluida la publicidad), pertinente (no engañoso, con la información suficiente para permitir al consumidor realizar su opción de compra), transparente (que permita la comparación dentro del mismo grupo de productos), verificable (desde el punto de vista de los controles administrativos) y viable (fácil de aplicar por los fabricantes, detallistas y servicios de control). La Comisión, asimismo, debería contemplar la necesidad de incluir garantías y servicios post-venta, así como estudiar el mecanismo técnico más apropiado para articular una normativa eficaz (enfoque horizontal o combinado, disposiciones mínimas o plena armonización, sistema obligatorio o voluntario...).

#### MEDIO AMBIENTE

**33. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las medidas que deben adoptarse contra la contaminación atmosférica causada por las emisiones de los vehículos de motor y por la que se modifica la Directiva 70/220/CEE, presentada por la Comisión el 20 de enero de 1993 (DOCE, C, núm. 56, de 26 de febrero de 1993).**

**34. Propuesta de decisión del Consejo relativa a la aprobación de la enmienda al Protocolo de Montreal sobre las sustancias que agotan la capa de ozono, aprobada en noviembre de 1992 en Copenhague por las Partes en el Protocolo (DOCE, C, núm. 103, de 14 de abril de 1993; *vid. en el* núm. 9 de la *Crónica* anterior la Directiva del Consejo, relativa a la contaminación atmosférica por ozono; y, en la presente, Reglamento (CEE) núm. 3952/92, *supra* núm. 7).**

**35. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a envases y residuos de envases (DOCE, C, núm. 129, de 10 de mayo de 1993; *vid. en el* núm. 35 de la *Crónica* anterior).**

36. Propuesta modificada de Reglamento (EURATOM) del Consejo sobre los *traslados de sustancias radiactivas* en el interior de la Comunidad Europea (DOCE, C, núm. 174, de 25 de junio de 1993).

37. Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 1 de febrero de 1993, sobre un Programa comunitario de política y actuación en materia de *medio ambiente y desarrollo sostenible* (DOCE, C, núm. 138, de 17 de mayo de 1993; incorpora el Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenido).

#### ENTIDADES DE CRÉDITO Y EMPRESAS DE INVERSIÓN

38. Propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 85/611/CEE por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados *organismos de inversión colectiva* en valores mobiliarios (OICVM) (DOCE, C, núm. 59, de 2 de marzo de 1993).

39. Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a los *sistemas de garantía de depósitos* (DOCE, C, núm. 178, de 30 de junio de 1993; *vid. Crónica* anterior núm. 38).

40. Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la libertad de gestión e inversión de los fondos de los *organismos de previsión para la jubilación* (DOCE, C, núm. 171, de 22 de junio de 1993).

#### POLÍTICA SOCIAL

41. Propuesta modificada de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 90/679/CEE sobre la *protección de los trabajadores* contra los riesgos relacionados con la exposición a *agentes biológicos* en el trabajo (DOCE, C, núm. 82, de 23 de marzo de 1993).

42. Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la *protección de los jóvenes* en el trabajo (DOCE, C, núm. 77, de 18 de marzo de 1993).

Las modificaciones sobre la anterior propuesta (DOCE, C, núm. 84, de 4 de abril de 1992) radican fundamentalmente en una mayor atención a las relaciones entre trabajo juvenil e infantil y formación escolar obligatoria, evaluación previa a cargo del empresario de la naturaleza, grado y duración del trabajo respecto de posibles peligros del mismo (evaluación que deberá constar en la información que

por escrito deberá aportar a los jóvenes y a sus padres), duración de la jornada, pausas y mínimo período vacacional.

**43. Propuesta de Directiva del Consejo sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (DOCE, C, núm. 77, de 18 de marzo de 1993).**

**44. Propuesta de Reglamento (Euratom, CECA, CEE) del Consejo, por el que se modifica el Estatuto de los funcionarios así como el régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres (DOCE, C, núm. 104, de 15 de abril de 1993).**

**45. Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo (DOCE, C, núm. 165, de 16 de junio de 1993).**

#### PERSONAS JURÍDICAS

**46. Modificaciones introducidas por el Parlamento Europeo a la Propuesta del Reglamento del Consejo, por el que se establece el Estatuto de la Asociación Europea (DOCE, C, núm. 42, de 15 de febrero de 1993).**

La Propuesta de Reglamento de Estatuto de la Asociación Europea responde a las exigencias del mercado interior europeo —más en concreto, a la libertad de establecimiento— y a la necesidad de complementar la normativa comunitaria ya existente en materia asociativa (fundamentalmente, la llamada sociedad europea y las agrupaciones de interés económico). La Asociación Europea (AE) se define en el propio articulado del Reglamento como una «organización de carácter permanente cuyos socios pondrán en común sus conocimientos o actividades, para un fin de interés general... o para el fomento directo o indirecto de intereses sectoriales y/o profesionales», añadiendo que «El producto de cualquier actividad económica ejercida por la AE se destinará únicamente a la consecución de su objeto quedando excluido el reparto de beneficios entre los socios». La amplia definición contenida en el precepto permite considerar incluida en ella tanto las llamadas tradicionalmente «asociaciones» (agrupaciones de personas que pretenden alcanzar un fin común), como las «fundaciones» (patrimonio adscrito a un fin de interés general), con tal de que cumplan los requisitos mencionados en el art. 3 del propio Reglamento. Es más, según este último artículo, podrán constituir una AE, o bien un mínimo de dos entidades jurídicas mencionadas en el Anexo (donde se citan expresamente para España las asociaciones y fundaciones), o bien un mínimo de 21 personas físicas. De acuerdo con lo indicado, el único presupuesto excluyente es el llamado «fin de lucro», lo que deja fuera de la presente regulación,



no sólo a las clásicas sociedades que ya han sido objeto de normativa comunitaria, sino también a la llamada «Fundación-Empresa», de tanta importancia en la actualidad.

Por lo demás, el dato significativo que diferencia una asociación puramente nacional de la AE es su carácter transaccional, definido bien porque las entidades jurídicas constitutivas pertenezcan a Estados miembros distintos, bien porque las personas físicas que la constituyen tengan la nacionalidad de dos Estados miembros y la residencia en éstos. Se permite también la transformación, sin previa disolución, de una asociación nacional en una AE, con tal de que demuestren una actividad transnacional efectiva. Nota importante de la AE es que la misma sólo adquirirá plena personalidad jurídica con la inscripción en el Registro del Estado del domicilio que éste designe, evitándose con ello cualquier riesgo de clandestinidad. En este sentido, el presente Reglamento demuestra una notable preocupación por la publicidad de los estatutos y actos de la asociación, ordenando incluso la publicación de algunos actos y datos en los boletines oficiales del Estado en el que la AE tenga su domicilio y, de forma abreviada, en el DOCE.

En el apartado correspondiente al Derecho aplicable se prevé una disposición que señala la normativa supletoria en los ámbitos no cubiertos por el Reglamento (normativa del Estado del domicilio de la AE que dicho Estado determine), haciendo especial mención (cláusula federal, regional o autonómica) del caso en el que el Estado miembro a cuya normativa se remite tenga carácter plurilegislativo en materia de asociaciones, lo que tiene especial interés en el caso de España, donde ya existe legislación autonómica específica sobre asociaciones (País Vasco) y fundaciones (Cataluña, Galicia y Canarias). Se regula también con profusión el régimen de competencias y funcionamiento de los órganos de la asociación (Asamblea general, órgano de Administración) y su régimen financiero; por último, se disciplina el régimen de disolución y liquidación de la persona moral, así como el supuesto de insolvencia de la misma, tema que se deja a la legislación del Estado del domicilio, pero que deberá constar en el Registro correspondiente.

**47. Modificaciones introducidas por el Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la Asociación Europea en lo que respecta al cometido de los trabajadores (DOCE, C, núm. 42, de 15 de febrero de 1993).**

**48. Modificaciones introducidas por el Parlamento Europeo de la Propuesta de Reglamento, del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea (DOCE, C, núm. 42, de 15 de febrero de 1993).**

El Parlamento Europeo introduce modificaciones a la Propuesta de reglamento que crea una Sociedad Cooperativa Europea (SCE) y la dota del instrumento jurídico adecuado para facilitar el desarrollo de sus actividades transnacionales. La

Propuesta de Reglamento (DOCE, C, núm. 99, de 21 de abril de 1992) establece una regulación detallada y completa de la SCE, sobre la base de principios de funcionamiento específicos y distintos de los que observan otros operadores jurídicos. El objeto esencial perseguido implica que una SCE pueda estar constituida por entidades jurídicas de Estados miembros distintos o por la transformación, sin previa disolución, de una cooperativa nacional, siempre que esa cooperativa tenga su domicilio y su administración central en la Comunidad y un establecimiento o una filial en otro Estado miembro distinto del de su administración central, efectuando una actividad transnacional efectiva y real. A pesar de que la Propuesta hace una llamada al Derecho nacional de los Estados miembros y al Derecho comunitario relativo a sociedades mercantiles y al sector de los servicios financieros, lo cierto es que establece un régimen pormenorizado que comprende los requisitos relativos a la constitución de la SCE, su domicilio, el cambio de domicilio, normas que determinan la ley aplicable a la misma (también con inclusión de una cláusula autonómica), condiciones de inscripción, publicidad relativa a su vida societaria, estatutos, y funcionamiento de la vida societaria, con descripción de sus órganos y las reglas de su funcionamiento, normas relativas al capital, recursos propios, recursos externos, verificación de contabilidad, disolución, liquidación y situaciones concursales.

**49. Modificaciones introducidas por el Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta al cometido de los trabajadores (DOCE, C, núm. 42, de 15 de febrero de 1993).**

**50. Modificaciones introducidas por el Parlamento Europeo a la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de la Mutualidad Europea (DOCE, C, núm. 42, de 15 de febrero de 1993).**

La Mutualidad Europea cuya Propuesta de Reglamento es modificada por el Parlamento Europeo (*vid.* Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece el Estatuto de la mutualidad europea, DOCE, C, núm. 99, de 21 de abril de 1992) será la constituida como tal por entidades jurídicas de Estados miembros distintos o por la transformación de una mutualidad nacional siempre que esta mutualidad tenga su domicilio y su administración central en la Comunidad y un establecimiento o una filial en otro Estado miembro distinto del de su administración central, siempre que en este último caso, la mutualidad ejerza una actividad transnacional efectiva y real. La regulación de la ME mediante la presente propuesta no tiene por objeto los regímenes obligatorios básicos de seguridad social que en algunos Estados miembros son gestionados por mutualidades de previsión, ni afecta a la libertad de los Estados miembros para ceder a las ME la gestión de tales regímenes para fijar las condiciones de esta cesión. La regulación de que es

objeto la ME es esencialmente similar, en cuanto al ámbito material, a la de la SCE (*vid. supra* en esta misma Crónica, núm. 48).

**51. Modificaciones introducidas por el Parlamento Europeo a la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se completa el Estatuto de la Mutualidad Europea en lo que respecta al cometido de los trabajadores (DOCE, C, núm. 42, de 15 de febrero de 1993).**

#### TRANSPORTES

**52. Propuesta de Reglamento (CEE) del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 2299/89, por el que se establece un código de conducta para los sistemas informatizados de reserva, presentada por la Comisión el 12 de enero de 1993 (DOCE, C, núm. 56, de 26 de febrero de 1993).**

En el marco de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE, la presente Propuesta trata de garantizar una utilización racional e igualitaria de los Sistemas Informatizados de Reservas (SIR) por parte de todos los operadores comerciales intervinientes en el tráfico aéreo. La Propuesta considera como SIR cualquier sistema informatizado que contenga información, entre otras cuestiones, acerca de aspectos de las compañías aéreas tales como horarios de vuelo, plazas disponibles, tarifas y servicios afines, ya posean o no medios para efectuar reservas o expedir billetes. El control, cesión, venta, explotación o utilización de un SIR, han de ajustarse a unos requisitos que no falseen la libre competencia entre las distintas empresas. Para ello los vendedores de sistemas (quienes aseguran la explotación o comercialización de un SIR) ofrecerán a todas las compañías aéreas la oportunidad de participar, sobre una base de igualdad y no discriminación, en sus medios de distribución dentro de los límites de la capacidad disponible del sistema y atendidas las restricciones que escapen al control del vendedor. Esta obligación con cargo al vendedor de un SIR coexiste con obligaciones a cargo de las compañías aéreas, como son la de facilitar información (para su inclusión en un SIR) completa, fidedigna, exacta, inequívoca y transparente, ya esté destinada a sus propios SIR, ya a un SIR de una empresa competidora. Además, la Propuesta incorpora los requisitos que han de cumplir la «presentación principal» de información dirigida al consumidor. Dicha presentación principal, concebida como una «representación global y neutra de datos relativos a los servicios aéreos entre parejas de ciudades dentro de un período determinado», habrá de contener datos sobre horarios de vuelo, tarifas y plazas disponibles de manera clara y completa, sin discriminación o sesgo alguno, en particular en cuanto al orden en que se presenta la información dentro de los límites indicados por el consumidor para cualquier fecha determinada. Los criterios de ordenación de la información no se basarán en ningún factor directa o indirectamente relacionado con la identidad de las compañías aéreas.

## LIBRE COMPETENCIA

**53. Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos nacionales para la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE (DOCE, C, núm. 39, 13 de febrero de 1993).**

Dentro del marco comunitario de defensa de la competencia, la interacción de diversas instituciones y de distintas instancias en la garantía de la libertad de mercado hace que el buen funcionamiento del mecanismo de la competencia en el mercado interior exija una cooperación eficaz entre todas ellas. Recurriendo a diversos pasajes de la presente comunicación, puede comprobarse el alcance de la misma en la búsqueda de una coordinación eficaz. El propio art. 5 del Tratado CEE sienta el principio de una cooperación permanente entre la Comunidad y los Estados miembros para alcanzar los objetivos del Tratado, entre los que figura, en la letra f) del art. 3, el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común. Este principio implica obligaciones y deberes de asistencia mutua, tanto para los Estados miembros como para las instituciones de la Comunidad. Por ello, el TJCE determinó que la Comisión está obligada, en virtud del art. 5 del Tratado CEE, a cooperar con las autoridades judiciales de los Estados miembros encargadas de velar por la aplicación y el respeto del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico nacional.

En relación con la aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CEE, el Juez nacional puede verse obligado a pronunciarse sobre los mismos en varias situaciones procesales. Cuando se trata de procedimientos de Derecho privado, se suelen ejercer dos tipos de acción: la contractual y la no contractual por daños y perjuicios. En el primer caso, la parte demandada se acoge por lo común al apartado 2 del art. 85 para refutar las obligaciones contractuales alegadas por la parte demandante. En el segundo, las prohibiciones de los arts. 85 y 86 suelen ser pertinentes para determinar si el comportamiento que causó el daño alegado es ilegal. En este tipo de circunstancias, el efecto directo del apartado 1 del art. 85 y del art. 86 Tratado CEE confiere a los órganos jurisdiccionales nacionales competencia suficiente para cumplir con su obligación de resolver el caso. Sin embargo, al ejercer estas competencias, deben tener en cuenta las de la Comisión, con objeto de evitar decisiones que podrían contradecir las que ésta haya tomado o previsto. La presente comunicación trata de establecer unas pautas de comportamiento para alcanzar la coordinación debida en este ámbito.

Ciertamente, los principios enunciados en la misma son complejos (y así lo reconoce la propia Comisión), y en ocasiones, insuficientes para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ejercer correctamente su función. Esto es particularmente cierto —apunta la comunicación— cuando la aplicación de los arts. 85 y 86 Tratado CEE plantea problemas jurídicos o económicos, cuando la Comisión ha iniciado un procedimiento sobre el mismo asunto sobre el que conoce el Juez nacional o cuando se trata de un acuerdo que puede ser objeto de una exención individual con arreglo al apartado 3 del art. 85. En estos casos, los órganos

jurisdiccionales nacionales pueden recurrir al TJCE para que se pronuncie con carácter prejudicial, de conformidad con el art. 177 del Tratado CEE, así como solicitar la asistencia de la Comisión al amparo del mecanismo *ad hoc* que articula la presente comunicación.

#### PROPIEDADES ESPECIALES

**54. Dictamen del Comité Económico y Social sobre la modificación de la propuesta de Reglamento (CEE) del consejo, relativa a la colocación y a la utilización de la *marca CE de conformidad* para productos industriales con el fin de convertirlo en (A) una propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifican las Directivas 87/404/CEE (recipientes a presión simples), 88/378/CEE (seguridad en los juguetes), 89/106/CEE (productos de construcción), 89/336/CEE (compatibilidad electromagnética), 89/392/CEE (máquinas), 89/686/CEE (equipos de protección individual), 90/384/CEE (instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático), 90/385/CEE (productos sanitarios implantables activos), 90/396/CEE (aparatos de gas), 91/263/CEE (equipos terminales de telecomunicación), 92/42/CEE (calderas nuevas de agua caliente alimentadas con combustibles líquidos o gaseosos), y 72/23/CEE (material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión), y (B) una propuesta de Decisión del Consejo por la que se modifica la Decisión del Consejo de 13 de diciembre de 1990 (90/683/CEE) relativa a los módulos correspondientes a las diversas fases de los procedimientos de evaluación de la conformidad para completarla mediante disposiciones referentes al sistema de colocación y utilización del marchamo CEE de conformidad (DOCE, C, núm. 129, de 10 de mayo de 1993).**

#### MATERIAS VARIAS: CULTURA, ESTADO CIVIL, ESTUDIANTES

**55. Resolución del Consejo y de los ministros de cultura reunidos en el Consejo el 17 de mayo de 1993, sobre la promoción de la *traducción de obras de teatro* contemporáneos europeas (DOCE, C, núm. 160, de 12 de junio de 1993).**

**56. Pregunta escrita núm. 3301/92 del Sr. E. Glinne a la Comisión de las Comunidades Europeas (6 de enero de 1993). Asunto: *Derecho internacional privado* contrario al principio de igualdad entre los sexos y respuesta de Sir Leon Brittan en nombre de la Comisión (31 de marzo de 1993) (DOCE, C, núm. 162, de 14 de junio de 1993).**

«La Comunidad sólo puede intervenir en el ámbito del Derecho internacional privado en la medida en que las materias que las normas de Derecho internacional privado regulen, figuren dentro del campo de aplicación del Tratado. El Derecho relativo al estado de las personas físicas es, en principio, competencia de los Estados miembros... Sin embargo, del punto 6 del artículo K.1 del Tratado de la Unión Europea se deduce que los Estados miembros consideran desde ahora la

cooperación judicial en materia civil como un asunto de interés común; el art. K.3 prevé que el Consejo podrá, a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, adoptar acciones comunes y celebrar convenios en esta materia» (vid. la STJCE de 30 de marzo de 1993, As. C-168/91, en esta misma *Crónica*, núm. 68).

**57. Pregunta escrita núm. 3419/92 del Sr. Elmar Brok a la Comisión de las Comunidades Europeas (25 de enero de 1993). Asunto: *separación/divorcio de los padres*. Respuesta del Sr. Flynn en nombre de la Comisión (5 de abril de 1993) (DOCE, C, núm. 162, de 14 de junio de 1993).**

«La política familiar no entra dentro de las competencias comunitarias. No obstante, sobre la base de las conclusiones de los Ministros encargados de la familia reunidos en el seno del Consejo de 29 de septiembre de 1989, la Comisión organiza intercambios de experiencias y de información por medio del establecimiento de un Observatorio europeo de políticas familiares nacionales... En este contexto, la Comisión no tiene competencia en lo relativo al derecho de custodia conjunta de los padres tras el divorcio...»

**58. Propuesta de directiva del Consejo relativa al *derecho de residencia de los estudiantes* (DOCE, C, núm. 166, de 17 de junio de 1993).**

El art. 1 de la presente Propuesta condensa su alcance y finalidad. A su tenor «...Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para facilitar el ejercicio del derecho de residencia con objeto de garantizar el acceso a la formación profesional sin discriminaciones. A tal efecto, reconocerán el derecho de residencia a todo estudiante nacional de un Estado miembro que no disponga ya de ese derecho con arreglo a otra disposición de Derecho comunitario, así como a su cónyuge y a sus hijos a cargo, que, mediante declaración o, a elección del estudiante, mediante cualquier otro medio al menos equivalente, garantice a la autoridad nacional correspondiente que dispone de recursos para evitar que, durante su período de residencia, se conviertan en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida, y siempre que el estudiante esté matriculado en un centro de enseñanza y reconocido para recibir con carácter principal una formación profesional y dispongan de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida» (vid. la STJCE de 7 de julio de 1992, Asunto C-295/90, en el núm. 62 de la *Crónica* anterior).

## II. JURISPRUDENCIA DEL TJCE Y DEL TJPICE

### LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

**59. STJCE de 19 de enero de 1993, As. C-361/90, *Comisión contra República Portuguesa*. Incumplimiento de un Estado (no). *Adecuación progresiva***

*de los monopolios. Condiciones de adhesión de la República Portuguesa. Obligaciones que le incumben en virtud del apartado 1 del artículo 208 del Acta de adhesión de España y Portugal. Monopolio de los alcoholes etílicos de origen agrícola y no agrícola. Monopolio de adquisición y suministro de aguardientes de vino destinados a la producción de vino de Oporto. Medidas transitorias. Su elección incumbe a la República portuguesa. Desestimación del recurso.*

60. STJCE de 19 de enero de 1993, As. C-76/91, *Caves Neto Costa SA (CNC) contra Ministro de Comercio y Turismo y Secretario de Estado para el Comercio Exterior*. Cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 37 del Tratado CEE y del artículo 208 del Acta de Adhesión de España y Portugal. *Monopolio nacional de carácter comercial* de los alcoholes en Portugal. Acta de adhesión de la República Portuguesa a las Comunidades Europeas. No implica necesariamente que, durante el período transitorio, se abran contingentes para la libre importación de los productos que constituyen el objeto del monopolio, procedentes de los restantes Estados miembros.

61. STJCE de 21 de enero de 1993, As. C-188/91, *Deutsche Shell AG contra HZA Hamburg-Harburg*. Cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del Convenio relativo a un régimen común de tránsito, celebrado entre los países de la AELC y la CEE, aprobado por Decisión 87/415/CEE del Consejo. El Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de las modificaciones introducidas por la Comisión mixta creada por el Convenio. Arts. 11, apartado 4, y 15, apartado 2, del Convenio. *Identificación de las mercancías garantizada mediante precinto*. Facultad, atribuida a la aduana de partida, de eximir de la obligación de precinto.

62. STJCE de 11 de febrero de 1993, As. C-291/91. *Textilveredlungsgesellschaft GmbH & Co. KG contra Hauptzollamt Nürnberg-Fürth*. Cuestión prejudicial. Libre circulación de mercancías. Apartado 2 del artículo 3 del Reglamento (CEE) n.º 1999/85 del Consejo, relativo al régimen de perfeccionamiento activo. Apartado 7 del artículo 3 y de la letra c) del apartado 1 del artículo 5 del Reglamento (CEE) n.º 3677/86 del Consejo, de 24 de noviembre de 1986, por el que se establecen algunas disposiciones de aplicación del citado Reglamento (CEE) n.º 1999/85. Contrato de trabajo sin suministro de materiales celebrado entre un comitente y un operador establecidos en la Comunidad. Realización de *operaciones de perfeccionamiento en mercancías no comunitarias*. El operador que presente la solicitud de autorización ante las autoridades aduaneras competentes, habrá de hacerlo en nombre de su comitente.

63. STJCE de 18 de mayo de 1993, As. C-126/91, *Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft contra Y. Rocher GmbH*. Cuestión prejudicial. Arts. 30 y 36 del Tratado CEE. *Libre circulación de mercancías*. Norma nacional sobre *publicidad comercial*. Restricciones cuantitativas. Medidas de efecto equivalente. Prohibición de practicar una publicidad basada en la

comparación de precios antiguos y nuevos de los propios productos. *Protección de los consumidores* contra la publicidad engañosa. Adecuación de la disposición nacional al fin perseguido. Vulneración de las exigencias del Tratado.

64. STJCE de 19 de mayo de 1993, As. C-81/91, *Tj. Twijnstra contra Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*. Recurso prejudicial. Sector de la leche y productos lácteos. Interpretación y validez del art. 3 bis, apartado 2, párrafo 3.º, del Reglamento (CEE) núm. 875/64, del Consejo, en su versión modificada por el Reglamento (CEE) núm. 764/89, del Consejo.

65. STJCE de 29 de abril de 1993, As. C-59/92, *Hauptzollamt Hamburg-St. Annen contra Ebbe Sönnichsen GmbH*. Cuestión prejudicial. Derechos de importación. Art. 4 del Reglamento (CEE) núm. 1495/80 de la Comisión, de 11 de junio de 1980, modificado por el Reglamento (CEE) núm. 1580/81, de la Comisión. Determinación del *valor en aduana* de las mercancías defectuosas. No ha lugar a distinción alguna en función de que la disminución del valor en aduana se produzca antes o después del traslado del riesgo al comprador.

66. STJCE de 25 de mayo de 1993, As. C-271/92, *Société Laboratoire de prothèses oculaires contra Union Nationales des syndicats d'opticiens de France y otros*. Cuestiones prejudiciales. Interpretación de los arts. 30 y 36 del Tratado CEE. Legislación nacional relativa a la venta de *lentes de contacto* y *gafas graduadas*. Venta reservada únicamente a los titulares que dispongan de un diploma óptico. Justificación amparada en motivos relativos a la protección de la salud pública.

#### LIBERTADES PERSONAS. SERVICIOS

67. STJCE de 26 de enero de 1993, As. C-112/91, *Hans Werner contra Finanzamt Aachen-Innenstadt*. Artículo 52 del Tratado CEE. Cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de las disposiciones de este Tratado relativas al derecho de establecimiento y a la prohibición de *discriminación por razón de la nacionalidad*. Impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. Imposición para los nacionales de una carga fiscal más gravosa cuando no residan en dicho Estado, que cuando residan en él. Compatibilidad con el Derecho comunitario (sí).

68. STJCE de 10 de marzo de 1993, As. C-111/91, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo*. Libre circulación de personas. Art. 52 del Tratado CEE. Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1986; Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971 tal como fue modificado y puesto al día por el Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo de 2 de junio de 1983. Requisitos de residencia para la concesión de asignaciones por *nacimiento de hijos* y *prestaciones de maternidad*. Legislación nacional: exigencia de domicilio



legal durante el año anterior; nacimiento en el territorio luxemburgués; reconocimientos legales previstos. Legislación contraria al Derecho comunitario. Incumplimiento de las obligaciones impuestas por las disposiciones señaladas.

69. STJCE de 30 de marzo de 1993, As. C-168/91, *Christos Konstantinidis contra Stadt Altensteig y otros*. Cuestión prejudicial. Interpretación de los arts. 5, 7, 48, 52, 59 y 60 del Tratado CEE. Libre ejercicio del derecho de establecimiento. Servicios. Nombre de las personas físicas. Transcripción hecha en los registros del Estado Civil. Traducción del nombre. Convenio internacional. Pronunciación desnaturalizada. Riesgo de una confusión de personas ante clientela potencial. Art. 52 Tratado CEE. Discriminación.

70. STJCE de 31 de marzo de 1993, As. C-19/92, *Dieter Kraus contra Land BadenWürttemberg*. Cuestión prejudicial. Arts. 48 y 52 del Tratado CEE. Trabajadores. Establecimiento. Utilización de un diploma universitario de tercer ciclo obtenido en otro Estado miembro. Necesidad de autorización administrativa previa. Condiciones y garantías del procedimiento.

71. STJCE de 4 de mayo de 1993, As. C-17/92, *Federación de Distribuidores Cinematográficos contra Estado Español*. Cuestión prejudicial. Libre prestación de servicios. Art. 59 del Tratado CEE. Normativa nacional destinada a favorecer la distribución de películas nacionales. Reserva de concesión de licencias de doblaje a los distribuidores que se comprometen a distribuir películas nacionales. Vulneración de la normativa comunitaria.

72. STJCE de 11 de mayo de 1993, As. C-304/91, *H.J.J. van Doesselaer contra Minister van Verkeer en Waterstaat*. Cuestión prejudicial. Directiva 74/561/CEE, del Consejo, de 12 de noviembre de 1974, relativa al acceso a la profesión de transportista de mercancías por carretera en el sector de los transportes nacionales e internacionales. Capacidad profesional.

#### LIBRE COMPETENCIA

73. STJCE de 26 de enero de 1993, Ass. acumulados C-320/90, C-321/90 y C-322/90, *Telemarsicabruzzo SpA contra Circostel, Ministero delle Poste e Telecomunicazioni y Ministero della Difesa e.a.* Cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de las disposiciones del Tratado en materia de competencia radiodifusión y televisión. Observaciones presentadas por las partes fragmentarias e incompletas. Conocimiento insuficiente de los hechos alegados. Imposibilidad de interpretación de las normas comunitarias en relación con la situación objeto de litigio. No pronunciamiento.

74. STJCE de 3 de febrero de 1993, As. C-148/91, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie contra Commissariaat voor de Media*. Artículos 59 y 67 del Tratado. Cuestiones prejudiciales. Ley holandesa por la que se regula el

suministro de programas de *radiodifusión* y de *televisión* (Mediawet). Prohibición de participación en el capital de una sociedad establecida o por establecer en otro Estado miembro. *Prohibiciones necesarias* para garantizar el carácter pluralista y no comercial del sistema audiovisual instaurado por dicha legislación. Compatibilidad de las medidas con el Tratado CEE (sí).

75. STJCE de 16 de febrero de 1993, Ass. acumulados C-159/91 y C-160/91, *C. Poucet e.a. contra Assurances Générales de France e.a.* Política Social. Libre competencia. Cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 85 y 86 del Tratado. Cotizaciones de Seguridad Social adeudadas a determinadas *cajas de seguro de enfermedad*. Cajas de seguro de enfermedad que gozan de una *posición dominante*. Concepto de empresa. Función de carácter exclusivamente social de las cajas de seguro de enfermedad, o los organismos que colaboran en la gestión del servicio público de la Seguridad Social. El concepto de empresa en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado, no contempla dichos organismos.

76. STJCE de 17 de marzo de 1993, As. C-92/91 y C-73/91, *Sloman Neptun Schiffahrts AG contra Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*. Política social. Cuestión prejudicial. Arts. 92 y 117 del Tratado CEE. Legislación nacional sobre navegación marítima. Empleo de *marineros extranjeros* sin domicilio ni residencia fija en la RFA en *condiciones de trabajo* y de retribución menos favorables que las de los marineros alemanes. Ley aplicable al contrato de trabajo distinta de la ley alemana. Dicho régimen de contratación no constituye una *ayuda de Estado* en el sentido del art. 92,1 del Tratado CEE ni es opuesta al art. 77 del mismo.

77. STJCE de 24 de marzo de 1993, As. C-313/90, *Comité international de la rayonne et des fibres synthétiques (CIRFS) y otros contra Comisión*. Concesión de incentivos para la ordenación del territorio. *Ayudas estatales*; necesidad de notificación previa a la Comisión. Procedimiento del art. 93,2 Tratado CEE. Art. 173 Tratado CEE. Recurso contra Decisión de la Comisión. Anulación de la Decisión por la que la Comisión se negó a iniciar el procedimiento previsto en el art. 93,2 del Tratado CEE contra el otorgamiento de ayudas públicas.

78. STJCE de 31 de marzo de 1993, Ass. acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö y otros contra Comisión*. Cuestiones prejudiciales. *Prácticas concertadas* entre empresas establecidas en países terceros sobre los precios de venta a compradores establecidos en la Comunidad. Concertación general sobre precios de transacción. Concertación general sobre precios anunciados. Concertación en el seno de la FIDES. Cláusulas de prohibición de exportar y revender.

79. STJCE de 22 de abril de 1993, As. T-9/92, *Automóviles Peugeot S.A. y Peugeot S.A.* Competencia. Distribución de automóviles. Obstaculización de importaciones paralelas en calidad de intermedia-

rio para usuarios finales. Reglamento de exención por categoría. Concepto de intermediario autorizado. Violación del principio de seguridad jurídica.

80. STJCE de 18 de mayo de 1993, Ass. acumulados C-356/90 y C-180/91, *Reino de Bélgica contra Comisión. Ayudas a la construcción naval. Incompatibilidad con el mercado común. Directiva 87/167/CEE, del Consejo. Techo máximo de las ayudas fijado para 1989: vulneración. Determinación de dicho techo y posibles excepciones.*

81. STJCE de 19 de mayo de 1993, As. C-320/91, *Procureur du Roi contra P. Corbeau*. Competencia. Recurso prejudicial. Arts. 86 y 90 de Tratado CEE. Compatibilidad de la normativa belga sobre el *monopolio postal*. Actividad que no compromete el equilibrio económico del servicio de interés económico general asumido por el titular del derecho exclusivo. Normativa que prohíbe tal actividad: vulneración del art. 90 del Tratado CEE.

82. STJCE de 19 de mayo de 1993, As. C-198/91, *William Cook PLC contra Comisión*. Régimen general de *ayudas regionales*. Compatibilidad con el mercado común. Arts. 92, apartado 3, letra a), 93, apartado 3, del Tratado CEE. Decisión de la Comisión: irregularidad del procedimiento. Necesidad de procedimiento de investigación previsto por el art. 93,2 Tratado CEE. Denuncia de una empresa. Recurso de anulación. Estimación.

83. STPICE, As. T-65/89, *BPB Industries Plc y British Gypsum Limited contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Competencia. *Abuso de posición dominante*. Contrato de compra en exclusiva. Afectación al comercio entre Estados miembros. Decisión 89/22/CEE de la Comisión. Imputabilidad de la infracción. Violación del derecho de defensa. Falta de prueba de la infracción. Solicitud de *anulación de la Decisión*.

#### POLÍTICA SOCIAL

84. STJCE de 3 de febrero de 1993, As. C-275/91, *Iacobelli contra INAMI e.a.* Cuestión prejudicial. El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 46 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, y el apartado 4 del artículo 36 del Reglamento (CEE) n.º 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 1408/71, tal como resultaron modificadas y codificadas por el Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983, no se oponen a que una institución de un Estado miembro, ante la que una institución de otro Estado miembro haya presentado una solicitud de *pensión de invalidez* basada en el artículo 40 del Reglamento n.º 1408/71, atribuya a un trabajador una *pensión de vejez* en lugar de la pensión de inva-

lidez a la que el interesado renunció para obtener la pensión de vejez, que le resultaba más favorable.

85. STJCE de 17 de febrero de 1993, As. C-173/91, *Comisión contra Bélgica*. Política Social. Directiva 76/207/CEE del Consejo. Normativa que priva a las trabajadoras de más de 60 años del derecho a las *indemnizaciones complementarias por despido*. Incumplimiento de las obligaciones que incumben en virtud del artículo 119 del Tratado.

86. STJCE de 18 de febrero de 1993, As. C-218/91, *Miriam Gobbis contra Landesversicherungsanstalt Schwaben (LVAS)*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Interpretación del artículo 78 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio en su versión codificada del Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983. Cálculo de un *complemento familiar* de prestación que deba abonarse en virtud de dicha disposición. Situación de *orfandad*. Relación entre complementos.

87. STJCE de 18 de febrero de 1993, As. C-193/92, *Fioravante Luigi Boga contra Union nationale des mutualités socialistes (UNMS)*. Libre circulación de personas. Cuestión prejudicial. Interpretación del artículo 51 del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo. *Prestación de invalidez concedida por un Estado miembro a un trabajador migrante y liquidada conforme a lo dispuesto en los artículos 40 y 46 de dicho reglamento*. Adaptación: cálculo. Prohibición de acumulación. Legislación nacional.

88. STJCE de 30 de marzo de 1993. As. C-282/91, *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank contra A. de Wit*. Cuestión prejudicial. Interpretación de la letra a) del punto 2 de la Parte J del Anexo VI del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, en la versión que resulta del Reglamento (CEE) n.º 2332/89 del Consejo, de 18 de julio de 1989, así como en la versión correspondiente anterior, tal como resultaba del Reglamento (CEE) n.º 2001/83 del Consejo, de 2 de junio de 1983. *Seguridad Social*. Modalidades particulares de aplicación de la legislación neerlandesa sobre el *seguro general de vejez*. Concepto de residencia.

89. STJCE de 30 de marzo de 1993, As. C-328/91, *Secretary of State for Social Security contra E. Thomas y otros*. Cuestión prejudicial. Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de *igualdad de trato* entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Igualdad de trato. Prestaciones de invalidez. Relación con la edad de jubilación.

90. STJCE de 22 de abril de 1993, As. C-65/92. *ONP contra Raffaele Levantino*. Cuestión prejudicial. Arts. 46 y 51 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo, de 14 de junio de 1971. *Seguridad Social*. Pensiones de jubilación a cargo de dos Estados miembros. Fijación y adaptación de la cuantía de una prestación como la renta garantizada.

91. STJCE de 27 de mayo de 1993, As. C-310/91, *Hugo Schmid contra Estado Belga*. Cuestión prejudicial. Arts. 2 y 3 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, del Consejo. Prestación por minusvalía como derecho propio (no). Prestación por minusvalía como derecho derivado de la condición de miembro de la familia de un trabajador. Art. 7,2 del Reglamento (CEE) núm. 1618/68 del Consejo, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad: base jurídica para la solicitud de prestación por *minusvalía para adulto*, según la legislación nacional de la residencia.

#### PROCEDIMIENTO INSTITUCIONAL

92. STJCE de 13 de enero de 1993, As. C-293/91, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*. Medio ambiente. Consumidores. Directiva 85/374/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por *productos defectuosos*. No comunicación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas adoptadas. *No adaptación del Derecho interno* a la Directiva. Incumplimiento.

93. STJCE de 19 de enero de 1993, As. C-101/91, *Comisión contra República Italiana*. Art. 171 Tratado CEE. *Inejecución de la Sentencia* del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1989, Comisión/Italia (203/87) por la que se declara un incumplimiento. Abstención de adopción de determinadas medidas para cumplir una sentencia del Tribunal de Justicia. Adopción de medidas específicas destinadas a prorrogar un régimen de exención fiscal declarado contrario al Derecho comunitario por una sentencia del Tribunal de Justicia que tiene fuerza de cosa juzgada. Incumplimiento.

94. Auto TPICE de 19 de febrero de 1993, Ass. acumulados T-7/93 R y T-9/93 R, *Langnese Iglo y Schöller Lebensmittel contra Comisión*. Competencia. *Procedimiento sobre medidas provisionales*. Intervención. Confidencialidad. Medidas Provisionales. Admisión de la intervención de tercero en apoyo de las pretensiones de la parte demandada. Confidencial en la fase del procedimiento.

95. STJCE de 23 de marzo de 1993, As. C-314/91, *Beate Weber contra Parlamento Europeo*. *Diputado del Parlamento Europeo*. Resolución del Parlamento Europeo denegando la indemnización transitoria de fin de mandato. Solicitud de nulidad de la denegación. Concepto de «fin de mandato». Fin de mandato antes del término de la legislatura: dimisión voluntaria. Situación no amparada por la finalidad de la norma. (No obstante). Imposibilidad de interpretación restrictiva posterior de disposiciones con consecuencias económicas, en detrimento de los potenciales beneficiarios. Ataque a la seguridad jurídica. Anulación de la resolución del Parlamento Europeo.

96. STJCE de 23 de marzo de 1993, As. C-345/92, *Comisión contra República Federal de Alemania*. Incumplimiento. *Inejecución de una Sentencia del TJCE* por la que se declara un incumplimiento. «La República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, al no adaptar las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1987, dictada en el asunto 414/85, y, por consiguiente, para adaptar su ordenamiento jurídico a la Directiva 79/409/CEE, del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres».

97. STJCE de 1 de abril de 1993, As. C-25/91. *Pesqueras Echebaster S.A. contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Pesca. Ayuda financiera comunitaria para la construcción de barco de pesca. Procedimiento. Arts. 175, 178 y 215 del Tratado CEE. Abstención de la Comisión. Solicitud de indemnización. No.

98. Auto TPICE de 13 de mayo de 1993, As. T-24/93 R, *Compagnie Maritime Belge Transport N.V. contra Comisión*. Competencia. *Procedimiento sobre medidas provisionales*. Intervención de tercero en apoyo de las pretensiones de la parte demandada. Suspensión de la ejecución. Solicitud de tratamiento confidencial respecto a determinados elementos de la demanda.

99. STJCE de 18 de mayo de 1993, As. C-220/91-P, *Comisión contra Stahlwerke Peine-Salzgitter AG*. Recurso de Casación contra STPICE de 27 junio 1991. Arts. 34 Tratado CECA y 176 Tratado CEE. Responsabilidad extracontractual de la Comunidad. *Requisitos de admisibilidad de una acción de indemnización ante el TJCE*. Anulación previa de las decisiones impugnadas. Desestimación del recurso.

#### COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y RECONOCIMIENTO DE DECISIONES

100. STJCE de 19 de enero de 1993, As. C-89/91, *Shearson Lehman Hutton Inc. contra TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen GmbH*. Cuestión prejudicial. Artículo 13, párrafos primero y segundo del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la *competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales* en materia civil y mercantil. Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores. Concepto de *consumidor*. Acción ejercitada por una sociedad, cesionaria de los derechos de un particular. No puede beneficiarse de las normas especiales para determinar la competencia que el Convenio prevé en materia de contratos celebrados por los consumidores.

101. STJCE de 22 de abril de 1993, As. C-172/91, *Volker Sonntag contra Hans Waidmann y otros*. Cuestión prejudicial. Interpretación de los arts. 1, 27 y 37 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la *competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales* en materia civil y mercantil. Sen-

**tencia penal con pronunciamiento accesorio sobre responsabilidad civil. Concepto de «materia civil». Recursos: terceros interesados. Cédula de emplazamiento. Rebeldía del demandado.**

#### MEDIO AMBIENTE Y CONSUMIDORES

**102.** STJCE de 10 de marzo de 1993, As. C-186/91, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica. Medio ambiente y consumidores*. Artículo 189 del Tratado CEE. Artículo 11 de la Directiva 85/203/CEE del Consejo de 7 de marzo de 1985, relativa a las normas de *calidad del aire* para el dióxido de nitrógeno. Adopción de medidas legales, reglamentarias y administrativas para la adaptación del Derecho nacional (no). Incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario.

**103.** STJCE de 17 de marzo de 1993, As. C-155/91, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Consejo de las Comunidades Europeas. Medio ambiente y consumidores*. Solicitud de anulación de la Directiva 91/156/CEE, del Consejo, de 18 de marzo de 1991, por la que se modificó la Directiva 75/442/CEE, relativa a los *residuos*. Base jurídica de la Directiva 91/156/CEE: art. 130 S del Tratado CEE. No art. 110 A del Tratado CEE. Destimación de la solicitud.

#### RELACIONES EXTERIORES

**104.** STJCE de 14 de enero de 1993, As. C-257/90, *Italsolar SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas. Relaciones exteriores*. Convenio de Lomé. *Contrato de obras públicas* con financiación FED. Continúa siendo contrato nacional. Exclusión de un licitador por los Estados ACP. Preparación, negociación y adjudicación inserta en la competencia que el Convenio reserva a los Estados ACP. Aprobación por la Comisión. Recurso de anulación. Recurso por omisión. Recurso de indemnización (en términos similares, STJCE de 25 de mayo de 1993, As. C-370/89, *Société générale d'entreprises électro-mécaniques y Roland Etroy contra Banco Europeo de Inversiones*).

**105.** STJCE de 11 de febrero de 1993, As. C-142/91, *Cebag BV contra Comisión. Relaciones exteriores*. Artículo 181 del Tratado CEE, en relación con el artículo 23 del Reglamento (CEE) n.º 2200/87 de la Comisión, de 8 de julio de 1987, por el que se establecen las modalidades generales de movilización en la Comunidad de productos que deben suministrarse en concepto de *ayuda alimentaria comunitaria*: las retenciones por retraso del suministro efectuadas en el momento del pago carecen de fundamento legal.

106. STJCE de 4 de mayo de 1993, As. C-292/91, *Gebr. Weis GmbH contra Hauptzollamt de Würzburg*. Cuestión prejudicial. Arts. 366 y 368 del Acta relativa a las condiciones de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa y a las adaptaciones de los Tratados. Unión aduanera. Origen comunitario. *Relaciones comerciales con Yugoslavia*. Recuperación de derechos de importación.

MATERIAS VARIAS TRANSPORTES, FISCALIDAD, FUNCIONARIOS

107. STJCE de 31 de marzo de 1993, Ass. acumulados C-184/91 y C-221/91, *Christoff Oorburg y otros contra Wasser — und Schiffahrtsdirektion Nordwest, Aurich*. Cuestiones prejudiciales. Art. 76 del Tratado CEE. Circulación por vías navegables interiores. Certificado de navegación expedido conforme al Derecho nacional. Prohibición de nuevas medidas discriminatorias para los transportistas de otros Estados miembros.

108. STJCE de 18 de marzo de 1993, As. C-280/91, *Finanzamt Kassel Goethestrasse contra Kommanditgesellschaft Viessmann*. Cuestión prejudicial. Art. 4 de la Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales. Cesión de una participación de sociedad en comandita. ¿Cambio de naturaleza de las participaciones transmitidas (cesión equiparable a una emisión de participaciones sociales)? Operación no gravada por la Directiva.

109. STJCE de 22 de abril de 1993, Ass. acumulados C-71/91 y C-178/91, *Ponente Carni y otros contra Amministrazione delle Finanze dello Stato y otros*. Cuestión prejudicial. Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales: arts. 10 y 12. Inscripción de las escrituras de constitución de sociedades. Concepto de derechos que tienen un carácter remunerativo. Derechos que retribuyen servicios prestados en interés general. Vínculo entre el importe de los derechos que tienen un carácter remunerativo y el coste del servicio prestado.

110. STJCE de 25 de mayo de 1993, As. C-263/91, *Niels Kristoffersen contra Skatteministeriet*. Cuestión prejudicial. Arts. 13 y 14 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de las Comunidades Europeas. Funcionarios sujetos al pago de impuestos sobre la renta al Estado de su domicilio original, por el valor arrendaticio de la vivienda que habiten y de su propiedad situada en otro Estado miembro. Dicho impuesto no constituye una imposición indirecta sobre los sueldos, salarios y emolumentos abonados por la Comunidad.

111. STJCE de 18 de febrero de 1993, As. T-45/91, *Mac Avoy contra el Parlamento. Asunto de Funcionario*. Ascenso. Nombramiento de un administrador principal. Biblioteca.



**112. STPICE de 18 de febrero de 1993, As. T-1/92, Tallarico contra Parlamento. Asunto de Funcionario. Seguro de accidente. Dictamen de la Comisión médica.**

## BIBLIOGRAFIA

### Libros

**ALBIEZ DOHRMANN-JAIMEZ TRASSIERRA-OLARTE ENCABO:** *Las formas societarias del despacho colectivo de abogados*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada. Granada, 1992.

«*Los oficios que operan sobre el espíritu humano son típicamente individuales y deben ser ejercidos con exclusiva libertad y sanciones exclusivas*». Estas palabras de Angel Ossorio (*El alma de la Toga*. Madrid, 1922, p. 154), con clara referencia a las profesiones liberales, incitan a reflexionar sobre la mudada realidad de este ámbito de la actividad humana.

El ejercicio de las profesiones calificadas de liberales aparece tradicionalmente ligado a la personalidad de quien desarrolla las actividades en que éstas se concretan. Vinculadas en sus orígenes a misiones *cuasi sacerdotales*, y con el carácter de ofrecer un servicio de interés general, han distinguido su actuación como libre e independiente. Libertad e independencia, defendidas a ultranza, que han estereotipado un absolutismo del ejercicio individual, no sometido a más directrices superiores que las derivadas de ciertos cánones éticos y morales, impuestos como normas generales por el grupo profesional.

La evolución general experimentada en las últimas décadas por la sociedad ha afectado considerablemente a las profesiones liberales de corte más clásico. Nuevas mentalidades, nuevas necesidades, nuevas profesiones, formas de ejercicio profesional diferentes, han modificado el perfil tradicional del profesional liberal. La investigación que hoy presentamos enriquece una faceta de esta metamorfosis: La agrupación de profesionales, en general, y de los abogados, en particular. Tendencia a la colaboración y asociación, en su sentido más amplio, que progresivamente alcanza cotas de significativa entidad en la práctica profesional.

La primera parte del estudio constituye un trabajo del profesor Albiez Dohrmann, publicado en los Estudios en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo (vol. 1.º Madrid, 1992, pp. 11 a 37), cuya inserción en la presente obra permite al lector iniciarse en las dificultades que, de forma general, presentan las sociedades de profesionales liberales, ofreciendo, al mismo tiempo, un marco genérico de las diferentes figuras de colaboración profesional.

La agrupación de profesionales liberales, contemplada fragmentariamente, en la mayoría de los casos, por los Estatutos profesionales, empieza a constituir una realidad pujante en nuestros días. Este apartado de la monografía pone de manifiesto, en un primer momento, los principales obstáculos que la tradicional visión del ejercicio de estas profesiones ha opuesto a su agrupación societaria.

Cuestiones como el personalismo imperante en la relación profesional, las exigencias de titulación e incorporación obligada a los Colegios Profesionales, ligadas a la persona física del profesional y establecidas en la actualidad como requisito imprescindible para el ejercicio de la mayor parte de las profesiones liberales, la conciliación entre el sacrosanto principio de responsabilidad personal e individual en la actuación profesional y el régimen de responsabilidad establecido legalmente para la forma social elegida, son abordadas desde una nueva perspectiva, más acorde con la realidad del momento, y con amplias referencias a las vías de solución articuladas en el Derecho comparado.

A continuación, y declarada la admisibilidad de sociedades de profesionales liberales, ocupa su lugar el análisis de los problemas que el régimen jurídico de los diferentes tipos sociales, civiles y mercantiles, suscita en relación con las características que el desenvolvimiento de la actividad profesional requiere. El planteamiento de temas como la libertad de actuación del profesional y el sometimiento a la organización interna de la sociedad, la realización de la actividad profesional por una persona jurídica, la garantía de independencia en el ámbito de las sociedades de capitales, se erigen en necesarias incisiones en el derecho común de sociedades, que abogan por una legislación especial que contemple las peculiaridades de las sociedades profesionales y ofrezca una adecuada protección a los terceros que contratan con la sociedad.

Esta primera parte se integra con el estudio de formas de colaboración en las que el grado de integración no alcanza al conseguido en sociedad: contrato de colaboración, comunidad de bienes, sociedad de medios, contrato de cuentas en participación.

La segunda parte de la obra, trabajo colectivo de los autores, presenta contornos más precisos, al circunscribirse al estudio de los despachos colectivos de abogados y descender al estado de la cuestión en la práctica profesional, sirviéndose de un sondeo de opinión sobre el ejercicio en grupo de la abogacía, realizado a abogados de los Colegios de Granada y Barcelona (el texto de la encuesta y el análisis de los resultados obtenidos se acompañan como addenda de la obra, junto a algunos formularios de sociedades constituidas por abogados).

El reconocimiento de la actuación en grupo de una de las más vetustas profesiones liberales, la abogacía, es realizado por los artículos 34 a 38 del Estatuto General de la Abogacía (R.D. 209/1982 de 24 de julio), en los cuales se disciplina la figura del despacho colectivo de abogados. Es interesante la contraposición que se realiza entre la vigente y futura regulación (Anteproyectos de Estatuto General de la Abogacía de 1991, contenidos en la addenda) de los despachos colectivos.

Los Anteproyectos de Estatuto General, al contemplar la materia, inciden en aspectos puramente societarios modificando los regímenes legales, lo cual lleva a plantearse a los autores a quién compete la regulación sustantiva de esta disciplina.

Partiendo de los presupuestos de falta de identificación del término despacho colectivo con algunas de las formas societarias de nuestro Ordenamiento, y de libertad de opción de los abogados por cualquiera de ellas, se realiza un estudio sobre la adaptación del régimen de cada uno de los tipos sociales a la organización del despacho colectivo, coordinándose, a tal efecto, la normativa societaria y la profesional. Especialmente, con referencia a la constitución y funcionamiento del despacho de abogados en régimen de sociedad civil, mercantil, agrupación de interés económico...

Esta perspectiva particularizada se complementa, finalmente, con el acotamiento de los aspectos más problemáticos del ejercicio en grupo de la abogacía, comunes a cualquier forma de organización de índole societaria, elegida por los abogados, y derivados de las especiales connotaciones que reviste la abogacía como profesión liberal.

Son, sucintamente, las especialidades que la condición de persona jurídica, de la que normalmente dispondrá el despacho, imprime a las relaciones con el cliente, con la organización colegial y con los Tribunales de Justicia; el necesario respeto a la libertad e independencia en la actuación profesional conseguido mediante una organización y funcionamiento interno suficientemente flexibles, capaces de armonizar el interés común del grupo y los intereses individuales de los socios profesionales; el régimen de responsabilidad civil del colectivo y de sus miembros, tanto en las relaciones externas, con clientes y terceros, como en las internas, entre los miembros del despacho; la configuración de la clientela como aportación social... Problemas que, concretados en la abogacía, pueden desplazar-se hacia el ejercicio colectivo de cualquiera de las profesiones liberales.

Dentro de la visión eminentemente práctica ofrecida por el libro, se echa de menos alguna reflexión sobre cuestiones tales como la tutela del secreto profesional cuando se actúa como socio o los aspectos fiscales de la actuación en grupo. Pero, en definitiva, el gran logro de esta investigación descansa en aunar lo general y lo particular de las formas de colaboración entre profesionales liberales, con un riguroso orden de exposición. Igualmente, merece el elogio de asentar las bases de futuros estudios sobre la materia y situarse como una de las primeras incursiones de nuestra doctrina en una de las asignaturas pendientes, larga y profusamente abordada en el Derecho comparado, que afecta a un cualificado grupo de profesionales.

La obra constituye, pues, un material de primera mano, no sólo para los interesados en el estudio de la materia, sino también para todos aquellos que de una forma u otra pretendan tomar un primer contacto o profundizar en el tema y, por supuesto, para los principales implicados: los profesionales.

**CADARSO PALAU, Juan: «Sociedad de gananciales y participaciones sociales», Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1993, 170 pp.**

Interesante y clarificador libro el de Juan Cadarso sobre la sociedad de gananciales y las participaciones sociales; procede del segundo ejercicio con el que su autor consiguió ganar merecida plaza de catedrático de Derecho civil.

Determinar la condición ganancial o privativa de las participaciones sociales adquiridas o suscritas por los cónyuges durante la vigencia de la sociedad legal de gananciales no es, ciertamente, tarea simple: a) no existe una específica regulación de la naturaleza privativa o ganancial de las participaciones sociales, las vías de acceso a una u otra condición se entrecruzan, y, en el fondo, está la cuestión del sentido y alcance de la comunicación ganancial; b) el marco normativo «natural» de las participaciones sociales pertenece al ordenamiento societario, presidido por principios distintos de los que son propios de la comunidad de gananciales, originándose un problema de interferencias institucionales y ordinamentales. La clarificación de la disciplina de la sociedad de gananciales aplicable a las participaciones sociales y la armonización entre los regímenes societario y ganancial tiene un indudable interés teórico y práctico, dada la relevancia cada vez mayor que en la realidad va asumiendo el fenómeno de la participación de los cónyuges en sociedades. Sin embargo, hay que reconocer que se trata de un tema difícil, en la línea fronteriza entre el Derecho civil y el mercantil, que sin embargo se aborda con gran claridad y maestría.

Prescindiendo de los casos en que el carácter privativo de la participación adquirida por uno de los cónyuges resulta inequívoco y no plantea mayores problemas (art. 1346. 1.º, 2.º y 3.º), el estudio se centra en la adquisición de acciones o participaciones sociales por cualquiera de los cónyuges, vigente la sociedad de gananciales, a título oneroso y a costa del caudal común, lo que inicialmente determina la ganancialidad (art. 1347.3.º), salvo la posible interferencia, en función del régimen societario aplicable a la acción o participación, del art. 1346.5.º, conforme al cual la no transmisibilidad *inter vivos* de la participación determinaría su privatividad.

Para encuadrar el problema de que se trata, el autor expone sucintamente los datos legislativos a tener en cuenta (tanto de la regulación de la sociedad de gananciales como de las sociedades civiles y mercantiles), el estado de la cuestión en la jurisprudencia (recogiendo los precedentes judiciales más significativos: Ss. 17 abril 1967, 5 marzo 1984 y 4 julio 1988) y en la doctrina; tras ello, aborda de modo específico la cuestión del carácter ganancial o privativo de las participaciones sociales. Dedicla la parte final al tratamiento de las vicisitudes más importantes que, en estrecha conexión con el carácter ganancial o privativo, pueden suscitarse durante la vida del consorcio y de la sociedad, y, fundamentalmente, a la disolución de una y otra.

En relación con el estado de la cuestión en la doctrina, pone de manifiesto que la literatura específica sobre el asunto es mucho más nutrida en Francia o en Italia que en España. Entre nosotros, el autor destaca —con toda justicia— el protagonismo principal y autorizadísimo del profesor Lacruz; cita destacada le merecen

también el trabajo de Cámara sobre «la mujer casada y el derecho de sociedades» y —¡qué agradable sorpresa!— el de Serrano García al hilo del comentario de la STS de 4 de julio de 1988 (ADC, 1989, pp. 1023 ss.); Cadarso califica este comentario de excelente y lo cita ampliamente a lo largo de su exposición, lo que le agradezco sinceramente. Aportaciones de interés considera también algunas procedentes del ámbito del notariado (Beaus Codes, Madrilejos Sarasola y González Enríquez). En resumen, pone de manifiesto Cadarso que en la doctrina existen, a la hora de calificar la naturaleza privativa o ganancial de las participaciones en sociedades personalistas adquiridas por un cónyuge, vigente la sociedad de gananciales y con cargo a fondos comunes, dos tesis principales: a) La que distingue, dentro de la participación, lo que en ella hay de personal y, por tanto, es privativo del cónyuge adquirente, y lo que tiene de pecuniario y, por ello, ingresa en el patrimonio común; tesis defendida señeramente por Lacruz y denominada de «disociación título-*emolumentum*». b) La que distingue dos esferas de actuación de la participación social, el de la sociedad civil o mercantil, en el que la titularidad (íntegra) de los derechos sociales corresponde individualmente al cónyuge socio, y el de la economía del matrimonio en el que la participación social (íntegra) pertenece a la comunidad conyugal; tesis de Cámara basada en la «distinción entre titularidad material y titularidad formal de la participación». Cadarso señala también ocasionales puntos de aproximación entre ambas tesis.

Al abordar, por su parte, el estudio del carácter ganancial o privativo de las participaciones sociales, Cadarso comienza señalando la aptitud inicial de este tipo de bienes, por su naturaleza, para ingresar en cualquiera de las masas patrimoniales del matrimonio, pero que, ante la ausencia de una previsión específica al respecto, hay que analizar las posibles vías de inicial adscripción ganancial o privativa de la participación social: la adquisición con anterioridad al matrimonio basta por sí sola para establecer el carácter privativo; el carácter privativo o ganancial, en todo o en parte, del dinero o bien aportado para adquirir la participación social determina el carácter de ésta por subrogación (arts. 1346.3, 1347.3 y 1354); la adquisición a título gratuito conlleva la privatividad de la participación social (art. 1346.2); las adquiridas en virtud de una previa titularidad tendrán la misma condición que las antiguas (art. 1352); cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación, las participaciones sociales tendrán la condición, común o privativa, que los cónyuges, de común acuerdo, decidan (art. 1355); por último, si se trata de participaciones en sociedades personalistas, en las cuales el *intuitus personae* restringe la transmisibilidad *inter vivos* de la participación, parece que, en principio y de conformidad con el art. 1346.5, las participaciones tienen carácter privativo aunque hayan sido adquiridas con fondos comunes.

Es precisamente esa problemática confluencia de la órbita ganancial (en virtud de la subrogación que consagra el art. 1347.3) y de la privativa (por la intransferibilidad que tiene en cuenta el art. 1346.5) en el régimen de las participaciones sociales adquiridas por cualquiera de los cónyuges con cargo a fondos comunes lo que constituye la cuestión central del trabajo de Cadarso. Tras aceptar, con las necesarias cautelas y matices, la clasificación doctrinal de las sociedades en capitalistas y personalistas en función de la transmisibilidad o intransmisibilidad de la

participación social, se plantea si la intransmisibilidad de la participación subsumible en el art. 1346.5 funciona como una excepción al principio general de subrogación ganancial ex art. 1347.3 ó, por el contrario, como un simple límite externo a la ganancialidad de la participación social.

Las soluciones extremas privilegian la comunidad ganancial a costa de ignorar el personalismo de la participación social (plena ganancialidad: solución rechazada por la doctrina, pero defendida por el TS) o, por el contrario, en detrimento de los intereses de la sociedad de gananciales, satisfacen preferentemente el interés de la sociedad de cuyas participaciones se trata (privatividad plena: solución no defendida por nadie). La necesidad de armonizar la interferencia de las normas reguladoras del régimen económico matrimonial y de las que integran la disciplina societaria de la participación sirven para excluir las soluciones extremas: la comunicación ganancial no puede ser tan absoluta que, incluso cuando la participación es en sociedad personalista, convierta en socio, sin más, al cónyuge que formalmente no lo es; de otro lado, el personalismo de la participación social no puede ser llevado hasta el extremo de sustraer la participación a toda forma de comunicación ganancial, haciéndola estrictamente privativa. Pero, entre ambos extremos, no es sencillo construir una solución intermedia que armonice los datos positivos y los intereses en juego.

Cadarso expone detenidamente las dos soluciones intermedias defendidas en la doctrina española: la que a través de la disociación título *-emolumentum* conlleva una privatividad «sólo a medias» de la participación social, y la que al distinguir entre titularidad material y titularidad formal de la participación sostiene su ganancialidad plena, pero se trata de una ganancialidad sin trascendencia externa. Reconoce el autor que la tesis de la distinción título *-emolumentum* goza de innegable prestigio: avalada por una tradición doctrinal de largo sedimento en otros ordenamientos, cuenta con la autoridad de quien, entre nosotros, la ha propugnado (Lacruz), y parece haber tenido influencia decisiva, aunque indirecta (a través de la Compilación aragonesa), en la introducción del vigente art. 1346.5 de nuestro Cc. Sin embargo, observa que esta tesis sólo se acomoda al precepto si se advierte que no se requiere una intransmisibilidad absoluta de las participaciones sociales y que el carácter privativo resultante es sólo «parcial» o «a medias» y está referido a la parte no patrimonial de la participación; pero lo que le parece más objetable de la distinción título *-emolumentum* estriba en que, afirmando una objetiva (aunque parcial) privatividad de la participación social, prejuzga un tratamiento de la división de la masa ganancial que conduce a resultados excesivos, en la medida en que, fatalmente, queda precluida de antemano toda posibilidad de incluir la participación social, en su integridad, en la masa partible, lo cual parece especialmente desproporcionado en los supuestos de sociedades que no tienen una genuina y rigurosa impronta personalista, como son las limitadas y las anónimas cerradas.

Cree Cadarso que las dificultades con que tropieza la teoría de la distinción título *-emolumentum* se resuelven mejor bajo la perspectiva que da pleno contenido a la ganancialidad, pero no como relación de cotitularidad, sino expresada en

términos de atribución o pertenencia. En este ámbito, la participación social, como bien de naturaleza patrimonial, y como un todo, es susceptible de ser considerada como un bien común, lo que no trasciende a la titularidad de la condición de socio porque ésta no la definen las normas del régimen económico matrimonial, sino que se regula por el derecho societario. Las normas de éste atribuyen la condición de socio a la abstracción hecha de toda consideración a la procedencia, ganancial o privativa, de los fondos con que se realizó la aportación (factor que únicamente influye en el poder de disposición del aportante). Pero, del mismo modo que el régimen económico matrimonial no puede regular la atribución de la condición de socio, el derecho societario tampoco tiene como cometido disciplinar, en el seno del régimen económico matrimonial, el carácter ganancial o privativo de la participación. Considerada como un todo, la participación social puede ser ganancial coexistiendo con una titularidad individual externa (también como un todo) en favor de uno solo de los cónyuges.

En qué medida el personalismo de la sociedad reduce la ganancialidad a una cotitularidad interna, y en qué medida restringe su eventual transformación en titularidad externa, es algo que el autor examina en estrecha relación con la disciplina de cada tipo social (sociedades capitalistas, sociedades personalistas, sociedades de responsabilidad limitada, sociedad anónima cerrada), tanto durante la vigencia de la sociedad de gananciales como a su disolución, construyendo lo que denomina «régimen de ganancialidad de la participación social».

La participación social, como bien ganancial, está en principio avocada a la participación *in natura* en sede de liquidación del patrimonio común, y en este ámbito la adjudicación no envuelve un fenómeno de transmisión. Pero, como quiera que en ese momento la cotitularidad interna se transforma necesariamente en una titularidad externa, la adjudicación al cónyuge socio se resuelve inevitablemente, en el ámbito societario, en un cambio de socio, y entonces se producirá el supuesto de hecho que, en su caso, justifique la entrada en juego de los resortes eventualmente protectores del personalismo. Las restricciones a la transmisibilidad de la participación aparecen, entonces, como límite a la eventual comunicación externa de la titularidad, pero no condicionan necesariamente la asignación previa de la participación (ni en su totalidad, ni en parte), en el ámbito de la economía del matrimonio, al patrimonio ganancial o al patrimonio privativo. Contempladas así las cosas, el art. 1346.5 ya no aparece como excepción a la ganancialidad por subrogación, sino más bien como un límite a la comunicación externa de la inicial ganancialidad interna.

Este es, en resumen, el contenido, estructura y principales argumentos de la, importante y sólida, obra de Cadarso que viene a clarificar de forma convincente un tema tan difícil y oscuro.



**JORDANO FRAGA, Francisco: «La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil». Madrid, 1992, Editorial Civitas, S.A., 225 pp.**

Es éste un libro, en el que Francisco Jordano Fraga reflexiona sobre un tema de gran interés, como es «la resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria», y realiza un «estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil».

Como nos revela el propio autor, esta monografía surge como consecuencia del análisis de una de las sentencias, que reafirma la nueva corriente jurisprudencial sobre resolución contractual por incumplimiento, en relación con el requisito de la «voluntad rebelde» de la parte incumplidora.

Con el propósito de llegar a comprender las diferentes líneas jurisprudenciales que se han forjado en torno al artículo 1504 Cc, así como profundizar en los criterios efectivos de decisión que, a juicio del autor, subyacen en los fallos que confirman dichas doctrinas jurisprudenciales, nace el presente trabajo.

Aparece, por este motivo, en el autor, la necesidad de examinar el supuesto abordado, teniendo en cuenta la interrelación de los artículos 1124 y 1504 del Cc, así como el sentido y caracteres especiales que éste último contiene frente al régimen general del primero.

En este contexto, el autor se interesa, también, por una cuestión que él considera de gran importancia práctica: el tratamiento e interpretación de las cláusulas penales que suelen pactarse previendo, en este caso, el posible supuesto de resolución de la compraventa inmobiliaria por impago del comprador de alguno de los plazos señalados.

Intentando, como manifiesta el autor, que esta obra sea también de utilidad a los juristas prácticos, Jordano Fraga nos ofrece un trabajo elaborado bajo la óptica de las diferentes corrientes jurisprudenciales que coexisten en la aplicación del artículo 1504 Cc, utilizando sus decisiones, bien como materia misma de análisis, bien como mecanismo de interpretación normativo. De este modo, mantiene el ámbito jurisprudencial como referencia, apoyo y contraste de las soluciones aportadas.

El texto aparece distribuido en nueve capítulos, que desarrollan el tema presentado, previamente, en la «nota introductoria» con la que el autor inicia la exposición de su trabajo.

«El punto de arranque (o pretexto) de este estudio: la doctrina de la sentencia 7 junio 1991», constituye el contenido del capítulo primero, en el que, como su mismo epígrafe indica, se trata de poner en relación causa/efecto el objeto de investigación. Jordano Fraga acota su campo de análisis abordando, preferentemente y sobre la base de la relación aplicativa de los artículos 1124 y 1504 Cc, la eficacia o existencia real del requisito de la «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, que aparece mencionado jurisprudencialmente al tratar los supuestos de resolución contractual por incumplimiento.

El segundo capítulo recuerda el carácter especial del artículo 1504 Cc, respecto del general 1124 Cc, en materia de resolución por incumplimiento de los contratos sinalagmáticos. Pero advierte, también, que esa especialidad normativa es en cierto modo relativa, al depender en gran medida de la interpretación/aplicación de la norma general y especial.

En el capítulo tercero se delimita «el ámbito objetivo de aplicación del régimen especial del artículo 1504 Cc», y deja claro que el artículo 1124 Cc se ocupa, como norma general, de la resolución por incumplimiento de cualquier contrato sinalagmático, por lo que al determinar el área de intervención del artículo 1504, fija su actuación, principalmente, en tres aspectos que limitan su utilización: contrato de compraventa, objeto inmobiliario, e «incumplimiento de la obligación típica del comprador: pago del precio aplazado convenido, en el momento señalado para ello». Tras esta afirmación, un primer apartado aborda el supuesto de las «compraventas inmobiliarias con pacto comisorio» (de resolución automática por falta de pago), respecto de las cuales se observa, claramente, un límite en el automatismo de la resolución: el requerimiento formal resolutorio, que el artículo 1504 establece de forma imperativa por razones de estabilidad del contrato y del tráfico inmobiliario de tal índole, según ha expresado el TS. Pacto de resolución automática que, a juicio del autor, sí resulta posible fuera del ámbito de referencia del artículo 1504, desplazando, entonces, al régimen de resolución facultativa contenido en la norma general del artículo 1124. De esta forma, Jordano Fraga se adhiere a la doctrina que, lejos de reducir el ámbito de aplicación del artículo 1504 a las compraventas inmobiliarias con pacto comisorio, defiende su extensión a todo el campo inmobiliario, y entiende como uno más de sus supuestos, aquellos que incluyen un pacto comisorio. Como consecuencia de ello, el segundo apartado se refiere a las «compraventas inmobiliarias con pacto expreso de resolución», y admite, claro está, la aplicabilidad del citado precepto a estos contratos cuando contienen, bien reserva expresa por el vendedor de la facultad de resolver en caso de impago de uno o más plazos del precio por parte del comprador, o bien una carga suplementaria para el vendedor de ejercitar un requerimiento de pago previo al resolutorio. Así, aún pactada la resolución automática, si en este último caso sigue sin cumplir el comprador requerido de pago, se exige imperativamente el requisito del requerimiento formal resolutorio. En este contexto y en este precepto, cabe incluir, también, por lo tanto, las «compraventas inmobiliarias sin pacto resolutorio alguno» (apartado tercero), ya que la facultad de resolver de la parte que cumple deriva, en todo caso, de la norma genérica contenida en el artículo 1124 Cc. Finalmente, el apartado cuarto nos muestra una recapitulación, a efectos estadísticos, de los supuestos en los que se produce una aplicación real del artículo 1504. Se comprueba la escasez de ocasiones en las que se incorpora el pacto comisorio, por la poca transcendencia de tal pacto, puesto que con o sin él, habrá de atenderse a la carga formal del previo requerimiento resolutorio. Por lo tanto, en la mayoría de los casos, el artículo 1504 se utiliza en relación con compraventas con pacto resolutorio expreso o sin ninguno de estos pactos. Sin embargo, sí advierte Jordano Fraga, la importancia, a efectos registrales, de la

existencia de una condición resolutoria explícita inscrita en el Registro, ya se trate de pacto comisorio o de pacto expreso de resolución. Y ello, porque, sólo en ese caso, perjudicará a un tercer subadquirente del comprador incumplidor la resolución instada por el vendedor, a menos que, como en los restantes supuestos en los que sólo conste la expresión del aplazamiento del pago, el tercero adquiera a título gratuito, sea de mala fe, o exista anotación preventiva de demanda de resolución anterior a la adquisición del tercero.

«El requerimiento resolutorio como requisito (formal) constitutivo de la resolución por incumplimiento en el régimen especial del artículo 1504 Cc», es el título del cuarto capítulo, cuyas finalidades y efectos se encuentran contemplados, respectivamente, en dos apartados desarrollados bajo los epígrafes de «resolución extrajudicial» y «posibilidad de cumplimiento tardío por parte del comprador incumplidor». En el primero de ellos y tras entender tal requerimiento, incluso en el campo de la resolución extrajudicial, como una nota más de especialidad frente al régimen general del artículo 1124 Cc, Jordano Fraga interpreta este requisito, como forma de asegurar una voluntad resolutoria meditada y fehaciente, contribuyendo, de algún modo, a la estabilidad de las compraventas inmobiliarias. Es el apartado segundo el que enfoca tal requisito desde el punto de vista de sus consecuencias. *Faltando su cumplimiento o realizado sin atenerse a la forma prescrita*, se permite al comprador enervar el efecto resolutorio mediante el pago de los plazos vencidos. Así pues, aunque éste se haya efectuado con retraso, se considera realizado regularmente. Posibilidad que se ha interpretado por la jurisprudencia como un medio de protección de la parte compradora que garantiza, también, simultáneamente, la estabilidad de las compraventas inmobiliarias y del tráfico jurídico inmobiliario. Obviamente, apunta el autor, que, incluso, realizado el requerimiento en la forma legalmente establecida, podrá el vendedor reclamar o aceptar facultativamente el pago atrasado, otorgando así al comprador la posibilidad de evitar el efecto resolutorio. Pero si al requerimiento resolutorio acompaña un requerimiento de pago, señalando un plazo concreto y advirtiendo la resolución en caso de reincidir en el impago, vencido el término se entenderá válidamente resuelto el contrato.

Bajo la denominación de «interdicción de moratorias judiciales», el quinto capítulo examina una nueva especialidad del artículo 1504 Cc. A diferencia del artículo 1124 Cc, que permite a la autoridad judicial señalar un nuevo plazo de cumplimiento habiendo causas justificadas para ello, en el ámbito del artículo 1504 una vez realizado el requerimiento formal resolutorio, el Juez o Tribunal no puede señalar un nuevo plazo de pago para el comprador, y ve su actuación limitada a la mera comprobación de la concurrencia de todos los demás requisitos generales, necesarios para el ejercicio de la facultad resolutoria del vendedor. *Confirmados todos los requisitos, no existe posibilidad de evitar o dilatar la resolución del contrato de compraventa inmobiliaria*, por lo que, afirma el autor, es el propio artículo 1504 el que, en este caso, establece una especie de «ley de compensación»: a cambio de no poder pactar la resolución automática al tener que utilizar, para que la resolución sea eficaz, la forma notarial o judicial impuesta, el vendedor obtiene la ventaja de no estar sujeto a la

posibilidad de dilaciones o moratorias de pago, concedidas judicialmente, que podrían enervar la resolución.

Tres apartados integran el sexto capítulo, que contempla «la integración del régimen especial de la resolución por incumplimiento del artículo 1504 Cc, con el régimen general del artículo 1124 Cc: en particular, la «voluntad rebelde» del comprador incumplidor y su actual superación». En el primer apartado se menciona «el principio de que se parte para practicar tal integración normativa»: la *unidad del régimen jurídico de la resolución contractual, así como sus supuestos y criterios a seguir para su ejecución, salvando los aspectos específicos del artículo 1504 que se apartan del régimen general*. Por ello, el régimen especial del artículo 1504, en sus requisitos y efectos, se completa, en lo no expresamente establecido en el precepto y sus normas conexas, con el régimen general del artículo 1124 del que es aplicación de modo concreto y específico. «Las consecuencias de su aplicación: “voluntad rebelde” del incumplidor», es el objeto del segundo apartado, en el que se muestra como requisito resolutorio contenido en ambos preceptos, el cumplimiento o voluntad de cumplir sus obligaciones del vendedor o parte resolvente, y añade, por lo menos, la duda de que la «voluntad rebelde al cumplimiento» por parte del contratante incumplidor, pueda ser o no considerada como otro de los requisitos que subyacen en los artículos 1124 y 1504 Cc, aunque, a juicio del autor, se debe prescindir de él. Es el apartado tercero el que nos acerca al «posicionamiento jurisprudencial sobre la «voluntad rebelde»», que no ha sido uniforme y sí variable en el tiempo. El autor ha observado, en este contexto, tres posturas del TS, cuyo análisis se realiza bajo tres epígrafes, que indican una determinada posición jurisprudencial y contienen un muestreo de sentencias al respecto. De este modo quedan expuestas las siguientes corrientes jurisprudenciales: a) «Tendencia hasta ahora mayoritaria: la exigencia de la «voluntad rebelde» en el ámbito del artículo 1504 Cc, como consecuencia de su exigencia también en el ámbito general del artículo 1124 Cc». Postura, según el autor, debilitada y «en trance de ser superada»; b) «nueva tendencia jurisprudencial con visos de estarse imponiendo a la hasta ahora dominante», que niega la condición de requisito en el régimen general del artículo 1124 a la «voluntad rebelde» del incumplidor, y por lo tanto, tampoco lo acepta en el régimen especial del artículo 1504. Refleja un rechazo de la terminología tradicional, por entender que su carácter subjetivo-intencional podría llevar a confundir el supuesto con el dolo del deudor incumplidor, aunque advierte que nunca ha llegado a producirse. No obstante, sustituye la expresión de «voluntad deliberadamente rebelde» por «voluntad de incumplir» o «voluntad obstativa al cumplimiento». Existe también en esta corriente, una línea jurisprudencial que se aleja aún más de elementos subjetivos, y se apoya únicamente en el fundamento objetivo del «hecho obstativo que impide el cumplimiento», otorgando la total importancia al hecho del incumplimiento que afecta al fin contractual perseguido. En definitiva, para el autor, lo único que diferencia a las dos corrientes jurisprudenciales analizadas, es la terminología utilizada, y anticipa su conclusión final: la identidad de los verdaderos criterios decisores; c) «tendencia marginal», que, partiendo de considerar «la voluntad rebelde» como requisito del régimen general de la resolución por incumplimiento, entiende que

en el ámbito del artículo 1504 ha sido sustituido por la exigencia específica del requerimiento formal resolutorio.

En el contenido del capítulo séptimo, esencia de la obra, se contempla ya «el alcance efectivo (por contraposición al, también efectivo, de la antigua) de la nueva orientación jurisprudencial sobre la «voluntad rebelde», y se analiza en dos apartados: el primero, sobre «la «voluntad rebelde» en la aplicación jurisprudencial de la norma general del artículo 1124 Cc», estudia los verdaderos criterios fundadores de las decisiones de la antigua y nueva línea jurisprudencial, cuya comparación le revela al autor su igualdad. Por lo tanto, dice Jordano Fraga, ello explica que «la «voluntad rebelde», como tal, no ha sido nunca un verdadero requisito de la resolución por incumplimiento». Para este autor, el amparo de la jurisprudencia en la «voluntad rebelde» escondía, más bien, otros verdaderos requisitos de la resolución, cuya falta o presencia enervaban o fundamentaban la acción resolutoria. Entre ellos, el autor menciona, dedicando a cada uno de ellos un subapartado: a) la imputabilidad (al deudor incumplidor) del incumplimiento, aunque, apunta el autor, si no existe tal imputabilidad no cabe hablar de incumplimiento sino de extinción o suspensión temporal de la obligación, es decir, de imposibilidad sobrevenida definitiva o temporal de cumplimiento, por causa no imputable al deudor; b) la gravedad del incumplimiento, ya que, aunque no figura expresamente como requisito de la acción resolutoria del artículo 1124 Cc, se configura como criterio delimitador de los incumplimientos que pueden ser o no resolutorios, atendiendo al interés que, con arreglo a la buena fe, tiene el acreedor cumplidor en la relación obligatoria incumplida; c) el abuso de la facultad resolutoria, contrario a la buena fe (artículos 7.1 y 1258 Cc); d) el incumplimiento de la parte resolvente; e) la existencia misma del incumplimiento, donde se cuestiona si existe o no una justificación para tal incumplimiento; f) principio del mantenimiento del contrato y apreciación restrictiva de la acción resolutoria. El segundo apartado de este capítulo está dedicado íntegramente al «análisis de la jurisprudencia aplicadora del artículo 1504 Cc». Jordano Fraga divide la doctrina jurisprudencial sobre esta materia en tres grupos de sentencias, delimitados en función de la invocación o no del requisito de la «voluntad rebelde» (subapartados a) y b)), analizando también los verdaderos y disimulados criterios de decisión. Tras ello, presenta las ya reiteradas conclusiones (subapartado c)), que ha ido anticipando a lo largo de la obra y se resumen en: «la inconsistencia sustancial del requisito de la «voluntad rebelde»», utilizado por la tradicional doctrina jurisprudencial encubriendo la existencia o ausencia de los verdaderos requisitos resolutorios; el mero cambio terminológico que supone la nueva jurisprudencia; y, en definitiva, la consideración de la «voluntad rebelde» como un falso requisito que esconde los verdaderos presupuestos de la acción de resolución por incumplimiento. Para finalizar, se menciona (subapartado d)) un tercer grupo de sentencias, que el autor califica como neutras por limitarse a verificar si existen o no los requisitos reales de la resolución por incumplimiento, observándose, por lo tanto, una clara diferencia con las tendencias anteriores: el rechazo de una terminología encubridora de los verdaderos criterios de decisión, puesto que optan por mencionarlos expresamente en la fundamentación de las decisiones.

En el capítulo octavo, «¿una nueva especialidad en el régimen particular de resolución por incumplimiento del artículo 1504 Cc?», se cuestiona «si es también requisito del mismo la gravedad del incumplimiento». Comienza la reflexión con un «planteamiento del problema en el ámbito del régimen general de la resolución por incumplimiento: artículo 1124 Cc» (primer apartado), en cuyo ámbito, opina Jordano Fraga, este requisito es «derogable-disponible por las partes del contrato sinalagmático», ya que pueden establecer un régimen de resolución contractual por incumplimiento que desplace al legal general. Entiende, pues, que la gravedad del incumplimiento depende no sólo de criterios objetivos sino también de la importancia que para el interés de las partes tienen determinados aspectos del cumplimiento, como puede ser el caso del término esencial. El segundo apartado de este capítulo introduce el «planteamiento del problema en el ámbito del régimen especial resolutorio del artículo 1504 Cc». En este supuesto, al igual que ocurre en el general del artículo 1124, la gravedad del incumplimiento debe ser medida por criterios objetivos (cualitativos-cuantitativos), salvo que por acuerdo de las partes se otorgue eficacia resolutoria al incumplimiento de determinados aspectos que hayan sido considerados esenciales. Concluye el capítulo con un tercer apartado que muestra el requisito de «la gravedad del incumplimiento en la jurisprudencia sobre el artículo 1504 Cc».

El noveno y último capítulo, compuesto por cinco apartados, se ocupa de «la moderación judicial de las penas contractuales impuestas al comprador incumplidor, para el caso de resolución del contrato». El primer apartado, referente al «pacto de retención, en caso de resolución del contrato, por el vendedor resolvente, de las cantidades previamente pagadas por el comprador incumplidor», otorga a tal estipulación el carácter de cláusula penal, por la que se determina, previamente a la resolución por incumplimiento, la cuantía indemnizatoria correspondiente. Cantidad que puede ser moderada judicialmente en virtud del artículo 1154 Cc. No obstante, advierte el autor, la naturaleza del tal pacto parece asemejarse más a la de las arras penales, ya que éstas, como en el supuesto de que se trata, se entregan con anterioridad al incumplimiento y no después, como se realiza genéricamente en los casos de cláusula penal. Existen, sin embargo, peculiaridades, pues la entrega no se realiza en una sola vez, sino en varios actos sucesivos de pagos parciales, y la cantidad, por ello, es variable. En todo caso, al margen de la calificación que se otorgue, el autor termina afirmando la aplicación del artículo 1154 Cc, cuando corresponda, en estos supuestos. El segundo apartado encuadra el supuesto de la «indemnización al vendedor resolvente por el retraso del comprador en la restitución del inmueble vendido, una vez resuelto el contrato», cuando esté fijada previendo tal posibilidad. Supone, pues, según el autor, una indudable cláusula penal, ya que el pago se realizará con posterioridad a tal incumplimiento, y por lo tanto se encuentra sujeta, también, al control establecido por el artículo 1154 Cc. Los «principios generales de la aplicación jurisprudencial del artículo 1154 Cc» se encuentran recogidos en el apartado tercero. Se menciona su carácter imperativo, la aplicación *ex officio* por los órganos jurisdiccionales, la no revisión en casación de la moderación judicial de la cláusula penal, y la procedencia de la corrección en todos los casos que supongan abuso para el deudor incum-

plidior (interpretación, esta última, no compartida por la doctrina mayoritaria). El contenido del cuarto, y penúltimo apartado, refleja la «casuística jurisprudencial en la aplicación del artículo 1154 Cc a la resolución de las compraventas inmobiliarias», y, finalmente, el apartado quinto enfoca las «repercusiones registrales de las cláusulas de penalización apuestas a las compraventas inmobiliarias». En este campo, se exponen dos consideraciones o requisitos, que la jurisprudencia registral considera necesarios para reinscribir la titularidad registral del vendedor resolvente: la necesidad de sentencia judicial confirmatoria de la resolución, en casos de oposición de la parte incumplidora alegando falta de los requisitos necesarios para la resolución, y la consignación del valor del bien vendido o del importe de los plazos que haya de ser devuelto, sin que quepa disminuir nada en base a una posible cláusula penal, susceptible de ser inscrita, cuando pueda tener aplicación el artículo 1154 Cc, aunque en este último caso existen opiniones discrepantes, que lo consideran como una carga que no debe recaer en el vendedor resolvente, porque ha de partirse inicialmente de la validez de la cláusula.

Puede observarse, pues, que este libro es un reflejo o manifestación muy significativa de cómo puede despertarse el interés científico sobre un tema determinado, a raíz del conocimiento de un simple dato jurisprudencial que por algún o diversos motivos llama la atención del jurista.

Se revela, así, el gran espíritu investigador del autor que, partiendo del comentario jurisprudencial de un fallo particular, extiende su campo de análisis a la línea de doctrina jurisprudencial en la que se encontraba inserto, así como al resto de corrientes jurisprudenciales que divergían de ésta. Desgrana sus elementos y localiza las cuestiones principales que de ellos se desprenden, así como una serie de aspectos conexos que ayudan a conseguir las conclusiones precisadas en toda la obra.

Definitivamente, puede concluirse que el objetivo perseguido por el autor se ha logrado y plasmado en el presente volumen, digno de incluirse en nuestra mejor literatura jurídica.

M.<sup>a</sup> DEL ROSARIO DÍAZ ROMERO  
Prof. Ayudante de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**«Interpretación y efectos derivados de la adaptación de las Sociedades Mercantiles a la reforma de 1989: Normas transitorias y el plazo del 30-VI-1992». Jornadas de Información y Práctica registral mercantil organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid; 1993, pp. 98.**

Publicación modesta en apariencia, pero de indudable enjundia teóricopráctica por la calidad de los intervinientes y la actualidad del tema. Constituye el contenido de unas Jornadas organizadas por la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, a lo largo de los meses de marzo y abril de 1992, que hubieron de reite-

rarse en noviembre del mismo año. Como anexos se incluye el texto de la Res. de 18 abril 1992 de la DGRN y algunos datos estadísticos del nuevo Registro Mercantil Central correspondientes a los años 1990 a 1992.

Sabido es que la Ley 19/1989, de 25 de julio, y el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre vienen a plasmar la primera fase de adaptación de nuestro Derecho de Sociedades a las Directivas comunitarias. Lo que en otros países comunitarios pudo haberse realizado de modo paulatino en un largo proceso de más de un ventenio, en el nuestro— que por razones obvias no pudo intervenir en su elaboración— va a producirse en corto espacio de tiempo y en forma de alguna manera traumática. Ciertamente, la fecha del 30 junio 1992 fijada como tope para la adaptación de las sociedades existentes a la nueva normativa, podía considerarse como plazo razonable, y creo tiene razón Pau Padrón al afirmar que una ampliación del mismo —aparta problemas de competencia— hubiera sido inútil porque en los diez últimos días del que nuevamente se señalara se hubiera producido el tradicional «atasco hispánico», parece que el 80% de las «sociedades vivas» han cumplido los trámites de adaptación, lo que bien puede considerarse un éxito de efectividad de la norma.

Hay otros aspectos de la nueva regulación de no menor interés: la obligación de depositar anualmente las cuentas en el Registro Mercantil; la configuración y organización del nuevo Registro Mercantil Central; los aspectos fiscales de las operaciones de adaptación; el régimen jurídico de las sucursales; el problema de las sociedades irregulares nuevamente suscitado por las última reforma; la disolución y liquidación de las sociedades mercantiles que parece primar ahora sobre los aumentos de capital o la transformación social.

El volumen cuenta con una presentación del Presidente de la Cámara y un Discurso de clausura del Director General de los Registros, y su contenido ofrece las siguientes intervenciones:

López-Medel y Báscones: «Efectividad y flexibilidad ante la reforma legislativa mercantil».

González-Meneses Robles: «La transformación de la sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada».

Garrido de Palma: «La adaptación de los Estatutos de las sociedades anónimas y limitadas. Actuación de los Administradores».

Casero Mejías: «El depósito de cuentas anuales en el Registro Mercantil».

Benavides del Rey: «El Registro Mercantil Central: Fines. Nuevas perspectivas de la publicidad formal».

Bolás Alfonso: «Las sociedades mercantiles tras el 1.º de julio: Efectos de la falta de adaptación».

Menéndez Hernández: «Nueva fiscalidad en materia de operaciones societarias».

Rueda Martínez: «Las sucursales en España: Constitución, inscripción, aspectos fiscales y de inversiones».

García Villaverde: «La falta de inscripción de las sociedades mercantiles: El problema de las sociedades irregulares».



De la Cámara García: «Disolución y liquidación de las sociedades mercantiles».

Díez Clavero: «Tendencias del Derecho Mercantil de sociedades en Europa».

Ya se comprende que un inicial desvelamiento de problemas no puede ofrecer soluciones definitivas, pero las Jornadas cumplieron una valiosa función de incitación, que ahora la publicación realza.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**MUNAR BERNAT, Pedro A.: «Presente y futuro de la multipropiedad», Editorial Tecnos, Madrid 1992, 316 pp.**

Este libro es parte de la tesis doctoral del autor, defendida en la Universidad de las Islas Baleares en el año 1990 y que consiguió la máxima calificación. Se trata de una monografía que versa sobre un tema de extraordinaria actualidad como es la multipropiedad. Figura que el Doctor Munar define como un nuevo instrumento jurídico que permite el acceso a una vivienda y cuya mayor particularidad reside en que el uso del piso o apartamento se divide en fracciones temporales determinadas.

Para la realización del presente estudio se ponen de relieve, de un lado, la entidad económica de la multipropiedad como alternativa a las vías de alojamiento turístico tradicionales; y por otro, el carácter estrictamente jurídico, sin duda lo más importante al tratarse de una institución novedosa carente, hasta la fecha de hoy, de reglamentación específica en España y que plantea importantes problemas. Bajo este planteamiento la obra se divide en tres partes:

El capítulo 1 (denominado: «Aproximación a la problemática socioeconómica del alojamiento vacacional: La multipropiedad»), eminentemente económico, tiene un carácter instrumental, ya que a través del análisis económico de la institución se llega a la conclusión del interés social que tiene la multipropiedad. Es de destacar, la clasificación de los distintos instrumentos jurídicos que posibilitan el acceso al alojamiento vacacional donde se encuentra, como uno de ellos, la multipropiedad.

En el capítulo 2, titulado «la configuración jurídica de la multipropiedad en España», se estudian las distintas posturas relativas a la multipropiedad que ha planteado la doctrina española, decantándose el autor en favor de la creación de un nuevo régimen jurídico inmobiliario, lo que no significa la creación de un nuevo derecho real de multipropiedad, sino que va a partir de un derecho único y existente sobre un inmueble que es el derecho de propiedad (atribuido a una pluralidad de personas) existe la posibilidad de regular el conjunto de derechos y deberes que se les otorgan, así como, de definir cuál ha de ser el destino económico del inmueble, esto es, el disfrute por turnos del mismo. Se hace, también, particular hincapié en el Borrador para un Anteproyecto de Ley de Multipropiedad, de

febrero de 1988, y en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios, de octubre de 1989 (cuyos textos íntegros aparecen al final de la obra como anexos), que pasan a convertirse en la base del estudio.

El Capítulo 3, último de la obra, lleva por rúbrica «Las tres ópticas de la multipropiedad en las propuestas de regulación españolas», en él se trata:

1) El nuevo derecho subjetivo del que es titular cada uno de los multipropietarios.

2) El título constitutivo como elemento generador de este régimen jurídico, distinguiendo entre títulos no contractuales (cuando no aparece el acuerdo de voluntades en el acto creativo) y títulos contractuales (cuando existe acuerdo constitutivo entre los diferentes propietarios).

3) Y sobre todo, de la multipropiedad como nuevo régimen jurídico inmobiliario, donde se estudian sus fuentes, contenido, derechos y facultades de los propietarios, órganos y extinción. Todo ello, como ya hemos señalado, bajo el prisma del Borrador de 1988 y del Borrador de 1989.

IGNACIO DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO

**MUNAR BERNAT, Pedro A.: «Regímenes Jurídicos de Multipropiedad en Derecho Comparado», Ministerio de Justicia, Madrid 1991, 255 pp.**

La presente obra constituye una parte de la tesis doctoral defendida por Pedro A. Munar Bernat en la Universidad de Las Islas Baleares, el día 4 de diciembre de 1990, que obtuvo por unanimidad del Tribunal la máxima calificación en el Doctorado. Como su título indica, en la misma se analiza de una manera exhaustiva la figura de la multipropiedad en el Derecho comparado.

Desde 1965, y con mayor fuerza en la actualidad, la multipropiedad está experimentando un importante desarrollo jurídico en gran parte del mundo, por lo que empieza a ser conocida en todos los países. Sobre todo, las distintas legislaciones se esfuerzan por proporcionar una mayor y mejor protección al adquirente de un derecho de multipropiedad. Bajo esta situación el autor estudia las distintas corrientes legislativas y doctrinales que existen en los diferentes ordenamientos jurídicos que han regulado la institución, o están en vías de hacerlo, para de esta manera, obtener aquellas ideas o planteamientos que se puedan considerar interesantes de cara a la efectiva regulación de la multipropiedad en España. Para ello, ha dividido el trabajo en cinco partes:

Una primera, estudia aquellos ordenamientos jurídicos que ya han regulado de forma efectiva la multipropiedad, concretamente, se analiza la normativa de Estados Unidos (tanto en su ámbito federal como de alguno de sus Estados), la República Federal de Méjico (desde la perspectiva federal, estatal e incluso municipal), Portugal, Bermuda, Francia y Grecia.

Una segunda, se refiere a los proyectos de regulación existentes en la República Argentina, la República de Uruguay e Italia.

La tercera contempla el estado de la cuestión en países que no han prestado, todavía, atención legislativa al fenómeno pero que, por sus particularidades, son de interés. En tal sentido, se aborda en el ámbito europeo la del Reino Unido, Bélgica y Alemania; y fuera de él se hacen unas breves consideraciones a la propuesta Guatemalteca.

En la cuarta parte, se examina la actuación que la Comunidad Económica Europea ha realizado en este campo. A partir de la adhesión de España a la CEE en 1986, las normas de Derecho comunitario pasan a formar parte del ordenamiento interno español, con lo cual es de gran importancia la iniciativa de las diferentes Instituciones comunitarias. En este sentido, se recogen dos actitudes diametralmente opuestas: Por una parte, el Parlamento Europeo manifiesta una voluntad política tendente a la armonización de las legislaciones nacionales en materia de multipropiedad; sin embargo, por otra, la Comisión considera que esta armonización no entra dentro de sus prioridades.

Por último, se incluye una quinta parte en que se perfilan los principales hitos que se pueden extraer del estudio realizado. Así, no existe un supuesto único de multipropiedad en los ordenamientos jurídicos examinados, girando su configuración jurídica, o bien como un derecho personal, o bien como un derecho real. También, hay una especial preocupación, como ya se ha manifestado, por proteger a los sujetos adquirentes del mismo, evitando así que la multipropiedad se convierta en un instrumento del fraude inmobiliario. Concluye el Dr. Munart manifestando la necesidad de una legislación uniforme al estar esta situación relacionada con un fenómeno de carácter transnacional como es el turismo.

IGNACIO DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO

**PALÁ LAGUNA, REYES:** *La institución del matrimonio en la República de Irlanda.* J. M. Bosch Editor, S.A., Colección Cuadernos de Derecho Privado, n.º 4, Barcelona 1993, 167 pp.

Ciertamente, esta monografía aborda un tema de verdadero interés en el Derecho de familia. A pesar de su brevedad, la autora ha conseguido realizar un estudio suficientemente completo acerca del matrimonio en Irlanda, en el que ofrece una visión sencillamente buena al analizar los diversos aspectos de la institución matrimonial en sí, pues hay otros —régimen económico, derechos sucesorios, etc.— que, como afirma, ha preferido no estudiarlos en esta obra. Además, lo hace con una sistemática clara y ordenada en su exposición que sigue las reglas clásicas en el estudio jurídico del matrimonio: concepto y caracteres, nacimiento, requisitos exigidos para la celebración, la nulidad y sus causas, para acabar con lo referente a las llamadas crisis matrimoniales tanto en el aspecto sustantivo como

en el procesal. Es un libro que interesará tanto a los cultivadores del Derecho civil como del Derecho eclesiástico del Estado.

Presenta, en esta obra, la profesora Palá, el resultado de una laboriosa tarea investigadora que ha llevado a cabo en la Universidad de Cork, donde tuvo la oportunidad de acceder, de manera directa, a las diversas fuentes irlandesas referentes a la institución matrimonial.

Indudablemente, nos encontramos ante un libro que supone un buen sumando en el panorama doctrinal de esta parcela del Derecho en nuestro país, pues conocemos muy poco del Derecho de familia irlandés, salvo sus líneas directrices acerca del matrimonio, en que permanece patente la influencia del Derecho canónico. Entre ellas destaca la fuerte protección que se otorga a la indisolubilidad matrimonial que, además, ha sido corroborada en un referéndum del año 1986, en el que se ratificó la prohibición del divorcio. Esta característica del Derecho matrimonial irlandés le hace tener «un *status* único en el mundo occidental». Interesa recordar, además, como señala la propia autora en la introducción, que es éste el segundo libro —el primero es del Irlandés Thomas F. Dowd (1986)— que se conoce escrito en el ámbito universitario español acerca de cuestiones de Derecho matrimonial irlandés.

Está dividido el trabajo en siete partes o capítulos netamente diferenciados: cinco que forman el cuerpo del libro, más una breve introducción de seis páginas al comienzo, en la que encuadra bien el tema de estudio y, al final, las tradicionales conclusiones que suelen incorporarse a una obra que ha sido presentada como tesina de licenciatura.

Comienza con un prólogo del prof. García Cantero, en el que se expone brillantemente el interés que tiene, por lo que supone de profundización en el estudio de las instituciones familiares específicas de los países del área del *common law*, que pueden servir de elemento comparativo en el estudio del Derecho de familia, y que, por tanto, será un trabajo de gran utilidad para los familiaristas españoles.

Como he dicho, en la introducción ofrece una breve panorámica del Derecho de familia irlandés y los problemas que plantea su estudio, por tratarse de una disciplina que está en los comienzos de su desarrollo doctrinal y legislativo, entre otros motivos, por ser la República de Irlanda un Estado reciente. Y, aunque también otros sectores del ordenamiento jurídico están en proceso de construcción, es precisamente el Derecho de familia una de las materias en las que más recientemente se ha comenzado a trabajar. En la actualidad, se está iniciando ya cierta especialización en las distintas ramas del Derecho y también se está trabajando en el Derecho de familia; destaca, en este sentido, la única obra —*Family Law in the Republic of Ireland, Dublin, 1977*— que pretende abarcar toda esa materia, pero que, como su mismo autor —Alan Joseph Shatter— señala, no lo consigue debido a las dificultades que entraña la ausencia de cualquier otro libro sobre el mismo tema. Manuales de Derecho de familia, no existen en Irlanda, y acerca del Derecho matrimonial son muy pocos los libros publicados; junto a ello, destaca el hecho de que la jurisprudencia referente a los artículos 41 y 42 de la Constitución de 1937 es tardía. Todo ello dificulta notablemente el estudio de la materia, por lo

que la autora concluye que se hace notar en Irlanda la necesidad de obras generales que marquen las necesarias pautas para, después, poder desarrollar el estudio de las diversas instituciones; lo que está comenzando a suceder en esta década. Este es, sin duda, el motivo por el que el aparato bibliográfico de la obra no es amplio. En cambio, ha revisado suficientemente la jurisprudencia, fundamentando buena parte del estudio en casos concretos.

Por lo demás, la profesora Palá augura un cambio en las líneas directrices del Derecho de familia irlandés, auspiciado por haber pasado Irlanda a integrarse como miembro de la Comunidad Económica Europea desde 1973, así como por la tendencia de diversos autores irlandeses, de favorecer una reforma de algunos de sus principios. Se trata de un buen momento para profundizar en el estudio del Derecho de ese país, precisamente por estar en una época de cambios, a pesar de la dificultad que, como se ha dicho, entraña por su escaso desarrollo. En este sentido, señala que las influencias de otros países no son necesariamente positivas y, concretamente, en orden a la posible introducción del divorcio, no considera como argumento válido el hecho de ser admitido en los países del *common law* y de Europa occidental, pues entiende que no debe desnaturalizarse «lo que tiene tanto arraigo en Irlanda: el matrimonio y la familia en su sentido más tradicional»; pero esas influencias foráneas, pueden beneficiar si se respetan y mantienen las particularidades propias del Derecho irlandés.

Antes de entrar propiamente en el estudio del matrimonio, en el segundo capítulo hace una breve síntesis, en trece páginas, de la historia constitucional de Irlanda desde su independencia, en su relación con el Derecho de familia. La Constitución de 1922 no contenía preceptos acerca del matrimonio, por lo que, en esa materia, seguía vigente el Derecho del Reino Unido, en que se incluía la posibilidad del divorcio.

En cambio, la Constitución de 1937, en la que se reconoce a Irlanda como un estado independiente y soberano, otorga una fuerte protección a la familia, en su artículo 41, pues la considera como «la unidad o grupo natural, primario y fundamental de la sociedad y como una institución moral con derechos imprescriptibles e inalienables, antecedentes y superiores a toda ley positiva» (art. 41.1.1) y, a su vez, «el Estado se compromete a tutelar con especial diligencia la institución del matrimonio, en la cual se funda la familia, y la protegerá de todo ataque» (art. 41.3.1), de manera que la familia que la Constitución protege es la familia matrimonial, en el sentido de que procede de un matrimonio válidamente celebrado según el Derecho vigente (concepto restringido de familia). A ese tipo de familia se otorga una clara preferencia con respecto a las uniones de hecho, de manera que las uniones extramatrimoniales quedan excluidas de la relación familiar; lo que no quiere decir que no posean derechos fundamentales. Por otra parte esta existencia y reconocimiento de valores superiores a la propia Constitución, es un principio que tiene un particular relieve en el Derecho irlandés en su conjunto, no sólo en lo referente a la familia, pues la ley Fundamental de Irlanda reconoce la existencia de un Derecho Natural que es previo y superior a la propia Constitución. En este sentido, la autora no ve criticable esta toma de posición, sino que la entiende como el simple reconocimiento de lo que en Irlanda no es más que

una realidad social y la propia idiosincrasia de un pueblo que se siente profundamente católico.

Se abordan también en este capítulo algunas cuestiones referentes a la protección otorgada a la familia matrimonial no sólo desde los preceptos constitucionales, sino, también, a través de algunos institutos de reciente creación en Irlanda cuya finalidad es el mantenimiento de las mujeres abandonadas por el cónyuge, así como de los hijos. También se hace referencia en esta parte del libro a determinados aspectos acerca de la guarda y custodia de los hijos no matrimoniales por parte de la madre o del padre, señalando cómo los derechos de ambos han ido equiparándose, poco a poco, por la vía de la jurisprudencia, invocando el principio de igualdad de los sexos. Señala la autora el carácter intervencionista que el Estado irlandés tiene con respecto a la familia y el matrimonio.

El tercer capítulo, lo ha titulado «El Matrimonio», y en él se recoge todo lo que se refiere a concepto y caracteres, los requisitos (tanto sustanciales como formales), así como las cuestiones referentes al sistema matrimonial irlandés. Permanencia y exclusividad son elementos inherentes al concepto de matrimonio en Irlanda, que le otorgan su propia identidad en relación con otros estados de Europa. Entiende, por tanto, el Derecho irlandés, el matrimonio como la unión para toda la vida de un hombre con una mujer, excluyendo todos los demás. Como ya se ha dicho, se excluye el divorcio, como consecuencia de la nota de permanencia; y esto distingue netamente el matrimonio irlandés de otros. Puede afirmarse que la indisolubilidad es una nota característica que tiene una trascendencia vital en la institución matrimonial irlandesa, que, actualmente, en palabras de la propia autora, «es inatacable, irreatable e irrevocable», pues ha quedado consagrada en la Constitución (art. 41.3.2.<sup>o</sup>), de manera que no puede legislarse contra la indisolubilidad matrimonial sin reformar la norma Fundamental con el refrendo del pueblo.

Todo esto no lleva consigo que no puedan suspenderse determinadas obligaciones y derechos de los que comporta el matrimonio, como son, por ejemplo, la convivencia y la cohabitación. Esto sí es posible, lo que no puede romperse es el vínculo matrimonial.

Se estudian, a continuación, los requisitos del matrimonio, distinguiendo entre los sustanciales y los formales. Entre los primeros, necesarios para la validez, se encuentran:

a) Edad (establecida en 16 años para ambos cónyuges), con respecto al cual, la autora hace una llamada a la flexibilidad para adecuarse a los casos particulares.

b) Capacidad de entender y querer; de lo cual piensa que se necesita una reforma profunda para concretar mejor los límites de este requisito en cuanto a los tipos de enfermedades, etc., pues el concepto de capacidad mental suficiente no está bien determinado en el Ordenamiento irlandés.

c) La inexistencia de prohibiciones por razón de parentesco. Establece, en este sentido el Derecho de Irlanda, prohibiciones amplias que, a juicio de la prof.

Palá deberían reducirse permitiendo, al menos, los matrimonios con parentesco en tercer grado de línea colateral.

d) La libertad de estado. Aunque se trata de un requisito común en el Derecho occidental, en Irlanda plantea algunas dificultades, por el no reconocimiento por parte del Estado irlandés de las sentencias canónicas de nulidad, así como los problemas existentes con respecto al valor jurídico de las sentencias de divorcio dictadas por tribunales extranjeros.

Entre los requisitos formales, que no son necesarios para la validez, se cuentan:

a) El consentimiento paterno o de las personas que la ley establezca en sustitución de los padres, hasta los 21 años de edad. La autora, presagia la probable desaparición de este requisito para los mayores de edad, aunque no lleguen a los 21 años, basándose en que no es razonable imponer para el matrimonio mayores exigencias, en este sentido, que para otros contratos, aunque se trate de un negocio jurídico ciertamente de mayor trascendencia.

b) Las formalidades de la celebración (tanto para el matrimonio civil, como para los celebrados según las normas del Derecho canónico o según los ritos de otras confesiones distintas de la Católica).

Dedica unas pocas páginas al sistema matrimonial irlandés, que permite a los interesados optar por una forma o por otra en el momento de la celebración, pero a partir de ese instante, el Estado toma todas las competencias sobre la regulación del vínculo matrimonial. Sostiene, en este aspecto, que tal sistema no es congruente con la proclamación del principio de libertad religiosa en el artículo 44 de la Constitución, aunque se podría justificar esta intervención del Estado por la misión que le compete de proteger la institución familiar. Resalta, además, el desorden de la ley irlandesa en lo referente a las formalidades del matrimonio, invocando la necesidad de una mínima regulación en orden a la seguridad jurídica.

En el cuarto capítulo se hace un estudio detenido de la nulidad y la anulabilidad matrimonial, analizando tanto los conceptos como las posibles causas, así como los aspectos procesales. En cuanto a esta materia, subraya la necesidad de una reforma, por tratarse de un sistema anticuado. El Estado no reconoce las sentencias de nulidad dictadas por los tribunales de la Iglesia Católica, con los inconvenientes que esto lleva consigo de incomunicabilidad entre la jurisdicción civil y la canónica. Es un hecho, además, que es mucho mayor el número de nulidades canónicas obtenidas en comparación con el de las civiles; de ahí que la profesora Palá reclame el establecimiento de un sistema más congruente con la realidad en el que, por ejemplo, fueran reconocidos efectos jurídicos a las sentencias canónicas de nulidad.

Las posibles causas de nulidad son las siguientes: edad, libertad de estado, parentesco, uniones homosexuales, falta de capacidad para entender y querer, la no observancia de las formalidades de manera deliberada -conviene señalar que la ley reguladora de las formalidades es verdaderamente complicada-, trastornos mentales que conviertan a los contrayentes en incapaces para el matrimonio, error

en cuanto a la naturaleza de la ceremonia o en cuanto a la identidad de la persona (considerada una causa marginal por la autora), coacción y fraude. Todas ellas son desarrolladas suficientemente, exponiendo bien los conceptos y condiciones para que se dé cada una, así como sus distinciones, según afecten a la capacidad para contraer o al consentimiento.

Entre las causas de anulabilidad se citan: la impotencia y la enfermedad mental de una de las partes que la hiciera incapaz para iniciar o mantener una relación conyugal normal. Si esta última es especialmente grave por afectar notablemente al proceso mental y volitivo, podemos estar ante una causa de nulidad.

Los procesos de nulidad en Irlanda, que han de llevarse ante la *High Court*, son complejos y caros.

Dedica un quinto capítulo —con 53 páginas— a las llamadas crisis matrimoniales, distinguiendo lo que son los acuerdos de separación entre los propios cónyuges de la separación judicial, así como las cuestiones procesales de ambos. Se hace una especial y amplia referencia a la prohibición constitucional del divorcio en Irlanda, a la que ya he aludido más arriba. Se trata de un capítulo largo en el que entra en un estudio laborioso de las cuestiones en él mencionadas, aportando no sólo datos de legislación, sino también las tendencias doctrinales más conocidas, con argumentos a favor y en contra de la posibilidad de divorcio en Irlanda, así como posibles textos alternativos. Y salpicado de datos estadísticos que ayudan a comprender las tendencias mayoritarias.

En este aspecto me parece que tienen particular interés las conclusiones obtenidas de algunos de los estudios que ha realizado la profesora Palá: en contra de ciertas estadísticas que arrojan el dato de un considerable aumento de las uniones de hecho en Irlanda considerándolo como el síntoma de la necesidad de un proceso reformador, sostiene la autora que no existe un «peligro» real de que se desnaturalice la institución matrimonial, pues la realidad es que «la mayoría de las parejas gozan de una vida marital estable». Manifiesta que a través de algunas estadísticas se ha concedido una importancia excesiva a ciertas minorías -que los medios de comunicación y algunos autores se han encargado de amplificar-, ofreciendo una imagen de crisis del matrimonio que no es real; no hay que olvidar que el propio pueblo irlandés se ha manifestado en contra del divorcio.

Contiene, además, este capítulo un interesante estudio acerca del reconocimiento de las sentencias de divorcio dictadas por tribunales extranjeros, a la luz del artículo 41.3.3 de la Constitución, en función de si son o no contrarias al orden público irlandés, pues el principio de indisolubilidad forma parte de ese orden público. No es esta precisamente una cuestión pacífica en la jurisprudencia.

Por último, se escribe un sexto capítulo titulado «Sociología del matrimonio» en el que se presentan datos estadísticos acerca de los matrimonios registrados y de las demandas y procesos de separación y nulidad. Se obtienen resultados clarificadores sobre el sentir profundamente católico del pueblo irlandés acerca del matrimonio: aunque va creciendo el número de matrimonios civiles, sigue siendo una cifra muy pequeña —4,63% en 1983— en relación con los celebrados por el rito católico; el número de separaciones sigue siendo pequeño en comparación con los matrimonios estables; y con respecto a las solicitudes de nulidad, es de



gran interés el dato de que el 97,6% de las peticiones se plantean ante Tribunales de la Iglesia Católica.

Junto a la buena exposición de los temas que trata en este trabajo la profesora Palá, no duda en añadir a lo largo de toda la obra, y particularmente en las conclusiones —en las que se muestra audaz—, constantes referencias críticas personales y sugerentes propuestas en orden a posibles reformas de la actual legislación de esa parcela del Derecho irlandés.

JOSÉ MARÍA LAÍNA  
Profesor asociado de Derecho Eclesiástico del Estado.  
Universidad de Zaragoza.  
28-VI-1993.

**YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Madrid, 1993.**

Estamos ante el primer volumen de un futuro tratado de responsabilidad civil —contractual y extracontractual— al estilo de la clásica obra de Savatier, o del esquema de los Mazeaud y de Viney. Lo cual indica que Yzquierdo Tolsada conoce a fondo las claves de la responsabilidad civil y es de agradecer que utilice un lenguaje claro y sencillo y un método expositivo de la materia que permite al lector tener ante sí un completo panorama de esta rama del Derecho civil cada vez más compleja y en continua evolución.

El libro tiene dos partes bien diferenciadas con un total de seis capítulos en los que primero se «localiza» la materia y luego se analizan los tres requisitos o condiciones de la responsabilidad. Todo ello con una abundante y selectiva bibliografía, tanto nacional como extranjera, al final de cada tema tratado.

La primera parte comprende tres capítulos en los cuales se abordan las tres grandes clasificaciones de la responsabilidad civil y su problemática. Así, el primer capítulo trata de la responsabilidad criminal y la responsabilidad civil, analizándose las diferencias entre los dos campos; destruyendo tabúes como el de la antijuricidad y abogando decididamente por una separación definitiva entre ambas responsabilidades.

A continuación, aborda «la injustificada dualidad normativa» entre la llamada responsabilidad civil pura y la responsabilidad civil derivada de delito, distinción que no es tal, pero que sigue siendo objeto de muy justificadas críticas por las contradicciones entre la normas del Código civil y las normas civiles del Código penal. En este sentido analiza de manera exhaustiva todas y cada una de las diferencias que se producen cuando el hecho que genera la responsabilidad civil deriva de un delito o cuando la causa es un ilícito civil y une su voz a las de la doctrina más especializada que desde hace mucho tiempo llevan poniendo en evidencia los peligros de una dualidad normativa como la que aquí se produce.

Finaliza la primera parte con el tercer capítulo en el que se aborda la distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad que deriva de la violación del genérico deber del *alterum non laedere*.

Y quiere el autor, antes de entrar en el fondo, aclarar una cuestión terminológica que en ocasiones pasa desapercibida. Así, señala que por «responsabilidad civil» se suele identificar a la responsabilidad aquiliana, cuando realmente necesita del adjetivo —contractual y extracontractual— para que la identificación se produzca. Por eso, para evitar equívocos el libro lo titula «la responsabilidad civil contractual y extracontractual». Una vez hecha esta precisión, casi anecdótica, hace referencia a la polémica entre los partidarios de las posiciones dualistas y monistas de la responsabilidad que hoy sigue viva. Respecto a esto, se pronuncia de manera prudente, pues una vez analizado el problema desde las diferencias entre los dos regímenes jurídicos, aboga a favor de la distinción entre ambas responsabilidades pero acercando esas diferencias en el tratamiento de aspectos como puede ser el de la prescripción de la acción.

Es en la segunda parte del libro donde se entra de lleno en las condiciones o requisitos de la responsabilidad civil (los *effets* los anuncia para una próxima entrega). En primer lugar, la acción u omisión que causa el daño. Y desde la acción, naturalmente, el autor se plantea el problema de la antijuricidad o injusticia del daño, estando de acuerdo conmigo en la irrelevancia e innecesariedad de la injusticia (p. 134 y ss.), aunque discrepa en algún punto de la argumentación de mi trabajo sobre el tema (afortunadamente poco conocido). Este capítulo abarca las acciones u omisiones que dan lugar a la responsabilidad civil extracontractual y también analiza los supuestos del incumplimiento contractual, pues, el presupuesto en sí es común a ambas.

El requisito del daño se estudia en el capítulo V. Dentro de los elementos de la responsabilidad civil, a mi juicio, es el daño el más atractivo de todos ellos, porque presenta una gran tipología y los más variados matices. Pero, para ser daño reparable, que es en definitiva lo que a la luz de la responsabilidad civil interesa, es necesario que el daño sea cierto. Y así lo plantea Yzquierdo Tolsada pues titula el capítulo como «un daño de relativa certeza».

Con afán analítico va definiendo y delimitando los grandes bloques de daños a los que luego son reconducibles los múltiples perjuicios que la casuística plantea. Así, el daño presente, futuro, continuado y sobrevenido; el daño emergente, lucro cesante y la pérdida de *chances*..., en fin las distintas formas del daño, en las que quizá hubiera sido bueno hacer especial referencia al daño corporal y no sólo como especie de un daño moral, por las importantes implicaciones que en el terreno económico presenta.

Y por último, el capítulo VI sobre el nexo de causalidad, que es el elemento que como muy bien dice el autor «introduce en el sistema mayores problemas». Afirmación que no podemos más que compartir, pues la apreciación del nexo causal es una *quaestio facti* pero se acerca peligrosamente a otros aspectos, como puede ser el de la culpabilidad en los actos omisivos o, en otras ocasiones, invade el terreno de la imputación objetiva»

En definitiva, sólo nos queda felicitar al autor por este trabajo del que esperamos pronto la segunda parte y, además, recomendar su lectura no sólo a quienes pretendan iniciarse en el interesante mundo de la responsabilidad civil, sino también a los que ya iniciados, quieran hacer una lectura crítica y revisionista del tema.

ELENA VICENTE DOMINGO  
Doctora en Derecho Civil.  
Facultad de Derecho de Burgos.

## Revistas extranjeras

A cargo de: Remedios ARANDA RODRÍGUEZ  
M.<sup>a</sup> PAZ GARCÍA RUBIO  
Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA  
Luis Miguel LÓPEZ FERNÁNDEZ  
Isabel SIERRA PÉREZ

**SUMARIO:** I. Derecho civil. 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Hipotecario. Registral. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varias. II. Derecho mercantil. 1. Parte general. Empresa. 2. Derechos de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 7. Derecho concursal. Abreviaturas.

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. INTRODUCCION

**1. BUROW P.: «Einführung in die ökonomische Analyse des Rechts», JUS, 1993, págs. 8-12.**

Introducción al análisis económico del Derecho donde se estudian conceptos fundamentaes de esta teoría, ejemplos de casos típicos, campo de aplicación de la misma, se procede a su crítica y se reduce su operatividad a una función explicativo-didáctica o a la integración de los conceptos jurídicos de contenido variable o de tópicos jurídicos. (M.P.G.R.).

**2. VON DANWITZ TH.: «Die Garantie effektiven Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft», NJW, 1993, págs. 1108-1115.**

La garantía de una protección jurídica efectiva en el Derecho comunitario. A propósito de la mejora de la protección de los derechos individuales ante el Tribu-

nal de Justicia de la CE. El autor analiza el déficit de mecanismos de protección individual en el Derecho comunitario, así como las posibles vías de desarrollo del art. 173.II del Tratado de la CE (recurso individual ante el TJCE). (M.P.G.R.).

**3. EBNE P.: «Rechtsprobleme bei der Verwendung von Telefax», NJW, 1992, págs. 2985-2993.**

Comentario sistemático de la jurisprudencia alemana existente sobre los problemas jurídicos que plantea la utilización del telefax. (M.P.G.R.).

**4. GALLONI, G.: «Per i cinquant'anni del Codice civile», GC, 1992, núm. 12, págs. II, 617-630.**

La validez del Código civil italiano de 1942. Reconocimiento doctrinal (nacional y europeo) del Código civil. La influencia de la política y la sociedad. Las relaciones Código civil-leyes especiales; Código civil-Constitución, Código civil-Derecho comunitario. (Aranda/Sierra).

**5. MARINELLI, F.: «Gli itinerari del Codice civile», GC, 1992, núm. 12, págs. II, 631-643.**

La influencia ideológica en el Código civil: de la escuela de la exégesis a la escuela sistemática. Paso del individuo a la persona; de la propiedad a la empresa; del negocio al contrato; de la responsabilidad aquiliana a la objetiva. La descodificación del Código civil. (Aranda/Sierra).

**6. MORI, P. «Novità in tema di tutela dei singoli nei confronti dello Stato inadempiente a direttive comunitarie: il caso Francovich e Bonifaci», GC 1992, núm. 10, págs. II, 513-526.**

Análisis de la sentencia del Tribunal Europeo de 19 de noviembre de 1991 (Causas C-6/90 y 9/90) sobre daños a los ciudadanos de un estado por incumplimiento de la directiva 89/987 de 20 de octubre de 1980. (Aranda/Sierra).

**7. MOURRE, Alexis: «Les arrêts Rothmans et Arizona Tobacco du conseil d'état: la séparation des pouvoirs en question?», GP, tomo bimestral septiembre-octubre de 1992, Doctrine, págs. 818-819.**

El autor se lamenta de que, en los fallos mencionados, se haya declarado la ineficacia de una ley por infracción de la directiva comunitaria que venía a trasponer. Fundamenta su crítica en que tal solución implica el sometimiento del poder legislativo al ejecutivo, aún cuando el órgano ejecutivo en cuestión sea supranacional, alegando también el menoscabo del principio de inalienabilidad de la soberanía nacional que las mencionadas resoluciones implican. (L.M.L.F.).

**8. MULLER-GRAFF P. CH.: «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht», NJW, 1993, págs. 13-23.**

El artículo aclara el efecto recíproco ante el Derecho comunitario y el Derecho privado interno de los Estados miembros. Después de un bosquejo introductorio sobre el papel del Derecho privado en la integración europea, se precisa el concepto de Derecho privado europeo y se discuten las principales cuestiones relacionadas con el desarrollo del Derecho privado europeo. Finalmente, se cuestiona la posibilidad de elaborar un Código civil europeo. (M.P.G.R.).

**9. OPPERMAN TH./C.DIETER: «Die EG vor der Europäischen Union», NJW, 1993, págs. 5-12.**

El autor reflexiona sobre el significado de la fecha del 1-1-93 en relación al mercado único europeo, el Tratado de Maastricht, y el significado de la unión europea para Alemania. (M.P.G.R.).

**10. RABE H.J.: «Europäische Gesetzgebung-das unbekannte Wesen», NJW, 1993, págs. 1-5.**

La realización del mercado interior ha supuesto un incremento de las disposiciones jurídicas de la Comunidad europea. Ciudadanos y empresarios deben reparar en el verdadero alcance de éstas, pues el Derecho comunitario, a través de las Directivas, debe hacer cambiar a los Derechos nacionales. El presente artículo se extiende en los géneros y en el procedimiento normativo comunitario, partiendo de las reales competencias de la Comunidad y analizando el proceso legislativo de sus diversos actos normativos. Los aplicadores del Derecho, generalmente jueces y abogados, deben tener más y mejor conocimiento del Derecho comunitario y de su valor que hasta el presente. (M.P.G.R.).

**11. SAMTLEBEN J.: «Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis», NJW, 1992, págs. 3057-3062.**

El autor pone de manifiesto que los dictámenes sobre el Derecho extranjero han sido tradicionalmente una importante fuente de información en la práctica judicial alemana. Una decisión del BGH de 21-1-91 en la que se barajaba la aplicación del Derecho extranjero, ha cuestionado seriamente esta práctica. (M.P.G.R.).

**12. SCHOLZ R.: «Grudgesetz und europäische Einigung», NJW, 1992, págs. 2593-2601.**

La Comisión constitucional unificada del Bundestag y Bundesrat ha aprobado el 26-6-92 las primeras recomendaciones sobre el fenómeno «Europa y Cons-

titución». La Comisión recomienda una completa serie de modificaciones constitucionales, entre otras un nuevo art. 23 de la Ley fundamental, con el que se regule el procedimiento para la continuación de la construcción de la unidad europea y se haga posible la ratificación del Tratado de Maastricht. (M.P.G.R.).

**13. VACCARELLA, R.: «Il difensore ed il giudizio di equità», GC, 1992, núm. 9, págs. II, 465-477.**

Análisis particularizado del juicio de equidad. El procedimiento y sus efectos. (Aranda/Sierra).

**14. VEELKEN W.: «Die Bedeutung des EG-Rechts für die nationale Rechtsanwendung», JUS, 1993, págs. 265-272.**

El autor se ocupa de los dos mecanismos de transmisión a través de los cuales, por medio de jueces y autoridades, el Derecho comunitario gana significado en la aplicación nacional del Derecho. Estos dos mecanismos son, por un lado, el llamado *fundamento de la aplicabilidad del Derecho comunitario* en conexión con el conocido como principio de primacía (*Vorrangprinzip*) y, por otro, la obligación de los Estados miembros, especialmente de los jueces nacionales, de efectuar una interpretación conforme al Derecho comunitario del Derecho nacional. El autor suministra ejemplos prácticos de ambos mecanismos que demuestran la influencia del Derecho comunitario en el Derecho alemán. (M.P.G.R.).

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

**15. ALPA, G.: «Un progetto per la giustizia minore: composizione stragiudiziale delle controversie, ruolo dell'arbitrato, interessi di categoria», GC, 1992, núm. 11, págs. II, 577-583.**

Situación actual en la materia. Controversia sobre el modelo del proceso civil: monolitismo y sus razones. Ventajas de la justicia plural. (Aranda/Sierra).

**16. ANDORNO, Roberto L.: «Bioéthique et droit: remarques sur deux projets de loi», GP, núm. 344-345 de 1992, págs. 2-4.**

El autor se lamenta de que los proyectos de ley presentados el 25 de marzo de 1992 por el Gobierno francés y relativos a la procreación asistida, vengán a consagrar la primacía de la técnica sobre la persona, permitiendo la disponibilidad sobre el cuerpo humano, aún cuando haya de tener carácter gratuito, posibilitando la experimentación sobre embriones humanos, e impidiendo la satisfacción del interés del niño a conocer su procedencia biológica. (L.M.L.F.).

**17. BREBAN, Yann:** «La loi relative au contrôle de l'utilisation et de la dissémination des organismes génétiquement modifiés», GP, tomo bimestral septiembre-octubre de 1992, *Doctrine*, págs. 813-817.

Comentario de la Ley francesa de 13 de julio de 1992, promulgada de acuerdo con las directivas comunitarias relativas a la utilización confinada de microorganismos genéticamente modificados y a la diseminación voluntaria de organismos genéticamente modificados en el medio ambiente. Deducer el autor que la información al público ha sido contemplada en términos bastante restrictivos, como consecuencia de la escasa iniciativa dejada por los textos mencionados a los Estados miembros y de la prioridad absoluta dada por el Derecho Comunitario a la protección de los intereses económicos subyacentes a toda investigación. (L.M.L.F.).

**18. BRUNTZ, J.-M., et DOMINGO, M.:** «Doctrine d'une Rupture Annoncée», GP, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, *Doctrine*, págs. 599-601.

Comentario del fallo del Tribunal de Casación francés, recaído en el procedimiento seguido por Jean-Christophe Mitterrand contra «l'Événement du Jeudi», y según el cual el juez francés *des référés* debe asegurarse de que el periodista acusado de difamación ha tenido posibilidad de aportar la prueba de la veracidad de los hechos alegados, disponiendo para ello del plazo de diez días que a tal fin le confiere el artículo 55 de la ley de 29 de julio de 1881. El autor se muestra satisfecho con el sentido del fallo, ante la proliferación del recurso al procedimiento establecido por el artículo 809 del nuevo Código de procedimiento civil para eludir disposiciones imperativas dictadas con la finalidad de asegurar la protección de libertades públicas. (L.M.L.F.).

**19. BYK, Christian:** «Les aspects juridiques des xénotransplantations», SJ, núm. 50 de 1992, *Doctrine* 3633, págs. 543-549.

Estudio de los problemas de orden moral, jurídico y filosófico, que plantea el trasplante de órganos procedentes de animales en seres humanos. Se plantea primero su licitud, tanto desde el punto de vista de la protección de los animales como del respeto a la dignidad e integridad del ser humano, para analizar a continuación, y ante la ausencia de un régimen jurídico específicamente aplicable, las condiciones legales exigibles a la puesta en práctica de estas pintorescas intervenciones, en tanto actos de experimentación. (L.M.L.F.).

**20. CAPECCI, F.:** «Mala tempora currunt per i diritti della personalità? - nota a App. Roma 11 febbraio 1991», GC, 1992, núm. 11, págs. I-2859-2866. (Aranda/Sierra).



**21. CEI, E.: «Donne maltrattate: riflessione e proposte», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte segunda, págs. 1231-1254.**

Aspectos jurídicos y de hecho. El hombre violento. Ideas y propuestas de educación y cambio cultural. (Aranda/Sierra).

**22. CHABERT-PELTAT, Catherine: «La Loi Huriet et le matériel médical», GP, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, Doctrine, págs. 540-542.**

La autora plantea los problemas planteados por la relación entre la legislación reglamentadora de la experimentación sobre el ser humano y la normativa aplicable a la homologación de los productos y aparatos utilizados en medicina. (L.M.L.F.).

**23. COMO, G.: «Dinamica interattiva sociale e configurazione giuridica della personalità minorile», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte segunda, págs. 1273-1301.**

Socialización. Ambiente del menor y desarrollo de la personalidad. Relación individuo-familia-escuela. Los derechos del menor en la normativa italiana. (Aranda/Sierra).

**24. DELFINO, R.: «Il Data Protection Act 1984: esame della disciplina ed analisi di un caso deciso dal Data Protection Tribunal», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), págs. 1302-1311.**

Normativa inglesa en materia de protección de datos informáticos. Análisis del Data Protection Act de 1984. (Aranda/Sierra).

**25. DOGLIOTTI, M.: «La legge quatro sull'handicap: un'occasione perduta», DFP, 1993, núm. 1-2 (enero-junio), parte segunda, págs. 371-377.**

Conferencia pronuncia en el Convenio «la legge quatro sull'handicap» en Milán el 6 de junio de 1992. (Aranda/Sierra).

**26. DOGLIOTTI, M.: «Da Sophia Loren a Stefania Sandrelli: una sicura evoluzione giurisprudenziale», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte primera, págs. 967-975.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 28 de marzo de 1990, núm. 2527 sobre derecho a la imagen. (Aranda/Sierra).

**27. FIACCAVENTO, S.:** «Tutela della persona e “creazione giurisprudenziale” del diritto», GC, 1992, núm. 5, págs. li-233-253.

Análisis de la posibilidad de que las decisiones judiciales constituyan la fuente del nuevo derecho en materia de tutela de la persona. El derecho a la intimidad y la Constitución. Contenido y límites del derecho. El derecho a la identidad personal. (Aranda/Sierra).

**28. GALLOUX, Jean Christophe:** «La préfiguration du droit de la génétique par les contrats de biotechnologie: l'expérience nord-américaine», RIDC, núm. 3, julio-septiembre de 1992, Études, págs. 583-608.

Análisis de las soluciones jurídicas desarrolladas por la práctica contractual en el ámbito de la biotecnología en Norteamérica, del cual se deducen las tendencias a la cosificación de la materia viva y de sus estructuras, cualquiera que sea su origen biológico —humano o animal—, y a su susceptibilidad de apropiación por distintos mecanismos de reserva. (L.M.L.F.).

**29. GALLWAS, H.U.:** «Der allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit», NJW, 1992, págs. 2785-2790.

El desarrollo del derecho a la autodeterminación en la información ha dejado en un segundo plano el derecho de los particulares a la adquisición y uso de la información. Entre ambos derechos (el de autodeterminación y el de adquisición y uso) hay varios puntos de contacto. La autodeterminación de los particulares y el desarrollo de su libertad pueden ser obstaculizados también a través de la retención y de la protección de determinadas informaciones. (M.P.G.R.).

**30. GRAZIOSI, A.:** «Note sul diritto del minore ad essere ascoltato nel processo», RTDPC, 1992, núm. 4, págs. 1281-1305.

Estudia la normativa italiana al respecto y realiza una breve exégesis de los artículos 9 y 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño de 1989. La perspectiva es la del menor como sujeto y no como objeto en el proceso civil en general y en particular en los procesos de separación y divorcio. (Aranda/Sierra).

**31. GRIMALDI, M.R.:** «Il minore tra famiglia e scuola», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-diciembre), parte segunda, págs. 1255-1272.

Inadecuación de la tutela legislativa del menor en la escuela. Defectos de la familia y de la escuela en el desarrollo del menor. (Aranda/Sierra).

**32. GUTTENBERG, U.: «Die heimliche Überwachung von Wohnungen», NJW, 1993, págs. 567-576.**

El artículo trata, como ejemplo del § 9, II y III de la Ley de protección de la Constitución (BVerfSchG), de la problemática constitucional de la obtención de información mediante vigilancia secreta de las viviendas. Competente es aquí especialmente el art. 13 GG que, por un lado, concierne al núcleo intangible de la personalidad, pero por otro lado también la restricción judicial del art. 13 II GG pudiera servir para algunos registros acústicos u ópticos. También está afectado el art. 19.IV GG porque el secreto de los medios de vigilancia impide una adecuada protección jurídica. (M.P.G.R.).

**33. JULIEN-LAFERRIÈRE, François: «Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale?», RDS, núm. 39 de 1992, Chroniques, págs. 291-295.**

El presente artículo desarrolla el alcance de la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual el derecho al respeto de la vida familiar, establecido en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, resulta aplicable a las decisiones adoptadas en materia de policía de extranjeros. Pese a los problemas que puede plantear la diferencia existente entre el concepto restringido de familia, utilizado por el derecho francés de extranjería, y la noción amplia derivada de la Convención, el autor considera que, al verificar la proporcionalidad entre el perjuicio causado a la vida familiar por una determinada medida y las exigencias derivadas del orden público, los tribunales continuarán respetando, salvo raras excepciones, la apreciación hecha por los órganos administrativos. (L.M.L.F.).

**34. KLÜSENER B./RAUSCH H.: «Praktische Probleme bei der Umsetzung des neuen betreuungsrechts», NJW, 1993, págs. 617-624.**

La modificación de la legislación tutelar, en vigor desde el 1-1-1992, ha planteado un conjunto de problemas que han conducido a diferencias de opinión y a desacuerdos doctrinales. El autor aporta sus soluciones en materia de capacidad, asistencia obligatoria, ámbito de actividad, etc., delimitando los aspectos civiles de los administrativos. (M.P.G.R.).

**35. KORMAN, Charles: «L'Événement du Mercredi 5 Février 1992», GP, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, Doctrine, págs. 601-605.**

Comentario del fallo de la Segunda sala civil del Tribunal de Casación, mediante el cual se declaró que, condenando a «l'Événement du Jeudi» al pago de una provisión a Jean-Christophe Mitterrand y a la inserción de un comunicado en la revista, como consecuencia de la publicación en la misma de determinados hechos considerados como difamatorios y relativos a su vida privada, el Tribunal de apelación de París había vulnerado la ley de 29 de julio de 1881, por no respetar

el plazo de diez días otorgado por este texto legal para que el demandado pueda demostrar la veracidad de lo alegado. (L.M.L.F.).

**36. KRAMER, B.:** «Videoaufnahmen und andere Eingriffe in Allgemeine Persönlichkeitsrecht auf der Grundlage des § 163 StPO?», NJW, 1992, págs. 2732-2738.

Artículo sobre la admisión de vídeos y otras intromisiones en los derechos de la personalidad con base en el § 163 de la StPO. (M.P.G.R.).

**37. LOMBOIS, Claude:** «La position française sur le transsexualisme devant la Cour européenne des droits de l'homme», RDS, núm. 44 de 1992, Chronique, págs. 323-326.

En relación con un tema tan debatido como es el de la trascendencia registral de las situaciones de transsexualismo, el autor analiza las alternativas existentes para adaptar el ordenamiento jurídico interno a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de marzo de 1992. Estimando que la condena del Estado francés se debió a la enorme proliferación de supuestos de la vida cotidiana en los cuales la mención del «sexo legal» se manifiesta, y no a la imposibilidad de modificar las actas del Registro Civil en este aspecto, entiende que la solución del problema no ha de pasar, necesariamente, ni por rectificar una falsa inexactitud registral para dar acceso a una falsa realidad, ni por posibilitar la constatación simultánea de ambos sexos en el Registro, sino más bien por eliminar la mención del sexo en determinados documentos, permitir la modificación en otros y autorizar el cambio de nombre, en vista de que no se puede cambiar de «sexo legal». (L.M.L.F.).

**38. LORENZINI, R.:** «I limiti della libertà di critica in materia religiosa», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte primera, págs. 1116-1121.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Venecia de 23 de marzo de 1992 sobre los derechos de la persona y la libertad de confesión religiosa. (Aranda/Sierra).

**39. LOSCH, B.:** «Lebensschutz am Lebensbeginn: Verfassungsrechtliche Probleme des Embryonenschutzes», NJW, 1992, págs. 2926-2932.

Protección de la vida al comienzo de la vida. Problemática constitucional de la protección del embrión. (M.P.G.R.).

**40. MAYAUX, Luc: «L'égalité en droit civil», SJ, núm. 39 de 1992, Doctrine 3611, págs. 385-391.**

El autor destaca la doble evolución que se viene produciendo en el ordenamiento civil con la finalidad de promover la igualdad real: la desaparición de desigualdades naturales o derivadas del nacimiento, conduce a la uniformización de ese ordenamiento (supresión de diferencias derivadas del sexo, cualidad de niño adulterino, etc.), en tanto la eliminación de otras desigualdades, implica su simultánea diversificación (protección de los consumidores, personas endeudadas, víctimas de accidentes de circulación, ocupantes de viviendas, etc.). (L.M.L.F.).

**41. MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse: «Vie privée, vie familiale et droits de l'homme», RIDC, núm. 4, octubre-diciembre de 1992, Études, págs. 767-794.**

En el presente artículo se examinan los conflictos que pueden plantearse entre el derecho al respeto de la vida privada, entendido como derecho a la libertad individual de cada uno de los miembros de la familia, y el derecho al respeto de la vida familiar de los demás, interrogándose la autora acerca del eventual deber positivo del estado de proteger unos derechos frente a otros, mediante una equilibrada ponderación de los intereses en presencia. También se analiza el radical individualismo del «Right of privacy» americano, frente al carácter más moderado que presenta la noción europea de vida privada. (L.M.L.F.).

**42. NATALI, F.: «I titoli nobiliari oggi: natura giuridica e ambito de loro tutela», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte primera, págs. 978-983.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 7 de marzo de 1991, núm. 2426 sobre derecho de la persona: el derecho a la identidad personal. (Aranda/Sierra).

**43. POLLAUD-DULIAN, Frédéric: «L'utilisation du nom patronymique comme nom commercial», SJ, núm. 43 de 1992, Doctrine 3618, págs. 453-459.**

El autor aborda los dos grupos de cuestiones que, a su juicio, suscita la utilización del nombre patronímico como nombre comercial: el propio derecho a elegir el patronímico como nombre comercial y la posibilidad de ceder el nombre con esa finalidad. (L.M.L.F.).

**44. RIVET, A.: «Il diritto di propaganda religiosa cuo consentire la diffamazione e il vilipendio?», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte primera, págs. 1136-1142.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Venecia de 23 de marzo de 1992 sobre los derechos de la persona y la libertad de confesión religiosa. (Aranda/Sierra).

**45. ROQUETTE, Laurent: «Le changement de nom patronymique en droit francais», GP, núm. 346-347 de 1992, Doctrine, págs. 2-8 y 25-29.**

Estudio de los diversos aspectos, de derecho público y privado, que subyacen en el tema. Entre el interés individual a la modificación, y el general, consistente en la estabilidad de los patronímicos como medio de inequívoca identificación de la persona física, el autor apunta otro objetivo a tomar en consideración: la necesidad de evitar la incidencia de la desertización de patronímicos, apreciada ya en otros países. (L.M.L.F.).

**46. SERGIO, G.: «Rito camerale e collegiata, questione cruziale per la giustizia minorile», DFP, 1992, núm. 3 (julio-setiembre), parte primera, págs. 727-731.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Menores de Venecia, Proc. Rep. de 18 de enero de 1992. (Aranda/Sierra).

**47. SCHWARZENBERG, C.: «Un altro exemplo di intolleranza religiosa nei confronti dei Testimoni di Geova», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte primera, págs. 1108-1116.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Venecia de 23 de marzo de 1992 sobre los derechos de la persona y la libertad de confesión religiosa. (Aranda/Sierra).

**48. SEGRETO, A.: «Il diritto di cronaca, di critica e di propaganda religiosa, quale causa giustificativa della diffamazione», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte primera, págs. 1122-1136.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Venecia de 23 de marzo de 1992 sobre los derechos de la persona y la libertad de confesión religiosa. (Aranda/Sierra).

**49. STARCKSOBRE CH.: «Grundversorgung und Rundfunkfreiheit», NJW, 1992, págs. 3257-3263.**

El concepto de emisión o suministro básico o fundamental (Grundversorgung) que vincula a las emisoras de radio públicas alemanas, no ha sido aún suficientemente perfilado por el BVerfG, sobre todo en relación con sus puntos de contacto con el principio de libertad informativa a través de la radio garantizado en el art. 51 GG. El autor trata de esta relación. (M.P.G.R.).

**50. TALBOT, Patrick: «La reconnaissance de la qualité de réfugié et son contentieux», SJ, núm. 38 de 1992, Doctrine 3609, págs. 371-376.**

Cuarenta años después de la adopción del Convenio de Ginebra, se recuerda el marco jurídico en el cual se ejercita la protección de los refugiados y la reglamentación de los litigios relativos a su estatuto. Se concluye que, frente al drama planteado por la situación de personas perseguidas o exterminadas, el procedimiento francés de determinación de la cualidad de refugiado, aún siendo perfectible, avanza hacia el refuerzo de la protección de los interesados y la salvaguardia de esta libertad pública. (L.M.L.F.).

**51. TEDESCHI, M.: «Gruppi sociali, confessioni e libertà religiosa», DFP, 1993, núm. 1-2 (enero-junio), parte segunda, págs. 272-289.**

Las asociaciones espontáneas. Confesión religiosa y nuevas religiones. Libertad religiosa de los grupos y del individuo. (Aranda/Sierra).

**52. UCCELLA, F.: «Il matrimonio civile come giusta causa di licenziamento dell'insegnante di scuola cattolica: una decisione non condivisibile — nota a Cass. 21 novembre 1991, n. 12530», GC, 1992, núm. 5, págs. I, 1267-1272.**

El despido por justa causa. Enseñante que contrae matrimonio civil y ejerce su profesión en un colegio católico. (Aranda/Sierra).

**53. WEISS, L.: «Una miscela allarmante fra integralismo e proxelitismo: testimonii de Geova, libertà di culto, famiglia, società», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte primera, págs. 1142-1151.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Venecia de 23 de marzo de 1992 sobre los derechos de la persona y la libertad de confesión religiosa. (Aranda/Sierra).

## 3. PERSONA JURIDICA

**54. CASSESE, S.: «Le persone giuridiche e lo Stato», CI, 1993, núm. 1, págs. 1-13.**

La persona jurídica del libro I del Código civil o la persona jurídica «tout court». El Estado patrón de la persona jurídica. El control de la autoridad gubernativa y el control interno. La persona jurídica como figura de Derecho común y de Derecho especial. (Aranda/Sierra).

**55. COSTANZA, M.: «La società per azioni di mano pubblica sono soggetti di diritto privato?», GC, 1992, núm. 10, págs. II, 507-512.**

Evolución de la intervención pública. La sociedad por acciones como ente económico. La participación pública. Función e interés público. (Aranda/Sierra).

**56. MALAURIE, Marie: «Plaidoyer en faveur des associations», RDS, núm. 35 de 1992, Chroniques, págs. 274-276.**

Las asociaciones que desarrollan actividades mercantiles ¿incurren en competencia desleal, debido a los beneficios fiscales de que disfrutan? La autora, partiendo de la base de que el derecho de la competencia está ligado a las nociones de sustituibilidad de los bienes y de mercado de referencia, destaca tres grupos de supuestos en los cuales, a su juicio, no puede existir vulneración alguna de la libre competencia: cuando una asociación ofrece productos o servicios específicos y no sustituibles por los ofertados por una empresa, cuando la asociación no ofrece sus productos o servicios nada más que a sus miembros, y cuando, finalmente, la asociación desarrolla una doble actividad, mercantil y desinteresada, siendo destinados los beneficios derivados de su faceta mercantil a la consecución del objetivo altruista. (L.M.L.F.).

**57. SCHOKENHOFF, Martin: Der Grundstaz der Vereinsautonomie, ACP 193 (1993) págs. 36 a 67.**

Las normas del BGB referentes a la organización interna de las asociaciones confieren una posición preeminente a la asamblea general. Sin embargo, son normas de carácter dispositivo que, conforme al párrafo 40 BGB sólo se aplican en defecto de otra previsión estatutaria. La asociación goza, pues, de una amplia libertad de configuración que en la práctica se traduce en conceder a terceros facultades diversas entre las que se cuentan el nombramiento de presidente o de otros órganos, derechos de veto e incluso facultades de disolución de la asociación. El límite de esta libertad se encuentra en el denominado principio de autonomía de la asociación, considerado inmanente a la norma del párrafo 40 BGB. Pero di-



cho principio se interpreta de diversas maneras por doctrina y jurisprudencia, lo que da lugar a una falta de uniformidad al enjuiciar los límites concretos que han de tener las facultades reconocidas a terceros respecto del funcionamiento interno de la asociación. El autor profundiza en el significado del principio de autonomía y su interpretación por el Tribunal Constitucional (I.G.P.).

**58. VITTORIA, D.: «Il cambiamento del “tipo” per gli enti del I libro del Codice civile», CI, 1992, núm. 3, págs. 1149-1168.**

El autor analiza el problema de la transformación de asociaciones y fundaciones y manifiesta la escasa atención doctrinal y jurisprudencial. Intereses que mueven a la transformación de asociaciones en fundaciones y viceversa. (Aranda/Sierra).

#### 4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**59. ALBANESE, A.: «Poteri del proponente e conclusione del contratto», GC, 1992, núm. 11, págs. II, 555-561.**

Poderes del oferente en la fase anterior a la formación del contrato. Análisis de la sentencia de casación de 4 de septiembre de 1990, núm. 9130. El artículo 1327 del Código civil italiano. (Aranda/Sierra).

**60. ALPA, G.: «I contratti informati della p.a. (note sul d. legs. núm. 39/1993)», CI, 1993, núm. 1, págs. 65-70.**

La fuente de la disciplina del contrato informático de la p.a. Límites de la autonomía negocial de las partes y objeto informático concluido. La duración del contrato. (Aranda/Sierra).

**61. ALT-MAES, Françoise: «Les nouveaux droits reconnus à la victime d'un mineur», SJ, núm. 47 de 1992, Doctrine 3627, págs. 510-516.**

El presente artículo, tras señalar cómo la jurisprudencia francesa relativa a los daños causados por los menores ha ido sustituyendo una responsabilidad de pleno derecho por una responsabilidad presunta, creando nuevos responsables indirectos, y reemplazando el acto ilícito del menor causante del daño por su simple actuación causal, apunta la posibilidad de generalizar el seguro obligatorio para los padres, con la finalidad de evitar la existencia de diversas categorías de víctimas. Falta, no obstante, un estudio más profundo acerca de si realmente la sociedad considera a la infancia como una fuente de peligro similar al tráfico rodado, la energía nuclear, la navegación aérea y otros sectores en los cuales habitualmente se establece el seguro obligatorio, vinculado a un sistema de responsabilidad meramente objetivo. Además, puestos a plantearnos el derecho de toda víctima de la

actuación dañosa de un menor a ser indemnizada, quizá debiera ser toda la sociedad, y no los padres, la que deba afrontar el coste de esta cobertura. No olvidemos que el progresivo envejecimiento de la población, experimentado en las sociedades desarrolladas, representa un problema que no parece vaya a resolverse gravando todavía más la paternidad. (L.M.L.F.).

**62. ANGELONI, F.: Obiter dicta, rationes decidendi e massime errate in tema di adempimento dell'obbligazione di contrattare di un incapace», CI, 1993, núm. 1, págs. 14-49.**

El método de información de decisiones jurisprudenciales ante la exigencia de formular previsiones en orden a futuras decisiones. El incumplimiento de la obligación de estipular un contrato definitivo por el deudor incapaz. El poder de representación de las personas incapaces. (Aranda/Sierra).

**63. ANTINORI, S.: «Disciplina legale e disciplina contrattuale delle garanzie per vicii nella compravendita», GC, 1992, núm. 12, págs. I, 3140-3144.**

Comentario a la sentencia de la corte de casación de 4 de setiembre de 1992, núm. 9352. (Aranda/Sierra).

**64. AULETTA, F.: «Il collegamento di negozi: note sul caso Maradona», GC, 1992, núm. 12, págs. I, 3213-3222.**

Comentario a la decisión del Colegio arbitral de la Liga Nacional profesional de 31 de mayo de 1991. (Aranda/Sierra).

**65. AZZARO, A.M.: «Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio. Brevi riflessioni sulle più recenti tendenze giurisprudenziali», GC, 1992, núm. 12, págs. I, 3168-3175.**

Comentario a la sentencia de la corte de casación de 27 de febrero de 1991, núm. 2126. (Aranda/Sierra).

**66. BEINING D.: «Keine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 610 BGB valutierte Darlehen», NJW, 1992, págs. 2742-2744.**

El autor contradice la opinión mantenida en su día por Grubers en esta misma revista, según la cual el § 610 BGB que contempla un derecho de arrepentimiento del prestamista puede ser también aplicado a los préstamos de valor efectuados por los bancos. (M.P.G.R.).

**67. BIHL, Luc:** «Le délit d'abus de faiblesse», GP, núm. 330-331 de 1992, *Doctrine*, págs. 16-21.

El autor lamenta la ocasión perdida en Francia para penalizar, con carácter general, las conductas que impliquen abuso de la posición de debilidad de determinados consumidores, particularmente vulnerables. (L.M.L.F.).

**68. BIN, M.:** «Singoli contratti», RTDPC, 1992, núm. 4, págs. 1365-1376.

La jurisprudencia italiana en materia de venta con pacto de retro y pacto comisorio. La venta en cadena de productos y su distribución: la responsabilidad contractual del revendedor por daño de producto defectuoso. (Aranda/Sierra).

**69. BLANDINI, A.:** «Clausola penale e interessi moratori superiori al tasso legale», BBTC, 1993, núm. 2, parte segunda, págs. 193-199.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 27 de febrero de 1992 sobre reducción de intereses abusivos. Usura. Anatocismo. (Aranda/Sierra).

**70. BOCCARA, Bruno:** «La Législation de l'Honoraire de Résultat», GP, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, *Doctrine*, págs. 520-522.

Análisis crítico de los argumentos desplegados por los defensores de la prohibición del pacto de cuota litis. (L.M.L.F.).

**71. BORIES, Serge:** «Les confins de l'irresponsabilité de la victime d'un accident de la circulation ou la faute inexcusable devant le juge du premier degré», GP, tomo bimestral, septiembre-octubre de 1992, *Doctrine*, págs. 679-682.

La ley de 5 de julio de 1985 vino a establecer el principio de indemnización de las víctimas de un accidente de circulación, con el único límite de que el mismo se deba exclusivamente a la concurrencia de culpa inexcusable por parte del perjudicado. En el presente trabajo se realiza un estudio acerca de la incidencia de esta regulación en las resoluciones dictadas, durante el año 1988 y en primera instancia, por los Tribunales de Nîmes y Montpellier. (L.M.L.F.).

**72. BRAULT, Philippe H.:** «Baux commerciaux: sur le domaine respectif du congé et de la demande de renouvellement», LC, febrero de 1992, *Chronique*, págs. 1-2.

Los arrendamientos de locales comerciales sujetos al decreto de 30 de septiembre de 1953 deben establecerse por una duración no inferior a nueve años,

transcurridos los cuales se establece un procedimiento que permite a una u otra de las partes ejercitar la opción entre la aceptación o el rechazo de la renovación.

El presente artículo aborda el estudio de la jurisprudencia relativa al mencionado procedimiento. (L.M.L.F.).

**73. BRAULT, Philippe-Hubert: «Baux commerciaux: sur les conditions de forme du congé», LC, octubre de 1992, Chronique, págs. 1-2.**

Estudio de la jurisprudencia relativa a los requisitos formales impuestos por el artículo 5 del decreto de 30 de septiembre de 1953. (L.M.L.F.).

**74. BRAULT, Philippe-Hubert: «Cession de bail: validité et portée des clauses restrictives imposant au preneur un agrément préalable ou des conditions diverses», LC, mayo de 1992, Chronique, págs. 1-2.**

El artículo 35-1 del decreto de 30 de septiembre de 1953 prohíbe las cláusulas que tiendan a impedir al arrendatario ceder su derecho. El autor examina, a la luz de la jurisprudencia, las estipulaciones que han sido declaradas nulas, aquellas otras cuya validez ha sido admitida, las medidas a adoptar en caso de oposición abusiva a la cesión y, finalmente, las sanciones en que puede incurrir el arrendatario que contraviene las estipulaciones relativas a la cesión. (L.M.L.F.).

**75. BRAUN, J.: «Vom Beruf unserer Zeit zur Überarbeitung des Schuldrechts», JZ, 1993, págs. 1-8.**

Desde hace años se prepara una profunda reforma de la parte central del BGB, sin que la pregunta fundamental sobre la «tarea de nuestro tiempo» —ideoneidad del método codificador en el Derecho de obligaciones— hubiera sido planteada seriamente. El artículo trata de esta cuestión y emite sobre la misma un juicio escéptico. (M.P.G.R.).

**76. CENDON/GAUDINO/ZIVIZ: «Responsabilità civile», RTDPC, 1992, núm. 4, págs. 1377-1412.**

Comentarios a varias sentencias de los tribunales italianos sobre responsabilidad civil en múltiples aspectos. (Aranda/Sierra).

**77. CIAFRE, G.: «Risarcimento del danno biologico e “azioni di rivalsa” dell'INAIL: due sentenze della Corte costituzionale —nota a C. cost. 27 dicembre 1991 núm. 485 e C. cost. 18 luglio 1991 núm. 356.», GC, 1992, núm. 7-8, págs. I-1678 y ss. (Aranda/Sierra).**

**78. CIMINO, G.: «L'adempimento dell'obbligazione contributiva previdenziale da parte del datore di lavoro mediante la cessione del credito: re-**

**quisito della titolarità del credito vantato — nota a Cass. 20 dicembre 1991, núm. 12811», GC, 1992, núm. 11, págs. I, 2750-2752. (Aranda/Sierra).**

**79. COPPI, G.: «L'avveramento della condizione nel caso di mancata fissazione del termine», GC, 1992, núm. 12, págs. I, 3097-3099.**

Comentario a la sentencia de la corte de casación de 16 de diciembre de 1991, núm. 15319. (Aranda/Sierra).

**80. COSTANZA, M.: «Cessione del credito, mandato per il pagamento ed erronea indicazione, da parte del mandante, del destinatario dell'adempimento — nota a Cass. 2 agosto 1991, núm. 8671», GC, 1992, núm. 5, págs. I-1317 y ss. (Aranda/Sierra).**

**81. DENOIX, M. Valéry: «Les Dommages Ecologiques sur le territoire de l'Ancienne RDA», GP, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, Doctrine, págs. 590-593.**

Estudio de los problemas que plantea la contaminación de terrenos en la antigua RDA, comprensivo del régimen jurídico aplicable a los daños derivados de la contaminación industrial, y de los mecanismos utilizables por los adquirentes de instalaciones o terrenos para exonerarse de responsabilidad por los daños causados con anterioridad al primero de julio de 1990, o bien para compartir con el vendedor los gastos derivados de su descontaminación. (L.M.L.F.).

**82. DJOUDI, Jamel: «La sous-traitance dans le contexte européen», RDS, núm. 26 de 1992, Chronique, págs. 215-220.**

El autor comienza por fundamentar el escaso interés que tiene diferenciar entre subcontratación industrial y comercial, afirmando que existe subcontratación siempre que una obligación de hacer es efectivamente realizada, no por el deudor principal, sino por un tercero (obviamente, mediante el establecimiento de una relación contractual), cualquiera que sea el ámbito económico en que se desarrolle. A continuación pasa a estudiar el Derecho comunitario relativo a la subcontratación, examinando las peculiaridades que esta figura plantea como sistema de colaboración empresarial, y también los aspectos relativos a la responsabilidad subcontratista por los productos defectuosos. (L.M.L.F.).

**83. DRYGALA, T.: «Ausschluß von Gewährleistung und Umtausch durch Rückgabe der Originalverpackung?», NJW, 1993, págs. 359-365.**

El Gobierno alemán ha considerado que la devolución de un objeto con vicios o defectos puede hacerse depender de que esa devolución se haga en el embalaje original, posible dependencia que el autor examina a la luz de la VerpackV y de la AGB-Gesetz. (M.P.G.R.).

**84. DUBOIS, Philippe:** «Le architecte et les contrats de construction de maison individuelle», *RDI*, núm. 3, julio-septiembre de 1992, *Variétés*, págs. 295-297.

La posibilidad de que el dueño de la obra utilice el asesoramiento de un profesional en el momento de la recepción, contemplada expresamente en la ley de 19 de diciembre de 1990, pone de manifiesto un problema cuyo centro neurálgico consiste en determinar si el carácter aparente u oculto de un vicio de construcción ha de ser apreciado tomando como referencia los conocimientos del dueño de la obra, con independencia de la asistencia pericial que haya podido dispensarle un arquitecto en el momento de la recepción, o, por el contrario, la intervención del profesional determina la purga de los defectos en relación con los cuales no se hubiera formulado reserva alguna. (L.M.L.F.).

**85. EL-MOKHTAR, Bey:** «Des Conséquences de la Jurisprudence de la Chambre Mixte de la Cour de Cassation du 23 Novembre 1990 sur la Symbiotique du Crédit-Bail», *GP*, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, *Doctrine*, págs. 568-575.

El autor lleva a cabo un interesante estudio de la génesis y de las consecuencias de la referida jurisprudencia, según la cual, en las operaciones de arrendamiento financiero, la resolución del contrato de venta conlleva la rescisión del contrato de arrendamiento financiero, sin perjuicio de las cláusulas que tuvieran por objeto regular las consecuencias derivadas de tal rescisión. (L.M.L.F.).

**86. FEDI, A.:** «Il risarcimento dei danni non patrimoniali dello Stato — nota a Cass. 10 luglio 1991, núm. 7642», *GC*, 1992, núm. 10, págs. I, 2481-2492. (Aranda/Sierra).

**87. FERRARI, M.:** «Un nuovo strumento di opponibilità ai terzi per la cessione dei crediti d'impresa: il pagamento avente data certa», *CI*, 1993, núm. 1, págs. 135-151.

La novedad introducida por la ley de 22 de febrero de 1991, núm. 52. El pago total y parcial. El pago con fecha cierta: modelo actual. (Aranda/Sierra).

**88. FINOCCHIARO, M.:** «Considerazioni brevissime sulle condizioni perché si abbia concrezione in affitto dei contratti association agrari (nonché sullo ius superveniens nel giudizio di cassazione)», *GC*, 1992, núm. 12, págs. I, 3021-3023.

Comentario a la sentencia de la corte de casación de 16 de junio de 1992, núm. 7397. (Aranda/Sierra).

**89. FINOCCHIARO, M.:** «Sul diritto di retenzione in caso di morte del colono — osservazione a Cass. 6 marzo 1992, núm. 2687», GC, 1992, núm. 9, págs. I, 2082-2084. (Aranda/Sierra).

**90. FINOCCHIARO, M.:** «Conseguenze della violazione del divieto di subaffitto (in margine all'art. 21, 1. 3 maggio 1982, núm. 203) — nota a Cass. 16 aprile 1992, núm. 4693», GC, 1992, núm. 7-8, págs. I-1721 y ss. (Aranda/Sierra).

**91. FLUME, Werner:** *Gesetzesreform der Sachmängelhaftung beim Kauf?* ACP 193 (1993) págs. 89 a 120.

El Dictamen de la Comisión para la reelaboración del Derecho de Obligaciones contempla la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos dentro de la regulación general de la responsabilidad contractual (*Leistungsstörungen*), alejándose así de la tradición romana continental que siempre lo había considerado un supuesto específico a propósito de la compraventa. En gran medida el trabajo de la Comisión supone un acercamiento al Derecho uniforme en materia de compraventa con una aplicación al supuesto de vicios del plazo genérico de prescripción de tres años. El autor realiza un estudio crítico-comparativo entre la legislación vigente, su desarrollo doctrinal y jurisprudencial, y las consecuencias de la regulación propuesta. (I.G.P.).

**92. FRANZONI, M.:** «Risarcimento per lesione di interessi legittimi», CI, 1993, núm. 1, págs. 274-293.

Problema del resarcimiento del interés legítimo. La lesión. El quantum del daño. (Aranda/Sierra).

**93. FREYRIA, Charles:** «Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux», SJ, núm. 29-30 de 1992, *Doctrine* 3600, págs. 323-330.

La inadecuación de los remedios contemplados por el Derecho, tendentes a resolver el problema planteado por la insatisfacción del interés del acreedor, cuando se aplican a la transmisión de una empresa mediante la cesión de los títulos representativos de su capital, ha conllevado la aparición de cláusulas de garantía, de naturaleza exclusivamente indemnizatoria, en los contratos a través de los cuales la mencionada cesión se lleva a cabo. En el presente artículo se analizan los problemas que también estas cláusulas plantean: la imposibilidad de acudir a una cláusula-tipo de general aplicación, y su conformidad con el derecho común de la compraventa y de la responsabilidad contractual. (L.M.L.F.).

**94. GANDOLFI, Giuseppe: «Pour un code européen des contrats», RTDC, núm. 4, octubre-diciembre de 1992, Article, págs. 707-737.**

El autor se pregunta si es indispensable la adopción de una regulación única en materia de contratos para el buen funcionamiento del Mercado Unico. También, a la vista de las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos de los doce Estados miembros, se plantea si es previsible tal unificación, los caracteres básicos y los contenidos que debería tener el hipotético Código europeo, y si no sería oportuno utilizar como esquema operacional para su redacción un código en vigor. (L.M.L.F.).

**95. GARREAU, Denis: «L'indemnisation des victimes d'infractions selon la loi du 6 juillet 1990», GP, núm. 318-319 de 1992, Doctrine, págs. 3-7.**

El autor analiza la jurisprudencia recaída sobre la indemnización de determinados daños derivados de la comisión de actos delictivos, según se contempla en la Ley de 6 de julio de 1990, muy en especial en cuanto se refiere a la determinación de si existió o no culpa de la víctima, a efectos de disminuir o excluir la indemnización. Se advierte, en este sentido, que no admitir tal culpa sino cuando la agresión es la respuesta inmediata y directa a un comportamiento culpable, implicará la posibilidad de indemnizar auténticos supuestos de ajuste de cuentas entre delincuentes, defraudando el espíritu de la ley, consistente en poner en juego la solidaridad del grupo social para socorrer a las víctimas, no a individuos que, por su inconsecuente comportamiento, testimonian su elección de vivir al margen de esa sociedad. (L.M.L.F.).

**96. GHESTIN, Jacques: «La distinction entre les parties et les tiers au contrat», SJ, núm. 48 de 1992, Doctrine 3628, págs. 517-523.**

El autor plantea una sistematización entre partes de un contrato y terceros, que toma como punto de partida el rechazo de la autonomía de la voluntad como único criterio delimitador de los efectos obligatorios del contrato. Las partes serían así las personas obligadas en virtud del contrato, diferenciándose entre las personas consideradas como partes en el momento de su celebración, y las que lo sean al tiempo de su ejecución. En relación con las primeras, se diferencia a su vez entre quienes han concurrido a la formación del contrato, expresando por sí mismos su voluntad de quedar vinculados, y las personas representadas, haciendo especial hincapié en que, tratándose de representación legal, vincular la calidad de parte al papel de la autonomía de la voluntad pierde toda significación. Al estudiar las partes en el momento de la ejecución del contrato, apunta la existencia de personas que han adquirido la cualidad de parte que no tenían en el momento de la celebración del contrato, y otras que, por el contrario, han perdido esa cualidad inicialmente concurrente. (L.M.L.F.).



**97. GIESEN, D.: «Zur Konstruktion englischer Vertragsvereinbarungen», JZ, 1993, págs. 16-24.**

Si una parte, confiada en las informaciones dadas por la otra, concluye un contrato, y resulta que esas informaciones son falsas o incorrectas, con frecuencia el contrato será inválido, pero pueden existir también expectativas de prestación fundadas en el contrato, como compensación por los daños causados. Aplicando estas consideraciones al Derecho inglés, el artículo muestra un ejemplo de como, también en este sistema jurídico, en el campo de los Derechos patrimoniales el Derecho delictual está siendo arrinconado por el Derecho contractual. (M.P.G.R.).

**98. GORGONI, M.: «Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del d.leg. núm. 50/1992», CI, 1993, núm. 1, págs. 152-186.**

Tutela del contratante en la venta a domicilio. Campo de aplicación del Decreto legislativo 50/92. (Aranda/Sierra).

**99. HAKENBERG-SCHUBERL, Waltraud: «La sous-traitance *just in time* dans le droit de la République fédérale d'Allemagne», RDS, núm. 33 de 1992, Chroniques, págs. 258-262.**

Análisis de las repercusiones derivadas del modelo de subcontratación denominado *just in time delivery*, en diversos sectores del ordenamiento jurídico.

El estudio ha sido efectuado a partir de la definición de los rasgos característicos de esta figura, y de los datos aportados por la doctrina e incipiente jurisprudencia alemanas, presentando especial interés las consideraciones relativas a la desconfianza con que son examinadas las cláusulas mediante las cuales el empresario principal establece desmesuradas penalidades por los retrasos o vicios de la mercancía librada. (L.M.L.F.).

**100. HUGLO, Christian: «La Réparation du Dommage Ecologique au Milieu Marin à Travers deux Expériences Judiciaires: les affaires “Montedison” et “Amoco Cadiz”», GP, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, Doctrine, págs. 582-590.**

El autor aborda el estudio de estos dos conocidos supuestos de polución marina, extendiéndose al análisis del fundamento de las demandas planteadas, la fase probatoria, el papel del Tribunal en la apreciación de la prueba, y las consecuencias de ambas decisiones, tanto en el plano teórico como en el estrictamente jurídico. (L.M.L.F.).

**101. INZITARI, B.: «Obbligazioni», RTDPC, 1992, núm. 4, págs. 1349-1364.**

La posición jurisprudencial en torno a la acción reivindicatoria y culpa del acreedor. Los intereses anatocistas y la compensación de la deuda en moneda nacional y extranjera. (Aranda/Sierra).

**102. IZZO, N.: «Mancato accordo in deroga alla misura legale del canone e proroga del apporto di locazione — osservazione a Pret. Milano 10 novembre 1992», GC, 1992, núm. 11, págs. I, 2905-2907. (Aranda/Sierra).**

**103. IZZO, N.: «Sull i'applicabilità dell'art. 1614 c.c. ai rapporti di locazione assoggettati alla legge sull'equo canone — osservazione a Trib. Roma 8 giugno 1992», GC, 1992, núm. 9, págs. I-2196-2198. (Aranda/Sierra).**

**104. IZZO, N.: «Il risarcimento danni per ritardata consegna dell'immobile locato: illegittimità costituzionale dell'esonero e limiti — nota a c. cost. 1 aprile 1992 núm. 149, Cass. 5 agosto 1991 núm. 8662, Trib. Roma 5 marzo 1992, Trib. Milano 23 dicembre 1991», GC, 1992, núm. 6, págs. I-1406 y ss. (Aranda/Sierra).**

**105. IZZO, N.: «Il retratto ed il rapporto di pregiudizialità di cause — nota a Cass., sez. un., 26 marzo 1992 núm. 3730 e Cass., sez un, 20 dicembre 1991 núm. 13757», GC, 1992, núm. 5, págs. I, 1187-1194.**

El arrendamiento de un inmueble para uso distinto de vivienda. El demandante pide el reconocimiento de un derecho de restitución a tenor del artículo 39 de la ley de 27 de julio de 1978, núm. 392. (Aranda/Sierra).

**106. JAGENBURG, W.: «Die Entwicklung des privaten Bauvertragsrechts seit 1991: BGB und Werkvertragsfragen», NJW, 1993, págs. 102-113.**

Panorámica del desarrollo del Derecho de la construcción en Alemania desde mitad de 1991 a mitad de 1992, y las principales cuestiones planteadas durante este período. (M.P.G.R.).

**107. KOHLER, J.: «Werkmangel und Bestellerverantwortung», NJW, 1993, págs. 417-424.**

Vicios de la construcción y responsabilidad del dueño de la obra. (M.P.G.R.).

**108. KUHN, Jean-Pierre:** «*Quelques réflexions sur la jurisprudence récente en matière de responsabilité professionnelle des notaires*», GP, núm. 334-336 de 1992, *Doctrine*, págs. 12-15.

Tres recientes sentencias de tribunales de apelación, establecen claramente, a juicio del autor, los límites de las obligaciones de los notarios, a menudo considerados por los clientes como aseguradores de sus riesgos. (L.M.L.F.).

**109. KULLMANN, H.J.:** «*Die Rechtsprechung des BGH zum Produkthaftpflichtrecht in den Jahren 1991/92*», NJW, 1992, págs. 2669-2678.

El artículo muestra la jurisprudencia alemana sobre el Derecho de la responsabilidad por los productos en los años 1991-1992. (M.P.G.R.).

**110. LAFOND, Jacques:** «*Le congé pour vendre pour un prix dissuasif*», GP, tomo bimestral, septiembre-octubre de 1992, *Doctrine*, págs. 745-749.

El autor advierte acerca de la necesidad de sancionar la maniobra fraudulenta de algunos promotores, consistente en adquirir un inmueble ocupado por varios arrendatarios y proceder a su deshaucio, después de haberles ofrecido la adquisición de los locales ocupados en arrendamiento a un precio notablemente superior al de mercado. (L.M.L.F.).

**111. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne:** «*De la poursuite à la contribution: quelques arcanes de la causalité*», RDS, núm. 42 de 1992, *Chronique*, págs. 311-314.

Curioso artículo en el cual, admitiendo como correcto el recurso a la teoría de la equivalencia de las condiciones, a efectos de que la víctima de una acción dañosa sea indemnizada, se defiende el recurso a criterios de imputación para reparar después la carga de la indemnización entre los diversos causantes del daño.

Parece apuntar el autor hacia los criterios de imputación objetiva, utilizados con creciente frecuencia por la doctrina y precisamente para corregir la ilimitada extensión de la causalidad a que la teoría de la equivalencia de las condiciones conduce. (L.M.L.F.).

**112. LAMBERTERIE, Isabelle de:** «*La valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la CEE*», RIDC, núm. 3, julio-septiembre de 1992, *Études*, págs. 641-685.

Estudio comparativo de las normas reguladoras de la prueba de los actos jurídicos en los distintos países de la CEE, llevado a cabo con la finalidad de reflexionar acerca de la adecuación de este sector del ordenamiento jurídico a los

nuevos soportes de la información, derivados del uso de medios informáticos. (L.M.L.F.).

**113. LE CHATELIER, Gilles:** «La légalité du décret du 28 août 1989 relatif au blocage des loyers en région parisienne. Conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 juillet 1992», LC, diciembre de 1992, *Chronique*, págs. 1-4. (L.M.L.F.).

**114. LEDUC, Fabrice:** «La détermination du prix, une exigence exceptionnelle?», SJ, núm. 49 de 1992, *Doctrine* 3631, págs. 536-538.

El autor estudia la progresiva tendencia jurisprudencial a considerar excepcional la exigencia de determinación del precio en los contratos. Susceptible de desaparecer de los contratos de distribución exclusiva, parece también rechazarse en los contratos sinalagmáticos originadores de una prestación pecuniaria (en especial cuando la «prestación característica» consiste en un hacer o no hacer), a no ser que, como en la compraventa, exista un texto especial que imponga el carácter determinado o determinable del mencionado precio. (L.M.L.F.).

**115. LE GALL, Jean-Pierre:** «Le Concept de Fiducie Dans le Projet de Loi sur la Fiducie», GP, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, *Doctrine*, págs. 507-510.

El autor plantea la complejidad derivada de la existencia de dos conceptos diversos de fiducia en el referido proyecto de ley: el fiscal y el jurídico. (L.M.L.F.).

**116. LE TOURNEAU, Philippe:** «Quelques aspects de la publicité commerciale», GP, núm. 311-312 de 1992, págs. 2-9.

El autor analiza el fenómeno publicitario, desde el doble punto de vista que se deriva de la necesidad de proteger, simultáneamente, al consumidor destinatario de la misma, lo cual implica su reglamentación, y al empresario, en tanto ha de asegurarle el provecho exclusivo de la inversión realizada. (L.M.L.F.).

**117. MARGEAT, Henri:** «Accident hors du Pays de Résidence de la Victime», GP, tomo bimestral, septiembre-octubre de 1992, *Doctrine*, págs. 628-629.

Análisis del problema representado por las diferencias entre los países ricos y pobres de la Europa Comunitaria, en relación con las indemnizaciones derivadas de accidentes de circulación. (L.M.L.F.).

**118. MARTIN, Didier R.:** «La carte de paiement et la loi (ou la puce maltraitée)», RDS, núm. 36 de 1992, *Chronique*, págs. 277-280.

Análisis de las contradicciones e inexactitudes apreciadas en la escasa normativa dedicada por la Ley 91-1382 a la tarjeta de pago, llamada a adquirir enorme protagonismo en el futuro tanto por su adaptación al progreso de la informática como por los numerosos deberes de vigilancia con que el legislador francés ha gravado a las entidades bancarias en relación con el cheque, todavía mayoritariamente utilizado como medio de pago. (L.M.L.F.).

**119. DIMAURO, N.:** «In tema di conclusione dell'accordo nei contratti formali: gli equipollenti della sottoscrizione — nota a Cass. 11 novembre 1991 núm. 12411», GC, 1992, núm. 6, págs. I-1511 y ss. (Aranda/Sierra).

**120. DIMAURO, N.:** «La scadenza del termine nel contratto di opzione», GC, 1992, núm. 12, págs. I, 3040-3042.

Comentario a la sentencia de la corte de casación de 7 de mayo de 1992, núm. 5423. (Aranda/Sierra).

**121. MEDER, S.:** «Risiko als Kriterium der Schadensverteilung», JZ, 1993, págs. 539-545.

El deber de indemnizar los daños puede evidenciarse en disposiciones de índole delictual o contractual. En las dos últimas décadas los jueces han aumentado la repercusión de los daños, incluso en casos considerados necesarios, pero que no admitían una clara ubicación en ninguno de ambos campos. Se pone así de manifiesto una expansión de la responsabilidad situada entre el contrato y el delito, cuyo fundamento es discutido. Con referencia a algunos supuestos tipo de la responsabilidad por c.i.c., el autor trata de averiguar si en qué medida el concepto de riesgo puede ser fructífero para la ordenación teórica y dogmática de estos problemas. (M.P.G.R.).

**122. MEIER B.D.:** «Verbraucherschutz durch Strafrecht?», NJW, 1992, págs. 3193-3299.

Discusión surgida en Alemania a partir del caso «Lederspray», del BGH de 6-7-90, acerca de las obligaciones y responsabilidades de los miembros de una empresa, los cuales pueden en su caso, responder penalmente por su actuación en el proceso de producción. El artículo trata a este respecto de la noción de causalidad e imputación objetiva. (M.P.G.R.).

**123. MEMMI, Françoise:** «Les diligences du banquier face au client interdit de chequiers», GP, tomo bimestral, septiembre-octubre de 1992,

**Doctrine, págs. 697-699.**

La autora considera que la nueva redacción dada por la Ley de 30 de diciembre de 1991 al artículo 73 del decreto-ley de 1935, viene a establecer una presunción de negligencia sobre el banquero, por no haber obtenido la restitución de los talonarios de aquellos clientes a los cuales se hubiera prohibido el libramiento de cheques. (L.M.L.F.).

**124. MEYER, Christian: «Réglementation des Locations a Usage d'Habitation et Logements de Fonction», GP, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, Doctrine, págs. 529-531.**

El autor pone de manifiesto las peculiaridades planteadas por los contratos en virtud de los cuales las empresas toman viviendas en arrendamiento para ponerlas a disposición de sus empleados o dirigentes, haciendo especial referencia a la sumisión de los mismos a las normas generales contenidas en el Code civil. (L.M.L.F.).

**125. MOULY, C.: «La vente de sang contaminé par le SIDA est une décision administrative normale», GP, tomo bimestral, septiembre-octubre de 1992, Doctrine, págs. 705-707.**

Utilizando como argumento la tragedia de los contaminados por transfusiones sanguíneas que contenían el virus del SIDA, derivada de una deficiente actuación administrativa, el autor se muestra firme partidario de la gestión privada de la sangre destinada a transfusiones, afirmando sin ningún sonrojo que la propia lógica del beneficio habría salvado centenares de vidas, toda vez que «la responsabilidad civil habría reducido el riesgo de ver a los productores privados vender conscientemente muerte». El autor parece desconocer, entre otros muchos aspectos de la cuestión, la ineficacia sancionadora de la responsabilidad civil, por hipótesis asegurable y trasladable al consumidor mediante el precio del producto. (L.M.L.F.).

**126. NAVARRA, B.: «Osservazioni a Cass. 14 settembre 1991, núm. 9607, Trib. Milano 21 novembre 1991, Trib. Milano 19 settembre 1991, in tema di responsabilità della banca per pagamento di assegno non trasferibile a persona diversa dal prenditore», BBTC, 1993, núm. 2, parte segunda, pág. 152-155. (Aranda/Sierra).**

**127. NEUNER, Jörg: Der Reiservermittlungsvertrag, ACP 193 (1993) págs. 1 a 35.**

El autor se propone analizar en profundidad la naturaleza de la actividad realizada por las agencias de viajes. No se trata aquí de la organización global de un viaje (viajes combinados, contemplados por la Directiva CEE de 23-6-1990), sino del cliente que desea algún servicio aislado y la actividad de mediación de la agencia. El contrato entre la agencia y el cliente se concibe como gestión de negocios, con elementos del arrendamiento de servicios, a la vez que se examinan otras construcciones (mandato, corretaje o contrato de empresa). El autor recorre la vida del contrato, su nacimiento, interpretación y contenido; en especial los deberes de orientación y consejo que incumben a la agencia como profesional frente al viajero inexperto, el régimen y alcance de la responsabilidad de la agencia y las consecuencias del incumplimiento. (I.G.P.).

**128. NICOD, Benoit: «La fin des chèques sans provision», GP, tomo bimestral septiembre-octubre de 1992, Doctrine, págs. 773-775.**

Tomando como punto de partida la legislación vigente en la materia, se desarrollan las posibilidades de actuación ofrecidas al tenedor de un cheque sin fondos. (L.M.L.F.).

**129. ONGARO, F. Dall': «La responsabilità dei sanitari e un caso letale di tetano postoperatorio», DFP, 1992, núm. 3 (julio-setiembre), parte primera, págs. 580-589.**

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 17 de enero de 1992, núm. 1846 sobre la culpa profesional del médico. Nexo de causalidad entre la conducta médica y el evento dañoso. (Aranda/Sierra).

**130. PARISIO, V.: «Termine per l'impugnazione del silenzio della p.a. su istanza di concessione edilizia in sanatoria — osservazione a T.A.R. Lombardia, Brescia, 18 gennaio 1992 núm. 7», GC, 1992, núm. 6, págs. I-1646 y ss. (Aranda/Sierra).**

**131. PARTESOTTI, G.: «Un caso clinico in tema di assicurazione di opere d'arte», CI, 1992, núm. 3, págs. 945-957.**

Estudio del sobreseguro doloso. Decadencia del contrato de seguro por dolo o culpa grave. Diversos aspectos del seguro de la obra de arte. (Aranda/Sierra).

**132. PATTI, S.:** «La direttiva comunitaria sulle clausole abusive: prime considerazioni», *CI*, 1993, núm. 1, págs. 71-79.

Estudio legislativo en torno a la directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas. (Aranda/Sierra).

**133. PAUSE, H.E.:** «Die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen der Wohnungseigentümer gegen den Bauträger», *NJW*, 1993, págs. 553-561.

Quien adquiere del constructor una vivienda en régimen de propiedad horizontal se ha de enfrentar a la cuestión de si puede ejercitar sólo el derecho de garantía por los vicios de la obra en las zonas de propiedad común, o si precisa para ello de la cooperación de los otros adquirentes y de la comunidad de propietarios. (M.P.G.R.).

**134. PENNAROLA, C.:** «Problemi sull'applicazione dell'INVIM agevolata nella vendita di beni di valore storico ed artistico soggetti a vincolo indiretto — nota a Cons. St. sez. VI, 22 agosto 1991, núm. 524», *GC*, 1992, núm. 7-8, págs. I-1974 y ss. (Aranda/Sierra).

**135. PEREGO, E.:** «L'affitto di fondi rustici dal codice civile alla l. 3 maggio 1982 núm. 203», *GC*, 1992, núm. 10, págs. II, 499-506.

Diferencia entre la regulación del Código civil y la normativa especial. Las características particulares del contrato sólo se recogen en la normativa especial. (Aranda/Sierra).

**136. PICONE, P.:** «La prestazione di somma di danaro: orientamenti della Corte di cassazione in tema di interessi legali e rivalutazione monetaria (parte prima)», *GC*, 1992, núm. 11, págs. II, 527-554.

La obligación de intereses correspectivos: liquidez y exigibilidad. Los intereses compensatorios: en el Derecho positivo y en la jurisprudencia. Incumplimiento de la obligación pecuniaria: intereses moratorios y daños. (Aranda/Sierra).

**137. PICONE, P.:** «La prestazione di somma di danaro: orientamenti della Corte di Cassazione in tema di interessi legali e rivalutazione monetaria», *GC*, 1992, núm. 12, págs. I, 585-616.

Adecuación en dinero de la prestación de intereses. Mora, prescripción y anatocismo. Régimen jurídico de los créditos laborales. Régimen jurídico de los créditos pecuniarios. (Aranda/Sierra).



**138. PIETTE-COUDOL, Thierry:** «Le remplacement de l'écrit par un message électronique: le cas de la facture», GP, tomo bimestral septiembre-octubre de 1992, *Doctrine*, págs. 804-808.

Estudio de los problemas jurídicos representados por la sustitución de la factura tradicional por mensajes electrónicos. Se aborda primero el proceso que va desde la factura al dispositivo jurídico de desmaterialización, para exponer después las modalidades prácticas de la sustitución del escrito por el mensaje electrónico. (L.M.L.F.).

**139. PINAULT, Michel:** «Le Juge et le Contrat d'Assurance», GP, tomo bimestral, septiembre-octubre de 1992, *Doctrine*, págs. 618-622.

El autor se muestra crítico con algunos excesos en los cuales, a su juicio, incurre a veces la Jurisprudencia al abordar el problema de las cláusulas limitativas de la responsabilidad del asegurador, refiriéndose en particular a la cláusula que, en los contratos de seguro de responsabilidad civil, subordina la garantía al hecho de que la reclamación del perjudicado se produzca durante la vigencia del contrato. (L.M.L.F.).

**140. PINTO, G.:** «Nuova disciplina dei termini prevista per l'esercizio del diritto alle prestazioni previdenziali dal d.l. 29 marzo 1991 núm. 103 — osservazione a Trib. Verona 13 ottobre 1991», GC, 1992, núm. 5, págs. I-1360 y ss. (Aranda/Sierra).

**141. PONCEBLANC, Gérard, et MONOD, Thierry:** «La Clause de Réserve de Propriété ou l'Emergence des Garanties "Frustes" sur les Garanties Réelles», GP, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, *Doctrine*, págs. 594-598.

El autor analiza algunas cuestiones relativas al ejercicio de la cláusula de reserva de dominio en el supuesto de quiebra del deudor, centrandose fundamentalmente su estudio en las condiciones de admisibilidad de esta cláusula, los problemas planteados por la incorporación de las mercancías reivindicadas para formar un nuevo objeto, como consecuencia del ciclo de producción, las condiciones exigibles para poder reivindicar el precio pendiente de pago si el objeto se encuentra en poder de un tercero subadquirente, y el alcance de la acción ejercitada cuando existen pagos parciales por parte del comprador. (L.M.L.F.).

**142. RÄDLER, P.:** «Der Mieter im "Annahmeverzug" — zur Vorschrift des § 552 BGB», págs. 689-695.

La regla del § 552 BGB no está ordenada como una excepción a las normas sobre imposibilidad, sino como una disposición especial de cumplimiento. Consecuencia de eso es que, en contra de la opinión del BGH, se excluye un «retraso

en la recepción de la cosa» por parte del arrendatario. En el caso de no uso desde el comienzo de la relación contractual, se ha de buscar una solución no a través del § 324 BGB, sino mediante la concreción de las reglas generales sobre indemnización en el arrendamiento. (M.P.G.R.)

**143. SAINT-ALARY, Corinne et Bertrand: «Le banquier face au contrat de construction de maison individuelle», RDI, núm. 3, julio-septiembre de 1992, Article, págs. 283-293.**

Análisis minucioso de las funciones confiadas a las entidades de crédito por la ley de 19 de diciembre de 1990. Resulta curioso comprobar el paulatino incremento de funciones cuasi-públicas atribuido a la banca en Francia. Así, a las funciones punitivas que le encomienda la legislación cambiaria, principalmente en relación con la expedición de cheques sin fondos, hay que añadir las que constituyen el objeto del presente artículo, sistematizadas por sus autores en dos grupos:

a) En calidad de prestamistas, se les confiere una serie de atribuciones relativas al control de la regularidad formal del contrato de obra suscrito entre el prestatario y el contratista, asumiendo además determinadas obligaciones en cuanto a la entrega al constructor de las cantidades que constituyen objeto del préstamo.

b) En tanto aseguradores, en su caso, del exacto cumplimiento del contrato de obra por el contratista, la posición de las entidades de crédito queda delimitada por el nuevo alcance conferido a esta garantía obligatoria, toda vez que el legislador ha venido a extender la duración y objeto de la misma respecto al régimen anteriormente vigente. (L.M.L.F.).

**144. SALVESTRONI, U.: «Azione illecita e danno ingiusto», CI, 1993, núm. 1, págs. 255-273.**

Concepto de daño injusto. Diferencias en los diversos ordenamientos jurídicos en torno a la responsabilidad civil. Noción de ilicitud en la responsabilidad civil del Derecho italiano. Presupuestos objetivos y subjetivos. El elemento psicológico sobre la injusticia del daño. (Aranda/Sierra).

**145. SCHENKE, W./RUTHIG, J.: «Die Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen im Prozeß», NJW, 1992, págs. 2505-2514.**

El autor analiza la situación jurídica creada después de la reforma del § 17 II de la Gerichtverfassungsgesetz (GVG). La doctrina dominante no admitía una decisión judicial sobre exigencias ajenas al proceso con vistas a la compensación. Hasta la fecha esto era insatisfactorio desde un punto de vista jurídico-político. Sin embargo, tras la modificación del § 17.II 1 de la GVG esto ya no se puede mantener. Con esta reforma terminan los antiguos intentos de justificar dogmáti-

camente un mayor o menor poder de decisión judicial sobre las exigencias extra-procesales. (M.P.G.R.).

**146. SCHIEFER, B.: «Ausschluß und Grenzen der Arbeitgeberhaftung für unfallbedingte Schäden des Arbeitnehmers bei Dienstfahrten mit Privat-Pkw», NJW, 1993, págs. 966-970.**

Extensión y límites de la responsabilidad del empresario frente a los daños sufridos por el trabajador durante el servicio con su propio vehículo. (M.P.G.R.).

**147. SCHLECHTRIEM, P.: «Rechtsprechungsbericht zum Bereicherungsrecht — Teil 1, 2, 3», JZ, 1993, págs. 24-31, 128-132, 185-192.**

Panorama de la jurisprudencia alemana en materia de enriquecimiento sin causa, en el período 1988-1992. (M.P.G.R.).

**148. SCHMIDT-BECK, J.R.: «Vertragsgestaltung bei Grundstückskauf in den neuen Bundesländern», BB, 1993, págs. 82-85.**

Configuración del contrato para la compra de un inmueble en los nuevos Bundesländern. (M.P.G.R.).

**149. SERANDOUR, Yolande: «L'avènement de la publicité comparative en France», SJ, núm. 27 de 1992, Doctrine 3596, págs. 295-304.**

La autora estima que habría resultado más conveniente que el legislador francés, en lugar de seguir el sistema empleado por el derecho de otros países y consistente en multiplicar los criterios de licitud de la publicidad comparativa, se hubiera limitado a imponer una única condición, añadida a los textos existentes en materia de publicidad engañosa y de marcas: la lealtad del mensaje publicitario, frente a concurrentes y consumidores. (L.M.L.F.).

**150. SLAPNICAR, K.W.: «Die unzulässige Fiktion des Grundstückseigentümers als Besteller einer Bauhandwerker-Sicherungshypothek», BB, 1993, págs. 230-238.**

La inadmisibile ficción del propietario como solicitante de una hipoteca de seguridad a favor del constructor.

El artículo trata de explicar cómo el § 648 BGB plantea una garantía para el constructor (la posibilidad de que constituya una hipoteca sobre el inmueble) que difícilmente se adecúa a la situación actual de identidad personal entre propietario del inmueble y constructor. (M.P.G.R.).

**151. SOMMA, A.:** «Il danno ambientale nel sistema tedesco di responsabilità civile», *CI*, 1992, núm. 3, págs. 1032-1065.

El resarcimiento del daño ambiental. Tutela resarcitoria del bien ambiental en el UmweltHG. Tipificación del daño en el § 823 del BGB. (Aranda/Sierra).

**152. SONNENSCHNEIN, U.:** «Die Rechtsprechung des Bunderverfassungsgerichts zum Mietrecht», *NJW*, 1993, págs. 161-173.

El autor vuelve a insistir sobre la adecuación de la figura del «Eigentumseingriff» (intervención en la propiedad), en relación con el contrato de arrendamiento de fincas urbanas, tal y como hace el BVerfG, tema ya tratado en esta misma revista por Roellecke. Sonnenschein insiste en la necesidad de volver a las figuras del BGB para aplicar la relación arrendaticia urbana. (M.P.G.R.).

**153. TANDEAU, Sylvestre:** «Les nouvelles obligations du gestionnaire de portefeuille sous mandat: une évolution remarquable», *GP*, tomo bimestral, septiembre-octubre de 1992, *Doctrine*, págs. 700-702.

El autor expone las cinco obligaciones en que, de acuerdo con la Jurisprudencia y los informes y recomendaciones emitidos por la Comisión de Operaciones de Bolsa, se pueden desarrollar los deberes de diligencia asumidos por el gestor de cartera frente a su cliente: informarse sobre el tipo de gestión deseado por el cliente, informarle sobre los riesgos que corre y sobre las operaciones realizadas por su cuenta, utilizar los medios y procedimientos precisos para el control de los riesgos, y respetar los términos de su mandato. (L.M.L.F.).

**154. THIEFFRY, Patrick:** «La Proposition de Directive Communautaire sur la Responsabilité du Prestataire de Services», *GP*, tomo bimestral, septiembre-octubre de 1992, *Doctrine*, págs. 662-668.

El autor lleva a cabo un análisis crítico del texto citado, examinando aspectos tales como los de inversión de la carga de la prueba relativa a la culpa del prestador de servicios, personas responsables, alcance de los daños reparables y medios de defensa puestos a disposición del demandado. Como conclusión, aprecia la existencia de dos sorprendentes lagunas en la propuesta de directiva: la ausencia de disposiciones permitiendo a los Estados miembros establecer o mantener un régimen más severo de responsabilidad, y la falta de definición en torno al problema de si el régimen establecido se añadirá o sustituirá a los ya existentes en esos Estados. (L.M.L.F.).

**155. DE TILLA, M.:** «Sulla cessione parziale del contratto di locazione — nota a Cass. 10 luglio 1991, núm. 7676», *GC*, 1992, núm. 9, págs. I-2178-2180. (Aranda/Sierra).

**156. DE TILLA, M.:** «Sulla vendita immobiliare a corpo — nota a Cass. 9 luglio 1991, núm. 7594», GC, 1992, núm. 6, págs. I-1553 y ss. (Aranda/Sierra).

**157. DE TILLA, M.:** «Vendita de bene immobile e mancato rilancio della licenza di abitabilità — nota a Cass. 10 giugno 1991, núm. 6576», GC, 1992, núm. 5, págs. I-1335 y ss. (Aranda/Sierra).

**158. TRIOLA, R.:** «Riscatto urbano ed effetti del mancato pagamento del prezzo — nota a Cass. 14 aprile 1992, núm. 4535», GC, 1992, núm. 6, págs. I-1452 y ss. (Aranda/Sierra).

**159. VASSEUR, Michel:** «Le banquier est-il en droit de payer un chèque frappé d'opposition par le tireur pour un motif autre que ceux prévus para la loi?», SJ, núm. 28 de 1992, Doctrine 3598, págs. 309-312.

Tras la entrada en vigor de la ley 91-1382, relativa a la seguridad de los cheques, el banquero no puede rechazar el pago de un cheque como consecuencia de la oposición formulada por el emisor, a no ser que esta oposición se fundamente en la pérdida, robo o utilización fraudulenta del cheque, o bien en el supuesto de que el tenedor sea objeto de un procedimiento concursal. El autor analiza el alcance de esta nueva regulación legal. (L.M.L.F.).

**160. VIAL-PEDROLETTI, Béatrice:** «Recupération des charges liées à des contrats d'entretien», LC, agosto-septiembre de 1992, Chronique, págs. 1-2.

Ante la proliferación de los contratos de mantenimiento de fontanería y aparatos de gas de las viviendas y locales arrendados, la autora se pregunta si estos contratos pueden ser impuestos al arrendatario, y si el arrendador tiene derecho a recuperar el desembolso anual efectuado en su casi totalidad (el 90% suele preverse en estos contratos de mantenimiento), en concepto de cargas recuperables. (L.M.L.F.).

**161. VIAL-PEDROLETTI, Béatrice:** «La capitalisation des intérêts des loyers», LC, marzo de 1992, Chronique, pág. 1.

Comentario de la sentencia del Tribunal de Apelación de París de 11 de julio de 1991, que ha venido a admitir la capitalización de los intereses de las rentas arrendaticias debidas, incluso cuando no lo sean al menos por un año. (L.M.L.F.).

**162. VIGNALI, C.: «Vendita immobiliare: proposta irrevocabile o altri rapporti giuridici preparatori — nota a Cass. 29 agosto 1991, núm. 9229», GC, 1992, núm. 9, págs. I, 2168-2173. (Aranda/Sierra).**

**163. VIGO, R.: «Osservazioni a Cas. 4 settembre 1991, núm. 9363, in tema di fideiussione del fideiussore», BBTC, 1993, núm. 3, parte segunda, págs. 270-272. (Aranda/Sierra).**

**164. WERTENBRUCH, Johannes: Das Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllungsanspruch und den Rechten aus 326 BGB nach einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners, ACP 193 (1993) págs. 191 a 203.**

En caso de mora del deudor, el párrafo 326 BGB dispone que el acreedor podrá señalar un nuevo plazo, transcurrido el cual y si la prestación aún no se hubiere cumplido, puede el acreedor optar entre la resolución y la indemnización por incumplimiento, pero carece de la pretensión de cumplimiento forzoso. Esta última sólo se concede, además de la opción prevista en el párrafo 326 BGB, cuando el deudor manifieste una voluntad rebelde al cumplimiento. Si en este caso el acreedor se decidiera por una de las opciones que le ofrece el párrafo 326 BGB, se desvanece la posibilidad del cumplimiento forzoso. El estudio se centra en el supuesto de que la situación se plantee a la inversa y si el acreedor, tras haber pretendido el cumplimiento forzoso, puede cambiar de opinión y elegir una de las opciones que le ofrece el mencionado párrafo 326. (I.G.P.).

**165. ZACCARIA, A.: «La responsabilità del “produttore” di software», CI, 1993, núm. 1, págs. 294-314.**

El defecto del software como posible fuente del daño. Diversas formas del programa. Aplicación del d.p.r. de 24 de mayo de 1988. Condiciones de defectuosidad del software. Nulidad de la cláusula de exoneración de responsabilidad. (Aranda/Sierra).

**166. ZAMBONELLI, A.: «La consegna dell'azienda alienata», CI, 1993, núm. 1, págs. 50-61.**

Disciplina contractual. Estado de la empresa en el momento de la entrega. Deterioro posterior al traspaso de la propiedad. (Aranda/Sierra).

**167. ZIMMERMANN, Reinhard: Heart melodies are sweet, but those unheard are sweeter..., ACP 193 (1993) págs. 121 a 173.**

**Subtitulado, «Conditio tacita, implied condition y la construcción del Derecho europeo».**

La finalidad del estudio es poner de manifiesto los caracteres comunes del Derecho europeo, incluyendo como parte integrante del mismo al Derecho inglés.

Considera el autor que el Derecho continental y el Common Law contienen en esencia las mismas reglas, instituciones y modos de razonar, que a su vez se basan en iguales valores y principios filosóficos. Su tesis se demuestra a través del recorrido por nociones esenciales del contrato, estudiando su origen, fundamento y desarrollo continental, así como su recepción en el Derecho inglés. La condición, el dogma de la voluntad, la teoría de la presuposición y la alteración de las circunstancias, la teoría del error, el incumplimiento y las consecuencias del sinalagma son temas aquí tratados. El trabajo se concluye con diversas reflexiones sobre el dogma de la voluntad y su trascendencia, así como las vinculaciones entre el *ius commune* y el *common law*. (I.G.P.).

## 5. DERECHOS REALES. HIPOTECARIO. REGISTRAL

**168. ANNUNZIATA, M.:** «In tema di distanze tra costruzioni in confine con le piazze e le vie pubbliche — osservazione a Cass. 24 giugno 1991, núm. 7113», GC, 1992, núm. 6, págs. I-1576 y ss. (Aranda/Sierra).

**169. ATIAS, Christian:** «La suspension d'execution des délibérations contestées d'une assemblée générale de copropriétaires», RDS, núm. 43 de 1992, Chroniques, págs. 321-322.

El autor lleva a cabo algunas consideraciones de interés relativas a la legitimación activa para interponer las acciones tendentes a suspender la ejecución de obras derivadas de un acuerdo impugnado, estimando que no ha de confundirse la legitimación para impugnar el acuerdo con la legitimación para solicitar la suspensión de las obras. (L.M.L.F.).

**170. ATTOLICO, L.:** «Monopolisti e disparità di trattamento di situazioni soggettive diverse: il caso SIAE-Fininvest-RAI», GC, 1992, núm. 12, págs. I, 3206-3208.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 21 de marzo de 1991. (Aranda/Sierra).

**171. ATTOLICO, L.:** «Ballando, ballando gratis: le scuole di danza e la libera utilizzazione di brani musicali», Dir. Aut., 1992, núm. 4, págs. 553-556.

La utilización de la obra musical mediante aparato reproductor, por parte de una escuela de danza como soporte didáctico no está sujeta a derechos de autor. Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 18 de noviembre de 1991. (Aranda/Sierra).

172. BELLE, R.: «Sul tesoriere comunale — osservazione a Cass. sez. un. 13 dicembre 1991, núm. 13453», GC, 1992, núm. 10, págs. I, 2427-2429. (Aranda/Sierra).

173. BOZZA, M.: «La distanza delle costruzioni della vedute nel condominio — nota a Cass. 18 marzo 1991, núm. 2873», GC, 1992, núm. 11, págs. I, 2838-2843. (Aranda/Sierra).

174. BRAUN, J.: «§ 935 I 2 BGB is zu eng formuliert», JZ, 1993, págs. 391-396.

Los §§ 929-931 BGB plantean el principio de que la propiedad sólo a través del propietario puede ser transmitida. A este principio se le suma un buen número de excepciones en los §§ 932-934 en favor del adquirente de buena fe. El § 935, del que se ocupa el presente trabajo, es una excepción a las excepciones o, si se quiere, una vuelta a la regla general. (M.P.G.R.).

175. CARLOTI, G.: «La “Novella” della legge sui marchi e il diritto d'autore», Dir. Aut., 1993, núm. 1, págs. 98-110.

Comentario a la reciente legislación de 4 de diciembre de 1992, núm. 480 ateniéndose a la directiva 89/104 CEE referente al derecho de marca. (Aranda/Sierra).

176. LO CASCIO, G.: «Creditore concordatari e terzo acquirente di bene ipotecato — nota a Cass. 7 maggio 1992 núm. 5424», GC, 1992, núm. 9, págs. I, 2023-2026. (Aranda/Sierra).

177. CLAUSSEN, L.: «Finanzierter Wertpapierkauf und Verbraucherkredit-gesetz», NJW, 1993, págs. 564-567.

El autor se cuestiona la aplicabilidad de la VerbrKrG a los títulos de valor financiero. (M.P.G.R.).

178. COLLOVA, T.: «Analisi comparativa della disciplina legislativa e contrattuale riguardante la riproduzione per uso personale (copia privata) nei paesi europei», Dir. Aut., 1993, núm. 1 (enero-marzo), págs. 1-65.

La norma que instituye el derecho a compensación. Puntualización del concepto de copia y del sujeto responsable del pago. La reglamentación del IVA en las relaciones intracomunitarias. Base para el cálculo del «quantum». Organismo de gestión. (Aranda/Sierra).



**179. COLLOVA, T.:** «Prime note sull'art. 3 della legge 5 febbraio 1992, núm. 93 in materia di diritti per le registrazioni senza scopo di lucro», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 4, págs. 455-504.

Estudio del correspondiente artículo y comparación de la legislación de esta misma materia en otros países europeos. (Aranda/Sierra).

**180. FABIANI, M.:** «La durata di protezione dei cartoni animati di Walt Disney», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 4, págs. 575-576.

Comentario a la sentencia de la Pretura de Roma de 11 de septiembre de 1992 sobre la obra cinematográfica de dibujos animados. La tutela del diseño de los personajes y la duración de su protección. (Aranda/Sierra).

**181. FINOCCHIARIO, M.:** «Acquisti a titolo originario e comunione legale dei beni (ancora sui rapporti tra "accessione" e "comunione legale") — nota a Cass. 14 marzo 1992, núm. 3141», *GC*, 1992, núm. 7-8, págs. 1-1734 y ss. (Aranda/Sierra).

**182. FISCHER, D.:** «Die urheberrechtliche Schutzfähigkeit gerichtlicher Leitsätze», *NJW*, 1993, págs. 1228-1233.

La capacidad de protección del derecho de autor de las máximas jurídicas jurisprudenciales.

En el artículo se estudian las posibilidades de actuación y desarrollo de los argumentos jurisprudenciales construidos sobre máximas y principios generales, con importancia en otros ámbitos distintos del estudiado, como el Derecho de autor. (M.P.G.R.).

**183. FORINO/MULLER:** «Tutela giuridica del software: una sentenza decisiva», *Dir. Aut.*, 1993, núm. 1, págs. 126-134.

Comentario a la sentencia de la Pretura de Roma de 22 de mayo de 1992 sobre reproducción y venta abusiva de programas de videojuegos. (Aranda/Sierra).

**184. FRAGOLA, A.:** «Appeti giuridici dell'audiovisivo (quinta serie)», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 4, págs. 505-516.

Estudio de las relaciones entre la Convención de Berna y el Tratado de Roma sobre la CEE. Film de montaje y su libre utilización. Por una amplia protección de la obra cinematográfica de dominio público. (Aranda/Sierra).

**185. FRAGOLA, A.: «Prime battute di un discorso giuridico sulla TV PAY», Dir. Aut., 1993, núm. 1, págs. 86-97.**

Primeros apuntes sobre los debates acerca de la televisión codificada en espera de la aparición del reglamento correspondiente. (Aranda/Sierra).

**186. GIVERDON, Claude: «La qualité pour agir en contestation de la décision de l'assemblée générale autorisant ou ratifiant l'action exercée par le syndic», LC, julio de 1992, Chroniques, págs. 2-3.**

Repaso a la jurisprudencia que distingue entre la falta de autorización del síndico para actuar procesalmente, y la irregularidad de la decisión de la asamblea general que autorizó o ratificó dicha actuación, limitando la posibilidad de invocar esta última deficiencia a los copropietarios que no asistieron al acto correspondiente o se opusieron al acuerdo adoptado. (L.M.L.F.).

**187. GIVERDON, Claude: «L'exercice du droit exclusif de bâtir constituant la partie privative d'un lot transitoire», LC, junio de 1992, Chronique, pág. 1.**

El autor opina que el propietario del derecho a edificar una parcela situada en un conjunto inmobiliario en régimen de copropiedad, y de la correspondiente participación en la superficie total ocupada por ese conjunto y sus elementos comunes (el denominado «lot transitoire»), no necesita la autorización de la asamblea de copropietarios para elevar la construcción correspondiente. (L.M.L.F.).

**188. GIVERDON, Claude: «Les "lots transitoires" sont de véritables lots de copropriété», LC, enero de 1992, Chronique, pág. 1.**

Comentario análogo al publicado por el mismo autor en el número 8 de 1992 de «La Semana Jurídica», en el cual se expone la jurisprudencia francesa según la cual el derecho a utilizar, para elevar construcciones, una superficie determinada de la total ocupada por un conjunto inmobiliario, y la correspondiente cuota de participación en la superficie total y sus elementos comunes, constituyen partes en copropiedad, debiendo participar en el mantenimiento de las partes comunes. (L.M.L.F.).

**189. HUET, Jérôme: «L'Europe des logiciels: le principe de la protection par le droit d'auteur», RDS, núm. 27 de 1992, Chronique, págs. 221-228.**

Comentario de la directiva comunitaria de 14 de mayo de 1991, relativa a la protección de los programas de ordenador. (L.M.L.F.).

**190. HUET, Jérôme:** «L'Europe des logiciels: les droits des utilisateurs», *RDS*, núm. 43 de 1992, *Chroniques*, págs. 315-321.

A juicio del articulista, la directiva comunitaria de 14 de mayo de 1991 ha establecido un régimen de protección híbrido, construído sobre la base del derecho de autor e incorporando simultáneamente consideraciones derivadas de la protección del secreto industrial, que no ha logrado sin embargo un perfecto equilibrio entre las prerrogativas del autor y los derechos de sus competidores y de los usuarios de los programas. (L.M.L.F.).

**191. KRÜGER, W.:** «Eigentumsübertragung mittels Besitzkonstitut und Einwendungen des unmittelbaren Besitzers-BGHZ 111, 142», *JUS*, 1993, págs. 12-14.

Comentario de una decisión del BGH de 19-4-1990 sobre transmisión del dominio a través del constituto posesorio y oposición del poseedor inmediato. (M.P.G.R.).

**192. LACHAUD, Jacques:** «Les chemins ruraux», *GP*, núm. 332-333 de 1992, *Doctrine*, págs. 2-4.

Análisis de los problemas jurídicos que plantean aquellos caminos rurales que no han sido, sin embargo, incorporados a la red viaria municipal. (L.M.L.F.).

**193. LAMORLETTE, Bernard:** «L'abrogation des schémas directeurs locaux», *RDI*, núm. 4, octubre-diciembre de 1992, *Articles*, págs. 473-478.

En tanto en nuestro país la tendencia actual se orienta hacia el incremento de la diversidad de los instrumentos de ordenación del territorio, mediante el desarrollo por parte de las distintas comunidades autónomas de planes y directrices de alcance y ámbito territorial variables, en Francia comienza a tomarse en consideración la posibilidad de derogar los esquemas directores del territorio, cuyas funciones pueden ser perfectamente cumplidas por los planes de ocupación del suelo, evitando solapamientos inconvenientes y lográndose mayor homogeneidad y simplificación en un sector del ordenamiento tan necesitado de ello como es el de la planificación urbanística. (L.M.L.F.).

**194. LEONELLI, L.:** «La formalità di tutela dei programmi per elaboratore disposte dall'art. 7 della legge núm. 489 del 19 dicembre 1992 e degli arts. 6 e 7 del d.lg. núm. 518 del 29 dicembre 1992», *Dir. Aut.*, 1993, núm. 1 (enero-marzo), págs. 65-77.

Estudio de la directiva comunitaria, de la Convención de Berna y del Ordenamiento italiano en esta materia. (Aranda/Sierra).

**195. LORITZ, K.G.: «Der praktische Wert der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie für die unternehmerische Betätigung», BB, 1993, págs. 225-230.**

El autor analiza el valor práctico de la garantía constitucional del derecho de propiedad en relación a la actividad empresarial. Especialmente estudia la repercusión de esa garantía en el Derecho del trabajo y en el Derecho tributario. (M.P.G.R.).

**196. LUCAS, André: «L'assiette de la rémunération proportionnelle due par l'éditeur», RDS, núm. 35 de 1992, Chroniques, págs. 269-273.**

La base para el cálculo de la remuneración proporcional del autor ¿ha de ser exclusivamente el precio de venta al público o, por el contrario, resulta admisible la referencia al volumen de negocio del editor? En el presente artículo, y a partir de la interpretación histórica y teleológica de la norma contenida en el Código de la propiedad intelectual, se defiende la licitud de esta última cláusula. (L.M.L.F.).

**197. MAGER, Heinrich: Besonderheiten des dinglichen Anspruchs. ACP 193 (1993) págs. 68 a 85.**

El BGB sólo utiliza la expresión pretensión real a propósito de la prescripción (parágrafo 221 BGB). El autor analiza por separado los conceptos de pretensión y de derecho real para poner de relieve los caracteres esenciales de la acción de naturaleza real, analizando someramente las principales acciones reales (reivindicatoria, negatoria, posesorias), y abundando en la distinción derecho real y derecho de crédito. (I.G.P.).

**198. MORAND, Marcel: «Un Faux Problème. Escalier partie commune ou élément d'équipement», GP, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, Doctrine, págs. 526-527.**

Estudio de la participación de los copropietarios en los gastos derivados de la reparación y mantenimiento de la escalera. (L.M.L.F.).

**199. NAPPI, G.B.: «Trasferimenti immobiliari (è costituzione di altri diritti reali) tra coniugi separandi o divorziati», DFP, 1993, núm. 1 (enero-junio), págs. 171-175.**

Comentario al Decreto del Tribunal de Firenze de 7 de febrero de 1992 sobre la comunidad de bienes inmobiliarios y acuerdo de separación entre cónyuges. (Aranda/Sierra).

**200. PADOVANI, S.:** «Diritti del produttore fonografico ed importazione di prodotti originale», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 4, págs. 564-570.

Comentario a la sentencia de la Pretura de Milán de 10 de diciembre de 1991. (Aranda/Sierra).

**201. PAPA, A.:** «Osservazioni a Trib. Milano 17 geniaiu 1991, in tema di acquisto “a non domino” di titoli di debito publico», *BBTC*, 1993, núm. 2, parte segunda, págs. 221-223. (Aranda/Sierra).

**202. PARENTE, A.:** «Espropriazione per pubblica utilità: nuevo intervento delle sezioni unite — nota a Cass. 11 novembre 1991 núm. 12009», *GC*, 1992, núm. 11, págs. I, 2781-2785. (Aranda/Sierra).

**203. PASTORE, S.:** «Ruolo della SIAE nella protezione del software», *Dir. Aut.*, 1993, núm. 1 (enero-marzo), págs. 78-85.

Estudio legislativo basado en la directiva de la CEE 250/91. (Aranda/Sierra).

**204. PIETROLUCCI, A.:** «Brevi riflessioni sulla tutela dei diritti d'autore dopo la riforma del “proceso cautelare”. Introdota dalla legge 26 novembre 1990, núm. 353», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 4, págs. 520-532.

Variaciones introducidas en la reforma del Derecho de autor tras la reforma de proceso cautelar. Compatibilidad del artículo 369, 14.º del nuevo código de procedimiento civil con el artículo 15 del Código civil. Aspectos principales del nuevo proceso. (Aranda/Sierra).

**205. PIZZOFERRATO, A.:** «Indennità sostitutiva di mensa, tra autonomia contrattuale e disposizioni inderogabili di legge — nota a Cass. 7 gennaio 1992, núm. 84», *GC*, 1992, núm. 10, págs. I, 2417-2425. (Aranda/Sierra).

**206. PONTON-GRILLET, Dominique:** «Le droit d'usage et d'habitation: diminutif ou substitut du droit d'usufruit?», *RDS*, núm. 30 de 1992, *Chronique*, págs. 235-238.

La utilización de los derechos de uso y habitación, como medio idóneo para evitar la aplicación de las normas fiscales y sucesorias relativas al derecho de usufructo, está produciendo una progresiva desaparición de los rasgos que tradicionalmente han venido diferenciando estas figuras, tanto en su definición jurisprudencial como en su tratamiento normativo, lo cual lleva al autor a pregun-

tarse si al final de este proceso no se llegará a la absorción de una institución por la otra. (L.M.L.F.).

**207. ROBERT, André:** «Les jours et les vues», RDI, núm. 4, octubre-diciembre de 1992, *Articles*, págs. 467-472.

El autor estudia las limitaciones legales relativas a la apertura de luces y vistas sobre el fundo ajeno y la sanción jurídica aplicable a las irregularmente practicadas. Lamenta además lo artificiosa que resulta la distinción entre luces y vistas, así como entre vistas rectas y oblicuas, dado que los confusos límites existentes entre unas y otras categorías es fuente continua de litigiosidad. (L.M.L.F.).

**208. SAMPERI, M.:** «Negozio di accertamento e trasferimento di diritti reali — nota a Trib. Messina 19 gennaio 1991», GC, 1992, núm. 6, págs. I-1612 y ss. (Aranda/Sierra).

**209. SANTARSIERE, V.:** «Brani musicali seseguiti in scuole di ballo e diritto d'autore — nota a Trib. Roma 18 novembre 1991», GC, 1992, núm. 9, págs. I, 2201-2203. (Aranda/Sierra).

**210. SASSANI, B.:** «Termine finale per la proposizione dell'opposizione di terzo all'esecuzione in materia immobiliare — osservazione a Trib. Catania 28 gennaio 1991», GC, 1992, núm. 6, págs. I-1608 y ss. (Aranda/Sierra).

**211. SEIDEL, H.J.:** «Das Zurückbehaltungsrecht als Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB?», JZ, 1993, págs. 180-185.

El autor se cuestiona si el derecho de retención puede fundar un derecho de ocupación en el sentido del § 986 del BGB. Se aplican las opiniones encontradas de la doctrina y la jurisprudencia y qué casos esta cuestión disputada puede ser resuelta, solución que no puede ser unívoca para todas las formas de derecho de retención, sino que ha de estudiarse separadamente cada una de ellas, lo que conduce a distintas soluciones. (M.P.G.R.).

**212. SPADA, S.:** «L'appropriation de l'idée dans le code italien d'auto-discipline publicitaire», *Dir. Aut.*, 1992, núm. 4, págs. 533-543.

Publicidad y apropiación de ideas en el Código civil italiano. (Aranda/Sierra).

**213. TARDIVO, C.M.:** «Ipoteca su beni altrui e gananze aggiuntive nei mutui c.d. agevolati», *BBTC*, 1993, núm. 3, parte segunda, págs. 255-264.

Comentario a la sentencia de la corte de casación de 10 de septiembre de 1991, núm. 7674 en relación al artículo 2822 del C.c.: estipulación de otras garantías posteriores a la hipoteca. (Aranda/Sierra).

**214. DE TILLA, M.:** «Il punto sul servizio di portierato del condominio — nota a Cass. 2 luglio 1991 n. 7257 e 26 giugno 1991 n. 7162», *GC*, 1992, núm. 6, págs. I-1560. (Aranda/Sierra).

**215. DE TILLA, M.:** «Sulla natura condominiale della facciata», *GC*, 1992, núm. 12, págs. I, 3182-3185.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Milán de 18 de noviembre de 1991. (Aranda/Sierra).

**216. DE TILLA, M.:** «Regolamento di condominio, clausole limitative e immissioni intollerabili — nota a Cass. 4 febbraio 1992 n. 1195 e Cass. 7 gennaio 1992 núm. 49», *GC*, 1992, núm. 10, págs. I, 2413-2416. (Aranda/Sierra).

**217. VIGNERON, Guy:** «De l'effet absoluire des décisions d'assemblée», *LC*, abril de 1992, *Chronique*, págs. 1.

Las resoluciones del sindicato de copropietarios se convierten en definitivas si no son objeto de recurso en el plazo establecido, cualquiera que sea la gravedad de las irregularidades de que estén afectadas. Esta categórica posición de principio de la jurisprudencia conlleva, según el autor, y en el caso concreto del establecimiento de la contribución a los gastos comunes, un curioso efecto: las cláusulas de reparto de estas cargas, establecidas desde el origen en el título constitutivo de la copropiedad y que vulneren el criterio de proporcionalidad, establecido por el artículo 10 de la ley reguladora de la copropiedad, pueden ser anuladas en cualquier momento y, sin embargo, las ulteriores modificaciones de ese reparto se vuelven inatacables una vez transcurridos dos meses sin que se haya interpuesto recurso alguno contra ellas. (L.M.L.F.).

**218. VIGNERON, Guy:** «Synopsis de jurisprudence sur la destination des lots de copropriété», *LC*, julio de 1992, *Chroniques*, págs. 1-2.

Esquema de la jurisprudencia recaída en torno a la modificación del destino inicial fijado a los elementos privativos por los estatutos reguladores de la copropiedad. (L.M.L.F.).

**219. VIGNERON, Guy:** «Le raccordement à un réseau câblé de télévision», *LC*, noviembre de 1992, *Chronique*, págs. 1.

Examen de las disposiciones contenidas en la ley de 13 de julio de 1992, aplicables a inmuebles colectivos, estén o no en régimen de copropiedad, y que tienen por objetivo facilitar el desarrollo de las redes de televisión por cable. (L.M.L.F.).

**220. WINKLER, K.:** «Das Erbbaurecht», *NJW*, 1992, págs. 2514-2524.

Los juristas de los viejos Bundesländern que quieren explicar el derecho de propiedad de las industrias y edificaciones según el Derecho de la antigua DDR, establecen generalmente una comparación con el derecho de superficie. El derecho de superficie alemán está legalmente regulado, incluso aunque ciertos contenidos de su configuración contractual estén abiertos. En la mayor parte de los casos se debe una cuota superficiaria durante su limitado plazo de vigencia, al final de este plazo se paga una indemnización. (M.P.G.R.).

## 6. DERECHO DE FAMILIA

**221. DELL'AGNESE, C.:** «L'assegno di divorzio dopo la riforma del 1987», *DFP*, 1992, núm. 4 (otobre-diciembre), págs. 1312-1324.

Naturaleza jurídica de la asignación económica en los supuestos de separación. Cambios socioeconómicos en la familia italiana. Comentario a las sentencias de casación de 2 de marzo de 1990, núm. 1652, y 29 de noviembre de 1990, núm. 11490-11492. (Aranda/Sierra).

**222. ALPA, G.:** «I principi generali e i diritto di famiglia», *DFP*, 1993, núm. 1-2 (enero-junio), parte segunda, págs. 261-271.

Reconocimiento de los principios generales. La conciencia social. Desarrollo del uso de los principios generales y su relación con cláusulas generales y con las cualidades de las partes. Ideología del intérprete. (Aranda/Sierra).

**223. AMBROSINI, M.T.:** «Ancora sulla reclamabilità dei provvedimenti temporanei ed urgenti, ex. art. 10,1. 185/83, a tutela dei minori», *DFP*, 1992, núm. 3 (julio-septiembre), parte primera, págs. 660-664.

Comentario al decreto de la corte de apelación de Palermo de 31 de octubre de 1991 sobre el procedimiento de la declaración de adopción. (Aranda/Sierra).



**224. ANTONINI, I.:** «L'assegnazione della casa familiare in seguito alle modifiche apportate dalla l. 6 marzo 1987 núm. 74 — nota a Cass. 23 gennaio 1991 núm. 634», GC, 1992, núm. 11, págs. I, 2846-2851. (Aranda/Sierra).

**225. BASTIEN-RABNER, Françoise:** «Le charme discret de la loi Malhuret. (Une reconnaissance imparfaite du droit de l'enfant à l'égalité parentale)», SJ, núm. 40 de 1992, Doctrine 3613, págs. 399-404.

Estudio del alcance de la ley de 22 de julio de 1987, tendente a favorecer el ejercicio conjunto de la patria potestad en la familia legítima disuelta y en la ilegítima. Después de resaltar la valiosa aportación teórica que supone, se manifiesta la necesidad de completar el texto con los medios judiciales y extrajudiciales precisos para garantizar su eficacia. (L.M.L.F.).

**226. BERIA D'ARGENTINE, A.:** «Il valore sociogiuridico dell'adozione», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), segunda parte, págs. 1191-1197.

Informe relativo al Convenio «el futuro de la adopción nacional e internacional entre Derecho y abuso. Comparaciones entre políticos, magistrados, profesionales y voluntarios» de Milán de 19-20 de octubre de 1990. (Aranda/Sierra).

**227. BUCHHOLZ, S.:** «Insihgeschäft und Erbschaftsausschlagungsüberlegungen zu einem Problem des § 1643 II BGB», NJW, 1993, págs. 1161-1163.

Autocontrato y repudiación de herencia. Consideraciones sobre un problema del § 1643 II BGB.

Plantea los problemas de interpretación de los §§ 181 (prohibición de representación) y 1643 II BGB, en el supuesto en el que tras la repudiación de la herencia por el padre o padres de un menor, éste o éstos pasan a ser los herederos legales. (M.P.G.R.).

**228. CANZI POGGIATO, M.T.:** «Limite d'età tra adottanti e adottato nell'adozione speciale: un principio nell'interesse del minore», DFP, 1993, núm. 1-2 (enero-junio), págs. 10-13.

Comentario a la sentencia de la Corte constitucional de 1 de abril de 1992, núm. 148 relativo a la adopción en el ámbito nacional e internacional. Presupuestos y condiciones. Límites diferenciales mínimos de edad entre adoptante y adoptado. (Aranda/Sierra).

**229. CANZI POGGIATO, M.T.: «L'adozioni speciale e per sempre», DFP, 1993, núm. 1-2 (enero-junio), págs. 14-16.**

Comentario a la sentencia de la corte constitucional de 20 de julio de 1992, núm. 344 sobre la adopción legítima y su revocación por graves motivos de interés para el menor adoptado. (Aranda/Sierra).

**230. CASALE, L.: «Azioni di stato rettificazioni degli atti dello stato civile ed interesse del minore», DFP, 1993, núm. 1-2 (enero-junio), págs. 220-222.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Salerno de 8 de julio de 1992 sobre impugnación de filiación legítima por separación de los cónyuges. (Aranda/Sierra).

**231. CAVALLO, L.: «Sull'indisponibilità dell'assegno di divorzio — nota a Cass. 6 dicembre 1991 núm. 13128», GC; 1992, núm. 5, págs. I, 1240-1244.**

La pensión asistencial al cónyuge divorciado. Su naturaleza. La determinación preventiva. (Aranda/Sierra).

**232. CAVALLO, M.: «Iniziativa per stroncare i mercati di bambini italiani e stranieri», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte segunda, págs. 1218-1230.**

Problemática de la ley 184. La adopción y el acogimiento de hecho. La adopción del menor extranjero. Propuestas para su reforma. (Aranda/Sierra).

**233. DI CHIARA, G.: «Ancora in tema di statuzioni incidentali del giudice civile in ordine a fatti costituenti reato: appunti a margine», DFP, 1993, núm. 1-2 (enero-junio), págs. 199-202.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Turín de 31 de marzo de 1992 sobre filiación natural y nulidad del acto de reconocimiento. (Aranda/Sierra).

**234. CONCETTI, M.: «La potestad del genitore naturale non convivente e la prole "dimenticata"», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte prima, págs. 1040-1052.**

Comentario al Decreto de la corte de apelación de Catanzaro de 8 de noviembre de 1988 sobre los límites de la potestad del padre natural sobre el menor reconocido. (Aranda/Sierra).

**235. CORNEC, Alain:** «*Les enlèvements internationaux d'enfants*», GP, núm. 323-324 de 1992, Doctrina, págs. 2-7.

La Convención de La Haya, de 25 de octubre de 1980, establece el retorno a su lugar de residencia habitual de los niños desplazados o retenidos en el extranjero sin consentimiento de los tutores o titulares de la patria potestad. El presente artículo aborda los mecanismos existentes para evitar los abusos de derecho que pueden derivarse de la automática aplicación de dicha medida. (L.M.L.F.).

**236. COSTANZO, A.:** «*Dinamiche psicologiche e sociali interne alla famiglia en el ambiente che la circonda, e caso di intervento autoritario*», DFP, 1993, núm. 1-2 (enero-junio), segunda parte, págs. 290-312.

Relaciones familiares: psicología e intervención de autoridad. Conocimiento del sistema familiar. Intervención judicial en las relaciones entre menores y parientes. La tutela de los valores familiares. (Aranda/Sierra).

**237. DOGLIOTTI/BOCCACCIO:** «*La problematica della forza maggiore nell'adozione di minori*», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte segunda, págs. 1207-1217.

Temporalidad y fuerza mayor. Hipótesis específicas. Rechazo injustificado del padre. La fuerza mayor y la relación de parentesco. (Aranda/Sierra).

**238. DOGLIOTTI, M.:** «*Che cosa e l'interesse del minore?*», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte primera, págs. 1093-1101.

Comentario a la sentencia del Tribunal de menores de Turín de 26 de febrero de 1992 sobre la declaración judicial de la paternidad o maternidad natural y los intereses del menor. (Aranda/Sierra).

**239. FINOCCHIARO, M.:** «*Nuove nozze del coniuge divorziato e ripartizione della pensione di reversibilità — osservazioni a Cass. 23 aprile 1992, núm. 4987*», GC, 1992, núm. 7-8, págs. I-1714 y ss. (Aranda/Sierra).

**240. FRENZ, W.:** «*Die neuere Rechtsprechung zum Ehegatten- und Kindesunterhalt im Lichte des Verfassungsrechts*», NJW, 1993, págs. 1103-1108.

La nueva jurisprudencia sobre alimentos entre cónyuges y para los hijos a la luz del Derecho constitucional. La decisión del BVerfG de 5-11-91 es la última decisión específica sobre alimentos, donde se valora la conformidad de diversos preceptos legales con las distintas bases constitucionales (fundamentalmente art. 6 GG). El autor pone de manifiesto la determinación constitucional ante proble-

mas como el ámbito de la obligación, el rango entre acreedores de diversa naturaleza, o las exigencias jurídico-procesales. (M.P.G.R.).

**241. FURKEL, Françoise:** «De la dernière discrimination des sexes en Allemagne: la responsabilité parentale dans la filiation naturelle et en cas de désunion du couple marié», RIDC, núm. 3, julio-septiembre de 1992, Études, págs. 609-639.

Considera la autora que, tanto la preeminencia de la madre en la filiación natural, afirmada de modo absoluto en derecho alemán, como el sistema existente para la atribución de la patria potestad en caso de divorcio, constituyen vestigios discriminatorios en favor de la mujer que, pese a los recientes esfuerzos jurisprudenciales, sólo la intervención del legislador podrá abolir definitivamente. (L.M.L.F.).

**242. GALAPI, G.:** «Brevi considerazioni sul concetto di maturità in relazione al matrimonio dei minori e sulle circostanze in cui sia opportuno concederle l'autorizzazione», DFP, 1992, núm. 3 (julio-setiembre), parte segunda, págs. 832-836.

El concepto de madurez. Problema de la madurez de los adolescentes y los riesgos de que contraigan matrimonio. Necesidad de que los motivos de autorización del matrimonio sean graves. (Aranda/Sierra).

**243. GOBERT, Michelle:** «Réflexions sur les sources du droit et les «principes» d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes. (A propos de la maternité de substitution)», RTDC, núm. 3, julio-septiembre de 1992, Article, págs. 489-528.

Para la Asamblea Plenaria del Tribunal de Casación el acuerdo en virtud del cual una mujer se obliga, aún a título gratuito, a concebir y gestar un niño para abandonarlo a su nacimiento, contraviene los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del Estado Civil. La última fase de proceso, destinado a permitir a una pareja acoger en su hogar a un niño concebido en ejecución de un contrato que prevé el abandono por su madre en el momento del nacimiento, constituye, por tanto, una utilización fraudulenta de la institución de la adopción.

En el presente artículo se analizan las peculiaridades concurrentes en la sustanciación del proceso, y los principios de orden público utilizados por el Alto Tribunal para la justificación del fallo, entendiendo el autor que se ha pretendido disuadir a las parejas para que renuncien a la maternidad de sustitución como remedio a su infecundidad, forzándoles a decidirse por la vía de la adopción, aparentemente mejor tolerada. (L.M.L.F.).

**244. GRIMALDI, M.R.:** «*L' affidamento del minore al padre nella separazione e nel divorzio*», DFP, 1992, núm. 3 (julio-setiembre), parte segunda, págs. 847-863.

Evolución histórica. El papel actual del padre. La falta de capacidad para la educación de los hijos. (Aranda/Sierra).

**245. INGOGLIA, A.:** «*Aspetti del sistema matrimoniale spagnolo (a proposito di un ciclo di lezioni)*», DFP, 1993, núm. 1-2 (enero-junio), parte segunda, págs. 378-381.

Breves notas sobre la evolución del Derecho matrimonial eclesiástico en España (concordatos). (Aranda/Sierra).

**246. KALTHOENER, E./BÜTTNER, H.:** «*Die Entwicklung des Unterhaltsrechts bis Mitte 1992*», NJW, 1992, págs. 2996-3005.

El desarrollo del derecho de alimentos en la práctica judicial alemana hasta la mitad de 1992: alimentos para los hijos, entre cónyuges, problemas procesales, alcance temporal del crédito. (M.P.G.R.).

**247. KNOPS, K.O.:** «*Der familienrechtliche Prozeßkostenverschuß*», NJW, 1993, págs. 1237-1243.

Se analiza la obligación desprendida del § 1360 a.IV BGB según la cual un cónyuge debe sufragar los costes procesales del otro, cuando éste no esté en condiciones de atenderlos y deriven de un asunto personal o de un proceso penal dirigido contra él. Precepto de interpretación discutida, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en relación con el resto de las normas relativas a la obligación alimenticia. (M.P.G.R.).

**248. LAGOMARSINO, G.:** «*Il matrimonio concordatario putativo: rapporti tra giurisdizione canonica e civile*», DFP, 1993, núm. 1-2 (enero-junio), parte segunda, págs. 353-370.

El artículo 82 del Código civil italiano. Relaciones entre la jurisdicción canónica y civil en torno al matrimonio putativo. (Aranda/Sierra).

**249. LIPP, M.:** «*Ehegattenzuwendungen und Zugewinnausgleich*», JUS, 1993, págs. 89-96.

Donaciones entre cónyuges y compensación de gananciales. Estima el autor del artículo que los valores patrimoniales que se donan los esposos durante su matrimonio son frecuentemente reclamados por uno al otro cuando se rompe la rela-

ción. En el caso de que entre los cónyuges exista el régimen legal, surge entonces la pregunta de si puede ser hecho valer un derecho de devolución de determinados objetos singulares junto a las reglas de la compensación de gananciales (§§ 1372 BGB ss). (M.P.G.R.).

**250. LORETI, A.B.:** «La'adozione di fratelli stranieri: possibilità di deroga al limite di differenza di età superiore a quaranta anni: tendenze e proposte legislative di modifica ai requisiti dell'adozione — nota a C. cost. 1.º aprile 1992 núm. 148», GC, 1992, núm. 6, págs. I-1417 y ss. (Aranda/Sierra).

**251. MANERA G.:** «Se la nomina a tutore di un solo coniuge possa essere deliberata quale affidamento preadottivo», GC, 1992, núm. 12, págs. I, 3129-3134.

Comentario a la sentencia de la corte de casación de 7 de septiembre de 1991, núm. 9444. (Aranda/Sierra).

**252. MANERA, G.:** «Se i benefici previsti dall'art. 80 legge núm. 184/1983 competano solo agli affidatari familiari, od anche a quelli preadottivi», DFP, 1993, núm. 1-2 (enero-junio), págs. 227-230.

Comentario a la sentencia de Proc. Repub. del Tribunal de menores de l'Aquila de 2 de octubre de 1992 sobre adopción y acogimiento en preadopción. (Aranda/Sierra).

**253. MANERA, G.:** «La legge sull'adozioni nazionale ed internazionale», DFP, 1993, núm. 1-2 (enero-junio), parte segunda, págs. 313-352.

Informe de 19 de junio de 1992 sobre el curso para jueces de menores. Análisis legislativo de la ley núm. 184 de 5 de mayo de 1983 en relación con la ley 431 de 1967 y la Constitución. (Aranda/Sierra).

**254. MANERA, G.:** «Impugnazione del riconoscimento per difetto di veriltà, da parte del maggiorenne autore del falso riconoscimento, e giudice competente alla nomina del curatore speciale al minore», DFP, 1992, núm. 3 (julio-setiembre), parte primera, págs. 519-526.

Comentario a la sentencia de la corte de casación de 7 de noviembre de 1990, núm. 10738 sobre filiación natural e impugnación del acto de reconocimiento. (Aranda/Sierra).

**255. MELONI, L.F.:** «I rapporti familiare: evoluzione della giurisprudenza ed innovazioni normative in tema di separazione personale tra

**coniugi», DFP, 1992, núm. 3 (julio-setiembre), parte segunda, págs. 864-892.**

Causas de separación no unidas a las obligaciones matrimoniales esenciales: injurias, excesos e incompatibilidad de caracteres. Criterios relativos a la valoración de las causas de separación. Consecuencias de la separación de los cónyuges respecto a los hijos menores. (Aranda/Sierra).

**256. MICIONI, G.: «Il pagamento del canone di locazione e degli oneri condominiali relativi alla casa familiare quale forma di somministrazione dell'assegno di divorzio — nota a Cass. 19 marzo 1991 núm. 2932», GC, 1992, núm. 7-8, págs. I-1906 y ss. (Aranda/Sierra).**

**257. MONÉGER, Françoise: «Les enlèvements internationaux d'enfants (ou comment permettre à un enfant de conserver des relations avec ses deux parents)», SJ, núm. 32 de 1992, Doctrine 3605, págs. 353-358.**

El problema de que el padre, residente en el extranjero y que no tenga conferida la guardia del niño, se lo lleve a su país negándose a devolverlo, ha sido abordado por Francia, al igual que por los demás países, mediante la ratificación de diversos tratados internacionales. Sin embargo, según se pone de manifiesto en el presente artículo, todavía subsisten numerosas quiebras e incertidumbres, derivadas de la aplicación de los mencionados convenios. (L.M.L.F.).

**258. MONREDON, Enmanuel de: «L'adoption aujourd'hui», SJ, núm. 33-37 de 1992, Doctrine 3607, págs. 361-365.**

El autor estima que el concepto mismo de adopción evoluciona en direcciones tan diversas que puede ser preciso preguntarse si todos hablan de la misma institución. El fallo de la Asamblea Plenaria del Tribunal de Casación francés, de 31 de mayo de 1991, en relación con las madres portadoras, y el proyecto de ley sobre derechos civiles del niño, abordando ambos el tema de la adopción de modo subsidiario, no parecen aportar demasiada luz. A falta de una definición legal o jurisprudencial, que deja el campo libre al juez para declarar procedente la adopción en las situaciones más diversas, se considera esencial la opción entre la adopción simple o plena, siendo aconsejable la extensión del recurso a la primera. (L.M.L.F.).

**259. MORO, A.C.: «L'accertamento della situazione di abbandono di un minore, in Italia ed all'estero, condizione irrinziabile per una adozione**

corretta», DFP, 1992, núm. 4 (otobre-dicembre), parte segunda, págs. 1198-1206.

Informe relativo al Convenio «el futuro de la adopción nacional e internacional entre Derecho y abuso. Comparaciones entre políticos, magistrados, profesionales y voluntarios» de Milán de 19-20 de octubre de 1990. (Aranda/Sierra).

**260. NAPPI, G.B.: «Sull “opposizione-reclamo” al decreto di adottabilità», DFP, 1992, núm. 3 (julio-setiembre), parte primera, págs. 670-673.**

Comentario a la sentencia de la corte de apelación de Turín de 5 de febrero de 1992 sobre procedimiento de adopción. (Aranda/Sierra).

**261. POUSSON-PETIT, Jacqueline: «Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe», RIDC, núm. 4, octubre-diciembre de 1992, Études, págs. 795-848.**

La autora destaca cómo la Convención internacional de los derechos del niño, a través de la figura de los derechos a las relaciones personales de los padres y los hijos, introduce una visión plural, dinámica y evolutiva, del tradicional derecho de visita, destacando la necesidad de evolución de mentalidades y costumbres para que la reforma jurídica se convierta en estéril e ineficaz. (L.M.L.F.).

**262. Quadri, E.: «La famiglia dal Codice ai nostri giorni», DFP, 1992, núm. 3 (julio-setiembre), parte segunda, págs. 763-775.**

Conferencia en los encuentros sobre «persona y familia» de Nápoles de 2 de abril de 1992. La insuficiencia de la regulación de la familia en el C.c. de 1942 ante el proceso de transformación de la sociedad. (Aranda/Sierra).

**263. SACCHETTI, L.: «L'irruzione albanese ed i trattamento giuridico degli adolescenti stranieri nello Stato», DFP, 1992, núm. 3 (julio-setiembre), págs. 481-494.**

El impacto del problema sobre la justicia del menor. La noción de abandono en el momento inicial del procedimiento de adopción. Encuadramiento asistencial-tutelar. (Aranda/Sierra).



**264. SCARPA, A.:** «Azioni di stato rettificazioni degli atti dello stato civile ed interesse del minore», *DFP*, 1993, núm. 1-2 (enero-junio), págs. 218-220.

Comentario a la sentencia del Tribunal de Salerno de 8 de julio de 1992 sobre impugnación de filiación legítima por separación de los cónyuges. (Aranda/Sierra).

**265. SCHREIBER, CH.:** «Vertragsgestaltungen in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft», *NJW*, 1993, págs. 624-628.

La autora observa el incremento del número de familias de hecho y de los problemas con ellas relacionados, sin que hasta el momento el legislador haya respondido a esta realidad con soluciones jurídicas. Esto ha hecho prácticamente obligado aconsejar a los miembros de estas comunidades de vida una solución contractual. Pero no en todas las parejas de hecho es necesario un convenio detallado y completo, sino que en muchas ocasiones es suficiente con convenios particulares sobre concretos aspectos. El artículo trata de estos convenios desde la experiencia y la práctica. (M.P.G.R.).

**266. VITALONE, V.:** «L'ambito di applicazione dell'art. 148 c.c. — nota a Trib. Messina 10 maggio 1991 (ord.)», *GC*, 1992, núm. 11, págs. I, 2901-2904. (Aranda/Sierra).

**267. ZMARZLIK, J.:** «Anderungen des Mutterschutzgesetzes», *NJW*, 1992, págs. 2678-2680.

Pequeña contribución sobre la modificación de la ley de protección a la madre de 18-4-1968, operada por ley de 3-6-92, y cuyo fin fundamental es el logro de una especial protección contra el despido de las trabajadoras embarazadas y la ampliación del catálogo de excepciones a la prohibición de trabajos nocturnos para embarazadas y madres lactantes. (M.P.G.R.).

## 7. DERECHO DE SUCESIONES

**268. AZZARITI, G.:** «Somma erogata per l'acquisto di un immobile intestato a soggetto diverso dall'acquirente e collazione», *GC*, 1992, núm. 12, págs. I, 2994-2998.

Comentario a la sentencia de la corte de casación de 5 de agosto de 1992, núm. 9282. (Aranda/Sierra).

269. AZZARITI, G.: «Sulla nullità del testamento olografo per difetto di forma — nota a Cass. 7 gennaio 1992 núm. 32», GC, 1992, núm. 6, págs. I-1496 y ss. (Aranda/Sierra).

270. KLINGELHÖFFER, H.: «Zuwendungen unter Ehegatten und Erbrecht», NJW, 1993, págs. 1098-1103.

Donaciones entre cónyuges y Derecho de sucesiones. Desde hace tiempo existe una polémica en doctrina y jurisprudencia acerca del conflicto entre las donaciones entre cónyuges y los legitimarios o herederos testamentarios. En recientes decisiones del BGH se ha tomado partido por los derechos de éstos últimos, lo cual, según el autor, habrá de provocar nuevas cuestiones controvertidas en la práctica. (M.P.G.R.).

271. MARTINEK, M./ITTENBACH, H.J.: «Die Erbengemeinschaft und das Vorkaufsrecht in der Teilungsversteigerung», BB, 1993, págs. 519-521.

Cuando un causante deja a sus herederos un inmueble que está gravado con un derecho de adquisición preferente inscrito en favor de un tercero, se puede preguntar por el interés de la comunidad hereditaria en cancelar ese molesto derecho de preferencia. Los autores plantean si una comunidad hereditaria puede lograr la liberación del derecho de adquisición que grava su inmueble a través de una subasta de partición. (M.P.G.R.).

272. DI MAURO, N.: «Sottoscrizione del testamento e osservanza delle formalità di cui all'art. 603, comma 3, c.c. —osservazione a Cass. 1 febbraio 1992 n. 1073», GC, 1992, núm. 9, págs. I-2129 y ss. (Aranda/Sierra).

273. DI MAURO, N.: «Brevi considerazioni in tema di condizioni testamentarie illecite — nota a Cass. 21 febbraio 1992, n. 2122», GC, 1992, núm. 7-8, págs. I-1754 y ss. (Aranda/Sierra).

274. PADULA, L.: «Riflessioni critiche sul divieto dei “testamenti collettivi”», GC, 1992, núm. 7-8, págs. II, 395-413.

Evolución histórica y derecho comparado. Noción y formas legales de testamento colectivo. El testamento colectivo como negocio testamentario. Fundamento de la prohibición del artículo 589 del C.c. Casos particulares de este testamento. (Aranda/Sierra).

**275. PIEROTH, B.: «Grundgesetzliche Testierfreiheit sozial-hilfrechtliches Nachrangprinzip und das sogenannte Behindertentestament», NJW, 1993, 173-178.**

El autor se pregunta por las relaciones entre la libertad de testar constitucional, el principio de subsidiariedad de la ayuda social y el llamado testamento del impedido. (M.P.G.R.).

**276. QUADRI, E.: «Persone e famiglia», RTDPC, 1992, núm. 4, págs. 1327-1348.**

Estudio jurisprudencial en materia de asignación de la vivienda familiar en supuestos de separación y divorcio. (Aranda/Sierra).

**277. WERNECKE, Fraucke: Aufweundungs- und Schadenersatzansprüche bei der Notgeschäftsführung des Miterben - eine Zusammenschau. ACP 193 (1993) págs. 240 a 263.**

En la comunidad hereditaria cabe distinguir las relaciones internas —de los herederos entre sí— y las relaciones externas, en particular con los acreedores hereditarios. El estudio se centra en supuestos en los que ambas esferas pueden superponerse, como es el caso del coheredero que con sus propios bienes haya atendido gastos hereditarios o haya pagado deudas de la herencia, o bien sea deudor de la comunidad hereditaria. La actuación en solitario de uno de los coherederos se considera excepcional frente a la regla general de mancomunidad, y sólo se admite para el caso de necesidad, conforme al parágrafo 2038 BGB. (I.G.P.).

## 8. VARIAS

**278. ATIAS, Christian: «Juris dictio: redire l'inédit», RDS, núm. 37 de 1992, Chronique, págs. 281-284.**

Interesante estudio acerca de la continua recreación del derecho a que el jurista se ve forzado, con independencia del sistema jurídico en el cual se desenvuelve, debido al carácter sorprendente y cambiante de la realidad a la cual el ordenamiento ha de aplicarse. (L.M.L.F.).

**279. BÉRAUDO, Jean-Paul: «Droit uniforme et règles de conflit de lois dans les conventions internationales récentes», SJ, núm. 47 de 1992, Doctrine 3626, págs. 507-510.**

Análisis de la progresiva tendencia, observada en los textos internacionales, a combinar la uniformización del derecho con la utilización de reglas de conflic-

to, así como del impacto que sobre el razonamiento jurídico implicará esta adición de métodos, tradicionalmente considerados como antagónicos. (L.M.L.F.).

**280. CAVALLO, B.: «Tutela dell'ambiente e sviluppo economico nel sistema amministrativo», CI, 1992, núm. 3, págs. 993-1014.**

El derecho al medio ambiente. Tutela ambiental. Orientaciones sobre la tutela al medio ambiente. Conclusiones y notas bibliográficas sobre el tema. (Aranda/Sierra).

**281. CONSOLO, C.: «Overrulings giurisprudenziali e vincolo del giudice di rinvio al principio di diritto ormai "repudiato": rationes configgenti pro e contro», BBTC, 1993, núm. 1, parte segunda, págs. 43-47.**

Comentario a la sentencia de apelación de Milán de 4 de octubre de 1991 sobre eventual subrogación de la empresa aseguradora, art. 384.1.º del C.p.c. y cambio de orientación jurisprudencial. (Aranda/Sierra).

**282. CROZE, Hervé: «Le décret du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution», SJ, núm. 51-52 de 1992, Doctrine 3635, págs. 557-564.**

Se propone este artículo ofrecer una guía para la lectura del texto referido, completando la información relativa al sistema legal establecido por la ley 81-650 de 9 de julio, que ya fuera objeto de comentario por parte del mismo autor, y afinando o rectificando algunas opiniones formuladas a partir de la lectura de la mencionada ley. (L.M.L.F.).

**283. CHABAS, François: «La réforme de l'astreinte», RDS, núm. 40 de 1992, Chroniques, págs. 299-300.**

El autor considera que la ley 91-650, de 9 de julio, relativa a la reforma de los procedimientos civiles de ejecución, ha clarificado y mejorado la regulación de esta medida procesal en tres puntos: la condena, su liquidación y su ejecución. (L.M.L.F.).

**284. EKKLENGA, J.: «Die Verpackungsverordnung zwischen Administration und privatwirtschaftlicher Kooperation», BB, 1993, págs. 945-949.**

La Ley sobre envases, entre administración y cooperación económica privada. (M.P.G.R.).

**285. FEZER, K.H.:** «Wider eine neopositivistische Begrifflichkeit im Recht- Zur Wiederbelebung von Windscheids Begriffsjurisprudenz als liberalem Rechtsstaatsdenken im Neopositivismus», *JUS*, 1993, págs. 103-106.

Contra una conceptualización neopositivista del Derecho. Hacia la recuperación de la jurisprudencia de conceptos de Windscheid como pensamiento del Estado de Derecho liberal en la era del neopositivismo. (M.P.G.R.).

**286. FORGERON, Jean-François:** «Le dépôt légal appliqué aux nouvelles technologies: la réforme du 20 juin 1992», *GP*, tomo bimestral septiembre-octubre de 1992, *Doctrine*, págs. 809-812.

Comentario relativo a la extensión del depósito legal a determinados productos informáticos. (L.M.L.F.).

**287. FRANZONI, M.:** «Il danno all'ambiente», *CI*, 1992, núm. 3, págs. 1015-1031.

El daño ambiental en el ámbito de la responsabilidad civil. Naturaleza del daño ambiental; problema de la legitimidad activa; la función del resarcimiento. La reintegración en forma específica del daño ambiental. (Aranda/Sierra).

**288. GUARDIA, Charles de:** «L'agonie de la réglementation des changes», *GP*, tomo bimestral septiembre-octubre de 1992, *Doctrine*, págs. 766-772.

El autor pasa revista a los diversos textos reguladores de esta materia, con ocasión de la sentencia del Tribunal de Casación de 21 de mayo de 1992, que ha venido a resolver las dudas existentes en torno al momento a partir del cual se produjera la liberalización de las relaciones financieras con los demás países. (L.M.L.F.).

**289. INDELLI, F.:** «Incontro fra canoni d'Oriente e d'Occidente: un congresso internazionale fecondo», *DFP*, 1993, núm. 1-2, parte segunda, págs. 382-396.

Diferencias normativas entre la iglesia católica y la iglesia ortodoxa. (Aranda/Sierra).

**290. JUNKER, A.:** «Die Praxis des Bundesgerichtshofs zum Computerrecht 1989-1992- Teil I, II», *JZ*, 1993, págs. 344-350, págs. 447-453.

Exposición de la práctica del BGH sobre el Derecho de la informática entre los años 1989-1992. (M.P.G.R.).

**291. KLEIN, E.: «Fallmethode oder systematische Stoffpräsentation? — Zu den Lehrmethoden an amerikanischen und deutschen Rechtsfakultäten», JUS, 1993, págs. 272-276.**

El autor contrapone el método casuístico propio de la enseñanza del Derecho en las facultades americanas, y el método sistemático empleado por las alemanas. (M.P.G.R.).

**292. KÖCK, W.: «Umweltabgaben — Quo vadis», JZ, 1993, págs. 59-67.**

El autor trata de las actuales tendencias del Derecho tributario del medio ambiente, bajo la especial reseña del Proyecto de ley de tributos sobre los residuos. (M.P.G.R.).

**293. KRÖPIL, K.: «Das Gesetz zur Verkürzung der Juristenausbildung», NJW, 1993, págs. 365-368, NJW, 1993, págs. 365-368.**

Comentario a la Ley para el acortamiento de la formación de los juristas (BGBl I 1992, 1926) en el que se exponen sus incidencias, sus precedentes, los fines que se persiguen, las soluciones de las normas uniformes para todo el Estado y las diversas posibilidades ofrecidas a los Ländern. (M.P.G.R.).

**294. KUHLEN, L.: «Zur Evaluation und Verbesserung der universitären Juristenausbildung durch Studentenbefragungen- Anmerkungen eines geprüften Profps», JUS, 1993, págs. 183-193.**

Evaluación y mejora de la formación jurídica a través de la consulta a los estudiantes. (M.P.G.R.).

**295. LECLERE, Jean-Philippe: «La Cartographie Numérique et le Droit», GP, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, Doctrine, págs. 533-539.**

Análisis de algunos de los problemas jurídicos que habrá de plantear la irrupción de la informática en el campo de la cartografía. (L.M.L.F.).

**296. MARKESINIS, B.: «Il ruolo della giurisprudenza nella comparazione giuridica», CI, 1992, núm. 3, págs. 1350-1386.**

Estudio de las funciones de la jurisprudencia. La jurisprudencia extranjera como instrumento para corregir el Derecho nacional y como contribución al desarrollo del Derecho interno. La jurisprudencia revela los problemas reales de un Ordenamiento. (Aranda/Sierra).

**297. MINSCHKE, W.: «Zum Anwendungsbereich der Verpackungsverordnung», BB, 1993, págs. 672-674.**

Sobre el campo de aplicación de la VerpackV de 12-6-91. (M.P.G.R.).

**298. MONETA, G.: «La Cassazione civile e i suoi contrasti di giurisprudenza del 1990», CI, 1992, núm. 3, págs. 1245-1349.**

La Casación y la uniformidad de la jurisprudencia. Los contrastes jurisprudenciales de los años 1989 y 1990. (Aranda/Sierra).

**299. SANTA-CROCE, Muriel: «De l'extension aux actes extrajudiciaires du régime de nullité des actes judiciaires», RDS, núm. 39 de 1992, Chroniques, págs. 296-298.**

El autor entiende que la generalización del régimen aplicable a la nulidad de los actos procesales presenta el riesgo de situar el derecho material bajo el dominio del procedimiento, lo cual no constituye sino el triunfo de una manifestación formalista sobre el principio del consensualismo. (L.M.L.F.).

**300. SPICKHOFF, A.: «Die engste Verbindung im interlokalen und internationalen Familienrecht», JZ, 1993, págs. 336-344.**

La conexión más estrecha en el Derecho interlocal y en el Derecho internacional privado de la familia.

La reforma del DIPr alemán en 1986 introdujo en diversas materias la idea de aplicación del Derecho con el que la causa presente los vínculos más estrechos. El presente artículo analiza los problemas que esta técnica suscita en relación con los arts. 4.3 y 14.1,3 EGBGB. El primero señala que en el caso de remisión al Derecho de un Estado Plurilegislativo, sin indicar la ley competente, ésta será determinada por las normas de dicho Estado. Si no existen tales normas, se aplicará el ordenamiento (regional, autonómico, etc.) con el que la situación de hecho presente una conexión más estrecha. El segundo prescribe que los efectos generales del matrimonio se regirán por el derecho del Estado con el que los cónyuges estén más vinculados (de otro modo distinto a la vinculación que presentan los párrafos 1 y 2). (M.P.G.R.).

**301. TAUPITZ, J.: «Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?», JZ, 1993, págs. 533-439.**

El autor muestra en su artículo que la unificación jurídica tiene un significativo papel en el proceso de integración europea, pero que carece absolutamente de valor en sí misma. Su opinión es que las futuras tendencias en la unificación jurí-

dica europea deben estar marcadas por la máxima unificación posible del Derecho conflictual y la mínima necesaria en el Derecho material. (M.P.G.R.).

**302. WESTEN, K.: «Das sozialistische Zivilrecht und die Kontinuität europäischer Zivilrechtsentwicklung», JZ, 1993, págs. 8-16.**

A juicio del autor, después del final de la etapa socialista en el este de Europa, se abre a estos países la posibilidad, también en el campo del Derecho civil, de reencontrar la integración con el desarrollo sur y medioeuropeo. (M.P.G.R.).

**303. ZENATI, Frédéric: «La saisine pour avis de la Cour de cassation», RDS, núm. 32 de 1992, Chronique, págs. 247-254.**

La ley 91-491, de 15 de mayo, ha venido a establecer un procedimiento destinado a que cualquier órgano jurisdiccional pueda, en el curso de un procedimiento, solicitar del Tribunal de Casación su parecer acerca de una cuestión de derecho, siempre que ésta sea nueva, se plantee en numerosos litigios, y presente una dificultad seria. En relación con esta especie de «cuestión de legalidad», se aborda el estudio del procedimiento aplicable, su naturaleza jurídica, y el alcance de la resolución del órgano casacional, tanto en relación con el tribunal que planteó la cuestión, como con los restantes órganos jurisdiccionales. (L.M.L.F.).

**304. ZULEEG, M.: «Umweltschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs», NJW, 1993, págs. 31-38.**

La protección del medio ambiente en la doctrina del Tribunal europeo. (M.P.G.R.).

## II. DERECHO MERCANTIL

### 1. PARTE GENERAL. EMPRESA

**305. DONZELLA, A.: «Le imprese e la crisi del Golfo — nota a Trib. Roma 10 ottobre 1991», GC, 1992, núm. 9, págs. I, 2213-2216. (Aranda/Sierra).**

**306. FAURAN, Blandine: «La Cour de Justice des Communautés et la Définition du Médicament», GP, tomo bimestral, septiemb-ro-octubre de 1992, Doctrine, págs. 654-661.**

Comentario relativo a tres recientes sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en las cuales se viene a definir el concepto de medica-



mento, abordándose además el problema relativo a la compatibilidad del monopolio farmacéutico con el Tratado de Roma. (L.M.L.F.).

**307. FLORIDIA, G.:** «*Pubblicità in materia finanziaria*», CI, 1993, núm. 1, págs. 363-390.

La publicidad de los valores mobiliarios en el ordenamiento italiano y comunitario. La publicidad de los valores mobiliarios en la experiencia del «Giuri dell'Autodisciplina Pubblicitaria». (Aranda/Sierra).

**308. GENESTE, Bernard:** «*L'efficacité des Procédures d'urgence: le Cas Exemplaire de "La Cinq"*», GP, tomo bimestral, septiembre-octubre de 1992, Doctrine, págs. 645-653.

El autor se muestra firme partidario de la experiencia de procedimientos sumarios para la adopción de medidas tendentes a evitar determinadas prácticas contrarias a la libre competencia. (L.M.L.F.).

**309. HORN, Norbert:** *Kartellrechtliche Aspekte des Kreditkartengeschäfts*, ZHR 157 (1993) págs. 324 a 348.

El mercado de las tarjetas de crédito ha suscitado críticas, habiéndose defendido por varios autores que ciertos acuerdos referentes a la supresión de comisiones suponen una infracción de las normas sobre acuerdos colusorios o ententes. El autor profundiza en el alcance y la justificación de tales críticas desde la posición contraria. (I.G.P.).

**310. MARINO, V.:** «*Ambito di intervento delle compagnie di lavoro portuali- osservazioni a Cass. 30 luglio 1991, núm. 8430*», GC, 1992, núm. 5, págs. I-1319 y ss. (Aranda/Sierra).

**311. MARTIN, Jean-Paul:** «*Contrefaçon de brevet d'invention. Retour à la loi de 1844*», GP, núm. 348-350 de 1992, Doctrine, págs. 5-8.

El autor destaca los inconvenientes que para la seguridad jurídica pueden derivarse de la doctrina favorable a admitir la posibilidad de imitación parcial de una patente, nuevamente asumida por el Tribunal de Casación en su sentencia de 19 de febrero de 1991. (L.M.L.F.).

**312. MELLO, Xavier de:** «*Marques et fonctionnement concurrentiel des marchés*», GP, tomo bimestral septiembre-octubre de 1992, *Doctrine*, págs. 799-803.

El autor entiende que los supuestos de prácticas contrarias a la libre competencia verificados a través del uso del derecho a una marca comercial son mucho menos significativos que las ventajas aportadas por el reconocimiento y defensa de estos derechos. (L.M.L.F.).

**313. NEUNER, Jörg:** *Handelsrecht - Handelsgesetz - Grundgesetz. ZHR 157 (1993) págs. 243 a 290.*

Los destinatarios de la aplicación de las normas mercantiles se determinan a través del concepto de comerciante que contiene el propio HGB. Dicho concepto, sin embargo, se estima demasiado restrictivo e incluso contrario a la Constitución, por lo que se postula una reforma legislativa. Además el autor estudia los intentos que se han ofrecido en la doctrina para extender la aplicación de las normas del HGB mediante la analogía o la interpretación extensiva del concepto legal de *Kaufmann*. (I.G.P.).

**314. REICHHOLD, Hermann:** *Lauterkeitsrecht als Sonderdeliktsrecht. ACP 193 (1993) págs. 204 a 239.*

El autor persigue la concreción de la cláusula general contenida en el párrafo 1 de la UWG (Ley sobre competencia desleal), considerado en particular el ámbito de la prensa escrita. (I.G.P.).

**315. ROHNKE, CH.:** «*Warenzeichen als Kreditsicherheit*», NJW, 1993, págs. 561-564.

Marca comercial como garantía crediticia.

Se estudia el alcance de la caída del principio de vinculación de la marca a la empresa, con la consiguiente posibilidad de disponer de la marca con independencia del negocio, en especial como garantía crediticia. (M.P.G.R.).

**316. SCHMITT, Philippe:** «*Le juge français saisi d'une action en contrefaçon d'un brevet européen visant la France et frappé d'opposition doit-il surseoir à statuer?*», GP, núm. 348-350 de 1992, págs. 2-4.

En el derecho francés no existe procedimiento de oposición a la inscripción de una patente. Por el contrario, la Convención sobre las patentes europeas sí que establece el mencionado procedimiento. El presente artículo analiza si los tribunales franceses, ante la interposición de una demanda por vulneración de una patente europea en relación con la cual se está tramitando un procedimiento de

oposición, han de abstenerse de resolver en tanto el mismo no haya finalizado. (L.M.L.F.).

## 2. DERECHO DE SOCIEDADES

**317. BAUDER, W.: «Di : Bezuge des GmbH-Geschäftsführers in Krise und Konkus der Gesellschaft», BB, 1993, págs. 369-375.**

Las percepciones de los dirigentes de la sociedad de responsabilidad limitada en los supuestos de crisis y quiebra de la sociedad.

El BGH ha decidido que los dirigentes de una sociedad limitada pueden estar obligados a aceptar una disminución de sus percepciones cuando han empeorado las relaciones económicas de la sociedad y que el pago de la retribución y la participación en las ganancias de un socio que sea dirigente de una sociedad limitada en cumplimiento de un proporcionado derecho contractual de remuneración contradice el deber de conservación del capital, cuando para ello deba ser afectado el capital social. (M.P.G.R.).

**318. BORTOLITTI, F.: «Antitrust: la normativa italiana sulle concentrazioni ha un qualche reale ambito di applicazione?», CI, 1992, núm. 3, págs. 965-990.**

Presupuestos comunitarios. Ambito de aplicación territorial de los artículos 85 y 86. Solución propuesta al problema por Mario Bin. (Aranda/Sierra).

**319. BURBACH, H.A.: «Persönliche Haftung und Verlusttragung als Bestimmungsfaktoren des Unternehmerrisikos in der Personenhandels-gesellschaft», BB, 1993, págs. 310-315.**

Responsabilidad personal y soporte de pérdidas, como factores determinados del riesgo empresarial en las sociedades personalistas.

El trabajo estudia las posibilidades de regreso que el socio personal posee cuando ha respondido directamente ante un acreedor de la sociedad. En esta tarea juega un importante papel las normas sobre distribución del riesgo entre los socios. (M.P.G.R.).

**320. CALICETI, P.: «Clasole di prelazione, patti parasociali, contratto a favore di terzi», GC, 1992, núm. 12, págs. I, 3190-3198.**

Comentario de la sentencia del Tribunal de Verona de 22 de marzo de 1991. (Aranda/Sierra).

**321. CAPURSO, G.:** «La disciplina delle società consortili tra codice e clausola statutarie», *CI*, 1992, núm. 3, págs. 1078-1125.

Sociedad consorcial y la cláusula lucrativa. Las contribuciones en dinero. Variaciones en el número de socios. Liquidación de la cuota. (Aranda/Sierra).

**322. CIRENEI, M.T.:** «La società per azioni a partecipazione regionale tra legislatore comunitario e "legislatore nazionali" nella sentenza della Corte costituzionale núm. 35 del 1992: verso la formazione di un diritto societario regionale?», *BBTC*, 1993, núm. 1, parte segunda, págs. 12-22. (Aranda/Sierra).

**323. DREHER, Meinrad:** *Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhältnispflichten bei der Stimmrechtsbündelung*, *ZHR* 157 (1993), págs. 150 a 171.

El autor, partiendo del denominado Girmes-Fall, estudia la eventual existencia y contenido de los deberes de fidelidad o de respeto al interés social que incumben a los accionistas, así como la trascendencia que tales deberes hayan de tener al ejercitar el derecho de voto; en particular cuando el voto se ejercita por medio de representante. (I.G.P.).

**324. DUCOULOUX-FAVARD, C.:** «L'histoire des grandes sociétés en Allemagne, en France et en Italie», *RIDC*, núm. 4, octubre-diciembre de 1992, *Etudes*, págs. 849-881.

Estudio histórico del derecho aplicable a las sociedades mercantiles en los citados países. (L.M.L.F.).

**325. EBENROTH, C. TH./MÜLLER, A.:** «Die Beeinträchtigung der Aktionärsinteressen beim teilweisen Bezugsrechtsausschluß auf Genußrechte», *BB*, 1993, págs. 509-515.

El menoscabo de los intereses accionariales mediante la exclusión parcial del derecho de suscripción. (M.P.G.R.).

**326. EBENROTH, C. TH./WILKEN, O.:** «Kapitalersatz und Betriebsaufspaltung», *BB*, 1993, págs. 305-309.

Reintegro del capital y fraccionamiento de la empresa. Comentario a la decisión del BGH de 14-12-92 en la que el Tribunal se preguntó si las reglas de reintegro del capital son también aplicables a los múltiples supuestos de fraccionamiento de la empresa. Sin grandes explicaciones, recurrió a su doctrina sobre el criterio de imputación de la unidad económica y negó una excepción sectorial del tenor de diversos preceptos legales. (M.P.G.R.).

**327. ESCH, G.: «Einheitlichkeit der Personengesellschaftsbeteiligung», BB, 1993, págs. 664-668.**

En el Derecho de sociedades afirman unánimemente la doctrina y la jurisprudencia que los socios de una sociedad personalista sólo pueden tener una única participación en la sociedad. Esto es cierto especialmente en el caso de los socios comanditarios. El fuerte desarrollo de las sociedades personalistas en la realidad jurídica, da ocasión para examinar la corrección de este pensamiento. (M.P.G.R.).

**328. GRADASSI, F.: «Pegno, usufrutto affitto, sequestro e pignoramento di quote di società in nome collettivo», CI, 1992, núm. 3, págs. 1126-1148.**

Naturaleza jurídica de cuotas de sociedad colectiva. El pago de la cuota. El usufructo de cuota. El afianzamiento de la cuota. (Aranda/Sierra).

**329. HENSSLER, Martin: Verhaltenspflichten bei der Ausübung von Aktienstimmrechten durch Bevollmächtigte, ZHR 157 (1993) págs. 91 a 124.**

Se analizan los deberes que tiene el representante frente al representado en el ejercicio del derecho de voto, partiendo de un supuesto práctico conocido como Girmes-Fall (OLG Düsseldorf, 20-11-1992). (I.G.P.).

**330. KÖSTLER, R.: «Amtsende des Aufsichtsrats nach formwechselnder Umwandlung einer GmbH in eine Aktiengesellschaft?», BB, 1993, págs. 81-82.**

Fin de las funciones del Consejo de Administración después de la transformación por cambio de forma de una sociedad limitada en una sociedad anónima. (M.P.G.R.).

**331. KÜBLER, Friedrich: «Bankenhaftung als Nothelf der präventiven Kapitalaufbringungskontrolle?», ZHR 157 (1993) págs. 196 a 212.**

El párrafo 37.1 AktG se refiere a supuestos en que el aumento de capital o nuevas aportaciones se realiza a través del ingreso de dinero en una cuenta bancaria a nombre de la sociedad. Dicha norma establece la responsabilidad del banco por la exactitud del certificado. El autor se centra en el alcance de la responsabilidad bancaria, el ámbito de aplicación de la norma y su posible extensión a la GmbH. Se defiende una interpretación restrictiva que limite la responsabilidad del banco a la información exacta sobre el ingreso de metálico en la cuenta de la sociedad, sin que pueda extenderse al origen o destino tales cantidades. (I.G.P.).

**332. MARCHETTI, P.: «Osservazioni sulla riforma della disciplina delle azioni di banche popolare», CI, 1993, núm. 1, págs. 80-94.**

Subida del valor nominal de las acciones. El nuevo límite de posesión. Efectos de la superación del límite. (Aranda/Sierra).

**333. MARTINO, R.: «La “condotta” degli amministratori cessati e la “meritevolezza” della società concordataria: un problema ancora aperto? — nota a Trib. Roma 5 ottobre 1992», GC, 1992, núm. 11, págs. 1, 2886-2892. (Aranda/Sierra).**

**334. MARZONA, N.: «Strumentalità pubblicistica e disciplina di diritto privato nel regime di una società finanziaria regionale», BBTC, 1993, núm. 1, parte segunda, págs. 6-11.**

Comentario a la sentencia de la corte constitucional de 5 de febrero de 1992, núm. 35 sobre sociedad por acciones reguladas por leyes regionales (Sicilia). (Aranda/Sierra).

**335. MOORE, Richard: «La société en participation d’avocats», GP, núm. 313-315 de 1992, Doctrine, págs. 2-3.**

Breve exposición del régimen jurídico y fiscal derivado de la ley francesa 90-1258, de 31 de diciembre, que, a juicio del autor, ha tratado de establecer un sistema equivalente al de los «partnerships» anglosajones. (L.M.L.F.).

**336. MÜNCH, C.: «Befreiung vom Wettbewerbsverbot im Recht der GmbH», NJW, 1993, págs. 225-233.**

Exención de la prohibición de competencia en el Derecho de las sociedades de responsabilidad limitada. Opinión sobre el escrito del ministro de Finanzas de 4-2-1992. (M.P.G.R.).

**337. PAOLINI, E.: «Sorte del mandato conferito a terzi in caso di fusione di società», CI, 1992, núm. 3, págs. 958-964.**

Poderes del órgano administrativo de la sociedad para conferir el mandato. Efectos de la fusión sobre las relaciones jurídicas preexistentes. Extinción del contrato de mandato. (Aranda/Sierra).

**338. PICOT, G.: «Mehrheitsrechte und Minderheitenschutz in der Personengesellschaft», BB, 1993, págs. 13-21.**

El artículo se ocupa de la capacidad de decisión y la competencia de los socios mayoritarios de las sociedades personalistas, con especial consideración de las sociedades de capital con un gran número de socios. (M.P.G.R.).

**339. RICHTER, M.S.: «Deliberazioni societarie: quorum costitutivo e quorum deliberativo — osservazione a Cass. 21 agosto 1991 núm. 8976», GC, 1992, núm. 5, págs. I-1309 y ss. (Aranda/Sierra).**

**340. RINZE, J.: «Die Haftung von Beiratsmitgliedern einer personalistischen GmbH & Co.KG», NJW, 1992, págs. 2790-2796.**

La responsabilidad de los miembros del Consejo de administración de una sociedad de responsabilidad limitada personalista. El autor descarta la aplicación analógica de las normas sobre sociedades limitadas y sociedades anónimas y se muestra a favor de una responsabilidad derivada de la interpretación del contrato de empleo de los administradores a la luz de las concretas funciones que deben desempeñar a tenor del contrato de sociedad. (M.P.G.R.).

**341. DI SABATO, F.: «Le società», RTDPC, 1992, núm. 4, págs. 1421-1431.**

La jurisprudencia en materia de sociedad. Aumento de capital, ingreso de nuevos socios. La libre transferencia de cuota de participación. La nómina de los administradores judiciales. (Aranda/Sierra).

**342. SCHMIDT, Karstem: Die Übertragung, Pfändung und Verwertung von Einlageforderungen, ZHR 157 (1993) págs. 291 a 323.**

Estudio sobre la cesión, prenda y usufructo de dividendos pasivos: la práctica jurisprudencial, límites y las excepciones en situaciones de insolvencia. (I.G.P.).

**343. SCHMIDT, K.: «Zur Amtslöschung unrechtmäßig eingetragener Wirtschaftsvereine», NJW, 1993, págs. 1225-1228.**

A propósito de la cancelación registral de una sociedad comercial ilegítimamente inscrita.

El artículo se opone a una práctica judicial según la cual las sociedades ilegítimamente inscritas sólo se ven afectadas por la cancelación registral cuando el impedimento para la inscripción resulta del estatuto. (M.P.G.R.).

**344. SERRA, A.: «Società di intermediazione mobiliare: profili societari», BBTC, 1993, núm. 3, parte primera, págs. 330-341.**

El SIM sociedad de derecho especial. Su constitución e inscripción. Ejercicio de actividad. Régimen de participación en el capital. Su responsabilidad. Relación con los clientes. (Aranda/Sierra).

**345. TULLIO, A.: «Il gruppo di società: riflessioni in tema di tutela dei soci di minoranza e dei creditori della società controllate — nota a Cass. 8 maggio 1991, núm. 5123», GC, 1992, núm. 10, págs. I, 2514-2525. (Aranda/Sierra).**

**346. WEIGMANN, R.: «Società per azioni», RTDPC, 1992, núm. 4, págs. 1431-1447.**

Sociedades anónimas. La jurisprudencia en diversos aspectos relacionados con este tipo de sociedades. (Aranda/Sierra).

### 3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

**347. ADEN, M.: «Die neuen AGB-Sparkassen 1993», NJW, 1993, págs. 832-840.**

Estudio de las nuevas condiciones generales aplicadas en las instituciones de crédito alemanas desde el 1-1-1993. (M.P.G.R.).

**348. CAPRIGLIONE, F.: «Banca di fatto: nuovo orientamento della giurisprudenza e riflessioni sul ruolo istituzionale della autorità di controllo bancario», BBTC, 1993, núm. 1, parte segunda, págs. 73-80.**

Abuso por una sociedad financiera. Aplicación del procedimiento de quiebra. Sanción penal. Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 20 de febrero de 1992. (Aranda/Sierra).

**349. CASTRONOVO, C.: «Il diritto civile nella legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare», BBTC, 1993, núm. 3, parte primera, págs. 300-329.**

Relación entre el Código civil y la legislación especial. Particularidades legislativas y reconstrucción doctrinal. Efectos de la ley 1/91. La obligación del intermediario y la forma escrita. (Aranda/Sierra).



**350. COFFY, Marie-Joseph: «L'Influence de la Révocation d'un Agent d'Assurance IARD sur le Sort de son Indemnité Compensatrice et le Solde encore Dû de sa Gestion», GP, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, Doctrine, págs. 576-581.**

En el presente trabajo se analizan las cuestiones relativas a la indemnización compensatoria debida a los agentes generales de seguros, cuando su mandato es revocado por la compañía aseguradora. Se analizan en especial las consecuencias derivadas del carácter legítimo o ilegítimo de la revocación y los problemas que plantea la compensación de la mencionada indemnización compensatoria con el saldo de gestión debido a la compañía por el agente. (L.M.L.F.).

**351. COSTI, R.: «Servizi di pagamento: il controllo sugli enti produttori», BBTC, 1993, núm. 2, parte primera, págs. 129-155.**

Conferencia pronunciada en la Convención jurídica sobre «sistemas de pago» de 23 y 24 de octubre de 1992. Regulación jurídica, sistemas de pago bancario, compensación entre bancos, servicios de pago y mutuo reconocimiento. (Aranda/Sierra).

**352. GALANTI, E.: «Appunti sugli enti conferenti», BBTC, 1993, núm. 1, parte primera, págs. 49-83.**

Conferencia a propósito de la ley de 30 de julio de 1990, núm. 218 y del Decreto legislativo de 20 de noviembre de 1990, núm. 356. Problemas de aplicación a aspectos no regulados específicamente. (Aranda/Sierra).

**353. HAPPE, C.M.: «Die Entwicklung des Antidumping und Antisubventionsrechts in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs», JZ, 1993, págs. 292-301.**

El desarrollo del derecho de antidumping y antisubvención en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad europea. (M.P.G.R.).

**354. HOEREN, TH.: «Die neuen AGB-Banken», NJW, 1992, págs. 3263-3265.**

Comentario a las nuevas condiciones generales de los Bancos e instituciones crediticias, en vigor desde el 1-1-93. El autor analiza las modificaciones esenciales (formales y sustanciales) así como los principales extremos sobre los que la nueva regulación guarda silencio. (M.P.G.R.).

**355. HOEREN, TH.: «Das neue Verfahren für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe», NJW, 1992, págs. 2727-2732.**

El autor analiza los principios del reglamento dictado por la Unión federal de Bancos alemanes en junio de 1992 que regula el procedimiento extrajudicial para la solución de las reclamaciones de los clientes en la banca comercial alemana. (M.P.G.R.).

**356. KÖHLER, H.: «EG-Recht, nationales Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz», JUS, 1993, págs. 447-452.**

Entiende el autor que el Derecho de la Comunidad europea y el Derecho interno de los Estados miembros pueden entrar en conflicto. Si esto ocurre la primacía le corresponde al derecho comunitario. En el artículo se muestra una situación de conflicto de este tipo con un ejemplo de Derecho de la competencia. Elige este sector por las concepciones distintas de la protección del consumidor que, en opinión del autor, hoy en día existen entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales, especialmente el alemán. (M.P.G.R.).

**357. DI MAJO, A.: «La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare», BBTC, 1993, núm. 3, parte primera, págs. 289-299.**

Estudio de la ley SIM de 2 de enero de 1991, núm. 1 sobre tutela del ahorrador/inversor de valores mobiliarios. La intermediación. (Aranda/Sierra).

**358. MERUSI, F.: «Metamorfosi degli enti pubblici creditizi», BBTC, 1993, núm. 1, parte primera, págs. 1-14.**

Conferencia relativa al estudio «Ente público y entes públicos», organizada en Florencia el 25-26 de octubre de 1991. (Aranda/Sierra).

**359. RATTO, G.: «Mancanza di autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e disciplina dell'insolvenza», BBTC, 1993, núm. 1, parte segunda, págs. 80-84.**

Abuso por una sociedad financiera. Aplicación del procedimiento de quiebra. Sanción penal. Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 20 de febrero de 1992. (Aranda/Sierra).

**360. REIFNER, U.: «Bankentransparenz und Bankengeheimnis», JZ, 1993, págs. 273-284.**

Tras constatar que el proceso de unificación europea ha reformado y juridificado en profundidad, a través de varias directivas, el sistema bancario y el Derecho bancario alemán y que en la misma dirección se muestra la jurisprudencia constitucional alemana y las nuevas condiciones generales bancarias, en vigor desde el 1-1-93, el autor considera que el fin último de toda esta reforma está en el logro de una mayor transparencia en el ámbito bancario que sólo a través del desarrollo del principio constitucional de transparencia bancaria puede alcanzarse. (M.P.G.R.).

**361. REIFNER, U.: «Die Reform des Bankbilanzrechts 1993», NJW, 1993, págs. 89-95.**

Artículo acerca de la modificación del Derecho sobre los balances bancarios y la transparencia de mercado, operada en Alemania como consecuencia de las exigencias del mercado único europeo en el ámbito bancario. (M.P.G.R.).

**362. RUFINI, D.: «Considerazioni in materia di revoca dell'agente di cambio», BBTC, 1993, núm. 2, parte segunda, págs. 158-162.**

Comentario a la sentencia de la corte de casación de 8 de agosto de 1990, núm. 8064 sobre revocación de agente de cambio. Derecho a resarcimiento. (Aranda/Sierra).

**363. SACK, R.: «Sonderschutz bekannter Marken de lege ferenda», BB, 1993, págs. 869-873.**

El autor describe el efecto protector de ciertas marcas que proviene del Derecho de la competencia. En conexión con ello, explica el amplio efecto protector que puede ser logrado a través de un Anteproyecto del Ministerio de Justicia de Ley para la reforma del Derecho de marcas y para la trasposición de la Directiva del Derecho de marcas de 1989. (M.P.G.R.).

**364. TUBIANA, Hubert, et PEISSE, Michel: «Marchand de Biens et Banquiers Associés en Participation», GP, tomo bimestral, julio-agosto de 1992, Doctrine, págs. 564-567.**

Análisis de los criterios seguidos por la Jurisprudencia francesa para diferenciar los supuestos en que una entidad bancaria ha actuado de manera que permita deducir su implicación en la actividad de estos agentes del sector inmobiliario. (L.M.L.F.).

## 4. CONTRATOS MERCANTILES

**365. BEUTHIEN, V.: «Das Franchising im Gruppenwettbewerb des Handels», BB, 1993, págs. 77-80.**

Las posibilidades de constitución y la tipología de las franquicias son tan numerosas que hacen difícil una determinación conceptual unitaria de las mismas. Partiendo de su contenido esencial, el autor analiza su integración en el mercado desde el punto de vista de la libre competencia y el mercado europeo. (M.P.G.R.).

**366. BIGOT, Jean: «La loi du 16 juillet 1992 sur l'assurance», SJ, núm. 45 de 1992, Doctrine 3622, págs. 479-487.**

Comentario del mencionado texto legal, que contempla simultáneamente tres aspectos distintos de este sector normativo: las empresas públicas de seguros, el seguro de vida y la capitalización, y el régimen de indemnización de las catástrofes naturales y del seguro relativo al riesgo fluvial y lacustre. (L.M.L.F.).

**367. BÖHNER, R.: «Schriftform und Widerrufsrecht bei Franchiseverträgen nach dem Verbraucherkreditgesetz», NJW, 1992, págs. 3135-3138.**

Forma escrita y derecho de arrepentimiento en los contratos de franquicia, según la VerbrKrG. (M.P.G.R.).

**368. BONET, Georges: «La distribution sélective des produits cosmétiques de luxe à l'épreuve du droit communautaire: la décision Yves Saint Laurent Parfums du 16 décembre 1991», RDS, núm. 41 de 1992, Chronique, págs. 303-310.**

El presente comentario trata de delimitar el campo de inaplicación del artículo 85 núm. 1 del Tratado de Roma y el ámbito de aplicación de las excepciones contempladas en el artículo 85 núm. 3 del propio convenio, utilizando para ello la argumentación contenida en la decisión «Yves Saint Laurent», de 16 de diciembre de 1991, que, a juicio del autor, expresa un compromiso equilibrado, sin vaciar de contenido ni el sistema de distribución selectiva de productos de lujo, ni la libertad de concurrencia. (L.M.L.F.).

**369. BORTOLOTTI, F.:** «La nuova legislazione sul contratto di agenzia: prime considerazioni sul d. 303 de 10 settembre 1991», *CI*, 1993, núm. 1, págs. 95-134.

La actualización de la directiva comunitaria en los Estados miembros, principalmente en Italia. Incidencia de la nueva normativa en la contratación colectiva. Entrada en vigor de la nueva normativa. Definición del contrato de agencia y delimitación de la zona de exclusividad. (Aranda/Sierra).

**370. CAMARDI, C.:** «Osservazioni a Cass. 10 aprile 1991, núm. 3763 in tema di condizione risolutiva ex art. 39 T.U. sul credito fondiario», *BBTC*, 1993, núm. 3, parte segunda, págs. 285-289. (Aranda/Sierra).

**371. DOLMETTA, A.:** «Fideussioni “chiuse” a legge sulla trasparenza: una massima della cassazione», *BBTC*, 1993, núm. 3, parte segunda, págs. 240-244.

Notas a la sentencia de la corte de casación de 25 de agosto de 1992, núm. 9839 y a la Corte de apelación de Milán de 17 de octubre de 1992 sobre fianza «omnibus». Validez. (Aranda/Sierra).

**372. DOLMETTA, A.:** «Due quesiti sull'individuazione della disciplina regolatrice delle operazioni di credito al consumo», *BBTC*, 1993, núm. 2, parte primera, págs. 156-170.

Estudio de diversos artículos de la ley de 19 de febrero de 1992, núm. 142 y ley 154/92 sobre crédito al consumo. (Aranda/Sierra).

**373. FANTAUZZI, R.:** «Lo sviluppo della giurisprudenza di merito sulla liceità del lease back», *GC*, 1992, núm. 10, págs. II, 485-497.

Análisis del problema de la licitud del contrato respecto a la prohibición del pacto comisorio art. 2744 C.c. Análisis jurisprudencial del problema (Aranda/Sierra).

**374. GANDIN, R.:** «La comunione di brevetto: appunti per una indagine comparatistica», *CI*, 1992, núm. 3, págs. 1181-1224.

La cotitularidad del derecho de invención. Cesión y licencia de la cuota. Cesión y licencia del invento. Acuerdos entre cotitulares. Disolución de la comunidad. (Aranda/Sierra).

**375. GORGONI, M.: «Credito al consumo e “leasing” traslativo al consumo», RTDPC, 1992, núm. 4, págs. 1123-1172.**

Con base en la directiva 87/102 de la CEE el autor estudia el concepto de consumidor, el crédito al consumo y el leasing traslativo al consumo. (Aranda/Sierra).

**376. GRAF VON WESTPHALEN, F.: «Die neuen Sparkassen-AGB unter der Lupe des AGB-Gesetzes», BB, 1993, págs. 8-13.**

Análisis de las nuevas condiciones generales de las instituciones crediticias alemanas que entraron en vigor el 1-1-93, a la luz de la AGB-G. (M.P.G.R.).

**377. JUNKER, A.: «Die Entwicklung des Computerrechts in den Jahren 1991 und 1992», NJW, 1993, págs. 824-832.**

Panorámica del desarrollo del Derecho de la informática en los años 1991 y 1992. (M.P.G.R.).

**378. LANGHEID, TH.: «Rechtsprechungsübersicht zum Versicherungsvertragsrecht 1991/1992», NJW, 1993, págs. 695-710.**

Panorama sobre la jurisprudencia del Derecho del contrato de seguro en 1991-1992. (M.P.G.R.).

**379. LOMBARDINI, C.: «Quelques considérations sur le crédit documentaire en droit suisse», BBTC, 1993, núm. 2, parte primera, págs. 171-241.**

Concepto de crédito documentario. Reglas aplicables. Papel de la banca emisora. Rigor documentario. Principio de autonomía del crédito documentario. (Aranda/Sierra).

**380. MANCUSO, G.: «Conti correnti cointestati e imposta sulle successioni», BBTC, 1993, núm. 1, parte primera, págs. 84-88.**

Análisis del artículo 11 del decreto legislativo de 31 de octubre de 1990, núm. 347 sobre la cuota correspondiente a cada heredero a pagar al fisco. (Aranda/Sierra).

**381. MARIANI, M.: «Sull'interpretazione dell'art. 1 l. 26 maggio 1976 núm. 215, sulla deroga all'art. 2112 c.c. in caso di cessione di azienda — osservazione a Cass., sez. un., 8 agosto 1991, n. 8640», GC, 1992, núm. 11, págs. I, 2824-2826. (Aranda/Sierra).**

**382. MAYR, C.E.:** «Osservazione a Cass. 13 maggio 1991, núm. 5325, in tema di incasso di assegni bancarii», *BBTC*, 1993, núm. 3, parte segunda, págs. 276-278. (Aranda/Sierra).

**383. MOURRE, Alexis:** «La compétence juridictionnelle dans les litiges relatifs à la rupture d'un contrat de concession exclusive», *GP*, núm. 341-343 de 1992, *Doctrine*, págs. 2-9.

El autor lamenta la tendencia jurisprudencial a interpretar el artículo 5-1 del Convenio de Bruselas de modo que el concesionario francés pueda siempre acudir a los tribunales franceses, en el caso que el concedente extranjero proceda a resolver el contrato de concesión. El medio utilizado consiste en entender que el citado convenio declara competentes a los tribunales del lugar donde la obligación característica del contrato de concesión ha de ejecutarse, pese a que la interpretación de la norma de conflicto llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resuelva el problema atendiendo a la obligación cuyo incumplimiento se invoque. (L.M.L.F.).

**384. NICOLOSI, L.:** «Diritto di esclusiva sulle operazioni portuali: incompatibilità con la normativa del Trattato C.e.e. — nota a C. Giust. C.e.e. 10 dicembre 1991 (in causa C-179/90)», *GC*, 1992, núm. 10, págs. I, 2291-2296. (Aranda/Sierra).

**385. PITTALIS, M.:** «Forfaiting», *CI*, 1992, núm. 3, págs. 1418-1456.

Descripción del contrato. Fases y programa. Causa de la cesión. El giro cambiario. El forfaiting y el descuento bancario. Relaciones con el factoring. (Aranda/Sierra).

**386. PONTIROLLI, L.:** «Prima considerazioni sulle Uniforms Rules for Demand Guarantees della Camera di Comercio internazionale», *BBTC*, 1993, núm. 3, parte primera, págs. 377-397.

Evolución del Uniforms Rules for Contractual Guarantes de 1978 a la Uniform Rules form Demand Guarantees de 1991. Nueva regulación. Análisis legislativo. (Aranda/Sierra).

**387. PRÄVE, P.:** «Einführung eines versicherungsaufsichtsbehördlichen Klagerechts in das AGB-Gesetz?», *NJW*, 1993, págs. 970-974.

La modificación del mercado de seguros que entrañará el desarrollo de las Directivas comunitarias sobre seguros de vida y seguros distintos del de vida (1992) hace que el autor retome la idea, adelantada ya por la doctrina de los años 70, de prever una acción en manos de las autoridades competentes en materia de seguros

a modo de las previstas en la AGB-G, lo que entrañaría una modificación de esta ley, junto con otras disposiciones de la ZPO y de la GVG. (M.P.G.R.).

**388. RETZER, K.: «Verfassungsmäßigkeit des § 89 b Abs. 3 Nr. 1 HGB?», BB, 1993, págs. 668-672.**

El autor se cuestiona la constitucionalidad del precepto señalado, en relación con la extinción del derecho de compensación por desestimiento unilateral del agente comercial. (M.P.G.R.).

**389. SANDRI, S.: «Ipotesi di un modello di analisi del valore commerciale di un brevetto in sede di trasferimento», CI, 1992, núm. 3, págs. 1169-1180.**

Los criterios de análisis TEV. La oportunidad del mercado. Los factores estratégicos Hin's. Representación gráfica del procedimiento decisorio de la transmisión. (Aranda/Sierra).

**390. SANTARSIERE, V.: «Principi in materia di locazione delle cassette di sicurezza — nota a Cass. 7 maggio 1992 núm. 5421», GC, 1992, núm. 11, págs. I, 2680-2683. (Aranda/Sierra).**

**391. SANTONI, G.: «Fideiussione omnibus ed eredi del fideiussore», BBTC, 1993, núm. 1, parte primera, págs. 15-48.**

Cuestiones interpretativas sobre la muerte del fiador. Derechos de la banca garantizada frente a los herederos del fiador. Evolución e interpretación del artículo 1956 del Código civil. Solidaridad de los herederos del fiador. (Aranda/Sierra).

**392. SIEG, K.: «Die Zulässigkeit von Haftungsüberwälzungen unter Versicherungsaspekten», BB, 1993, págs. 149-154.**

El trabajo aborda los distintos supuestos habituales en el tráfico en los que se repercute cierto grado de responsabilidad al usuario o cliente. Se estudia la admisibilidad de tal repercusión en cesiones de uso (arrendamiento de locales, de aparatos eléctricos, barcos, leasing, etc.), así como en los riesgos que incorpora la indebida o fraudulenta utilización de determinados documentos tales como talonarios de cheques, tarjetas de crédito, tarjetas de clientes, etc., todo ello bajo la especial consideración de la AGB-G, en especial de su § 9. (M.P.G.R.).



**393. SPENA, A.: «Brevi note in tema di profili normativi dell'ente creditizio non autorizzato», BBTC, 1993, núm. 1, parte segunda, págs. 116-128.**

Comentario a la sentencia del Tribunal de Nápoles de 24 de enero de 1990 sobre eficacia probatoria del saldo de cuenta corriente. Asignación bancaria por banco no autorizado. (Aranda/Sierra).

**394. STASIO: «Osservazioni a Trib. Torino 31 marzo 1992, sul c.d. pegno di credito da mandato all'acquisto di titoli di Stato», BBTC, 1993, núm. 1, parte segunda, págs. 58-68.**

Notas a la sentencia citada con especial referencia a la prelación y efectos de la prenda bancaria. (Aranda/Sierra).

**395. TUCCI, G.: «Factoring», CI, 1992, núm. 3, págs. 1387-1417.**

Fuentes y disciplina del factoring. Configuración del contrato como contrato de servicio. Relación factoring y ley de 21 de febrero de 1991, núm. 52. Valor de la nueva regulación del contrato de cesión de créditos de la empresa. Oponibilidad de la cesión a los terceros y al deudor cedido. Consecuencias de la nueva disciplina. (Aranda/Sierra).

## 5. DERECHO CAMBIARIO

**396. GIANNELLI, G.: «Consegna di un libretto di risparmio al portatore e astrattezza del trasferimento», BBTC, 1993, núm. 2, parte segunda, págs. 164-173.**

Comentario a la sentencia de la corte de casación de 5 de julio de 1990, núm. 7075 sobre efectos de la entrega de una libreta de ahorros al portador. (Aranda/Sierra).

**397. TONELLI, E.: «L'offerta al pubblico di swap e l'attività di intermediazione mobiliare», BBTC, 1993, núm. 3, parte primera, págs. 342-347.**

El swap como valor mobiliario. Concepto de valor mobiliario en la ley 1/91. (Aranda/Sierra).

## 6. DERECHO CONCURSAL

398. LO CASCIO, G.: «La competenza del tribunale fallimentare — nota a Cass. 4 marzo 1992, núm. 2590», GC, 1992, núm. 5, págs. I, 1202-1205.

La corte de casación se centra en el estudio de la competencia y vis atractiva en materia de quiebra. La acción de reintegración de la posesión de un inmueble. (Aranda/Sierra).

399. LO CASCIO, G.: «Il provvedimento di sospensione e di revoca dell'aggiudicazione dei beni del fallimento — nota a Cass. 4 febbraio 1992, núm. 1209», GC, 1992, núm. 6, págs. I-1487 y ss. (Aranda/Sierra).

400. LO CASCIO, G.: «Concordato fallimentare con assunzione: modifiche allo schema normativo degli effetti — nota a Cass. 29 aprile 1992 núm. 5147», GC, 1992, núm. 7-8, págs. I-1709 y ss. (Aranda/Sierra).

401. LO CASCIO, G.: «Sul sistema di difesa endofallimentare e sul reclamo alla Corte d'appello avverso i decreti del tribunale — nota a App. Roma 16 aprile 1992 (decr.)», GC, 1992, núm. 10, págs. I, 2555-2557. (Aranda/Sierra).

402. LO CASCIO, G.: «Ancora sull'opponibilità della scrittura privata in sede di accertamento del passivo del fallimento — nota a Cass. 5 maggio 1992, núm. 5294 e Cass. 23 aprile 1992 núm. 4904», GC, 1992, núm. 11, págs. I-2696-2698. (Aranda/Sierra).

403. LO CASCIO, G.: «Sulla revocatoria fallimentare delle vendite forzate», GC, 1992, núm. 12, págs. I, 3046-3048.

Comentario a la sentencia de la Corte de casación de 5 de mayo de 1992, núm. 5299 sobre la aplicación del artículo 67 de la ley de quiebra. (Aranda/Sierra).

404. CATALOZZI, P.: «Azione revocatoria fallimentare — nota a Cass. 22 marzo 1991, núm. 3110», GC, 1992, núm. 10, págs. I, 2539-2544. (Aranda/Sierra).

405. DERRIDA, Fernand: «A propos des plans de cession de l'entreprise: Dévolement...», RDS, núm. 40 de 1992, Chroniques, págs. 301-302.

Al hilo de la sentencia del tribunal de apelación de París, de 23 de julio de 1992, el autor desarrolla diversos aspectos relativos a la utilización del exceso de

poder como criterio para controlar las resoluciones aprobatorias de un plan de cesión de empresas. (L.M.L.F.).

406. DIDONE, A.: «Impugnabilità di provvedimenti in tema di concordato preventivo-osservazione a Cass. 26 febbraio 1992, núm. 2342», GC, 1992, núm. 7-8, págs. I-1743 y ss. (Aranda/Sierra).

407. DIDONE, A.: «Effeti dell'omologazione del concordato fallimentare sulle azione in corso promosse dal curatore — osservazione a Cass. 30 gennaio 1992, núm. 951», GC, 1992, núm. 1992, núm. 7-8, págs. I-1772 y ss. (Aranda/Sierra).

408. DIDONE, A.: «Sulla prededucibilità dei crediti sorti durante l'amministrazione controllata nel fallimento consecutivo — osservazione a Cass. 22 ottobre 1991 núm. 11208», GC, 1992, núm. 6, págs. I-1519 y ss. (Aranda/Sierra).

409. DIDONE, A.: «Esecuzione per la riscossione del credito fondiario e concordato preventivo — nota a Cass. 7 novembre 1991 núm. 11879», GC, 1992, núm. 5, págs. I-1281 y ss. (Aranda/Sierra).

410. DIDONE, A.: «Sull'applicabilità dell'art. 2917 c.c. nel caso di scadenza del termine di prescrizione dell'azione cartolare dopo l'apertura del fallimento — osservazione a Cass. 21 ottobre 1991, núm. 11127», GC, 1992, núm. 9, págs. I, 2161-2162. (Aranda/Sierra).

411. FRONTONI, P.: «Illegittimità costituzionale del fallimento fiscale — nota a C. cost. 9 marzo 1992, núm. 89», GC, 1992, núm. 9, págs. I, 2011-2013. (Aranda/Sierra).

412. GALANTI, E.: «Crisi degli enti creditizi e partecipazione al procedimento: una pronuncia del giudice amministrativo», BBTC, 1993, núm. 2, parte segunda, págs. 185-190.

Comentario a la sentencia del Tribunal Administrativo regional de la Puglia, sección Lecce, de 18 de agosto de 1992, núm. 282 sobre administración extraordinaria de entes crediticios por graves irregularidades. (Aranda/Sierra).

413. GLIOZZI, E.: «La'impresa», RTDPC, 1992, núm. 4, págs. 1413-1421.

La corte constitucional y la quiebra de la sociedad comercial de pequeñas decisiones. La corte constitucional y la quiebra de la sociedad artesana. (Aranda/Sierra).

**414. DI MAURO, N.:** «In tema di cessione di credito già ammesso al passivo fallimentare — nota a Cass. 4 dicembre 1991, núm. 12999», GC, 1992, núm. 5, págs. I, 1245-1248.

La inclusión del cesionario del crédito en el pasivo de la quiebra. Demanda de reclamación tardía. (Aranda/Sierra).

**415. PAPE, G.:** «Unzulässige Konkursanträge aufgrund vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel?», NJW, 1993, págs. 297-302.

¿La solicitud ilícita de quiebra, funda un título de ejecución provisional? Una contribución sobre los requisitos de la responsabilidad por la confianza y la comprobación de los fundamentos de la quiebra. (M.P.G.R.).

**416. PIPITONE, M.:** «Fallimento del socio di banca Popolare, liquidazione della quota e compensazione legale», BBTC, 1993, núm. 3, parte segunda, págs. 296-301.

Notas a la sentencia de la corte de apelación de Venecia de 12 de julio de 1991 y Corte de apelación de Bari de 9 de julio de 1991 sobre efectos de la quiebra respecto a los acreedores. Cuestiones sobre la admisión de la compensación. (Aranda/Sierra).

**ABREVIATURAS**

Acp:	Archiv für die civilistische Praxis.
Archiv. Giur.:	Archivio Giuridico.
B.B.:	Betriebs Berater.
B.B.T.C.	Banca, Borsa e Titoli di credito.
C.I.:	Contratto e Impresa.
D.F.P.	Il Diritto di famiglia e delle persone.
Dir. Aut.:	Il Diritto di Autore.
F.I.:	Il Foro Italiano.
G.C.:	Giustizia Civile.
G.P.:	Gazette du Palais.
J.Z.:	Juristen Zeitung.
L.C.:	Loyers et Copropriété.
L.G.C.C.:	La nuova Giurisprudenza Civile Commentata.
N.L.C.C.:	La nuove leggi civili commentate.
N.J.W.:	Neue Juristische Wochenschrift.
R.D.I.:	Revue de Droit Immobilier.
R.D.S.:	Recueil Dalloz-Sirey.
Rev. Soc.:	Revue des Sociétés.
R.I.D.C.:	Revue Internationale de Droit Comparé.
R.T.D.C.:	Revue Trimestrielle de Droit Civil.
S.J.:	La Semaine Juridique.
Z.H.R.:	Zeitschrift für das gesante Handels und Wirtschaftsrecht.

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## II. SENTENCIAS

A cargo de: Encarna ROCA TRIAS  
Colaboran: Ramón CASAS VALLES  
Isabel MIRALLES GONZÁLEZ

**1. STC 2/92, de 13 de enero, BOE de 13 de febrero. RA. Ponente: Rodríguez Bereijo. Estimado. Conceptos: Igualdad y matrimonio. Seguridad social. Preceptos de referencia: Art. 14 CE.**

El art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción original (cfr. actualmente DA 11.<sup>a</sup> de la Ley 5/90), *dificulta* la afiliación de determinados parientes de un empresario «ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo» e *impide* radicalmente la del cónyuge y la de los hijos sometidos a patria potestad.

La recurrente en amparo fue dada de baja por Acuerdo de la Tesorería General de la Seguridad Social, por haber contraído matrimonio con el titular de la empresa en la que trabajaba, en aplicación del precepto citado. El TC otorga el amparo con el siguiente razonamiento: «El artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social implica una diferencia de trato de situaciones aparentemente iguales. En su virtud, un trabajador por cuenta ajena —como puede llegar a serlo el cónyuge a tenor del artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores— recibirá *un tratamiento distinto* en materia de Seguridad Social que el resto de los trabajadores *en razón única y exclusivamente del vínculo matrimonial* [...]. Si como señala el INSS, la finalidad del precepto es evitar el «alta indiferenciada» al objeto de impedir «situaciones fraudulentas de compra de pensiones», es claro que el artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social introduce una medida que la excede ampliamente. Tal finalidad puede justificar la exigencia de determinada actividad probatoria por parte del interesado en la inclusión [...] pero nunca la radical y absoluta expulsión del sistema de quien resulta ser

un trabajador subordinado» (FJ. 4). Para un problema semejante (trabajo doméstico de parientes), vid. *infra* STC 59/92.

**2. STC 6/92, de 13 de enero, BOE de 13 de febrero. RA. Ponente: García-Mon. Estimado. Conceptos: Tutela judicial efectiva. Ejecución de hipoteca y arrendamiento posterior. Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE y 131 LH.**

La cuestión que se plantea es la siguiente: determinar si la recurrente —titular de un arrendamiento con derecho a prórroga, concertado con posterioridad a la hipoteca de la finca— ha sufrido una injusta indefensión, al ordenarse su desalojo sin habersele permitido comparecer en el procedimiento de ejecución hipotecaria del art 131 LH.

Se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial, ya que la recurrente resulta obligada —en virtud de un proceso en el que no pudo ser parte y sin previa posibilidad de defensa y contradicción en juicio— al desalojo del piso que ocupa, negándosele el derecho a permanecer en la posesión civil arrendaticia que ostenta, según contrato no resuelto concertado al amparo de la LAU.

De acuerdo con el TC, no se trata en este proceso de amparo «de terciar en la cuestión, *que corresponde dirimir a la jurisdicción ordinaria*, de saber si la ejecución hipotecaria extingue el arrendamiento que se concertó con posterioridad a la constitución del derecho real de hipoteca o si, por el contrario, la relación arrendaticia es compatible y mantiene su eficacia frente al adjudicatario de la finca en razón a la protección que le otorga la legislación especial que regula tales contratos [...]. Lo que corresponde a este Tribunal es la *tutela del derecho fundamental de quien, sin poder defender sus derechos en un procedimiento en el que no está expresamente prevista su intervención*, resulta gravemente perjudicado al verse despojado, sin posibilidad de contradicción, de un derecho nacido de una relación contractual que merece una protección específica» (FJ.6).

A partir de esta premisa, la conclusión es clara: «Si [la recurrente] no fue parte en un proceso y no mereció en él una respuesta fundada en Derecho, adoptada con contradicción y demás garantías legales, *no puede ser lanzada de la vivienda que ocupa sin infringirse abiertamente su derecho a la defensa* que, como derecho fundamental, otorga en todo caso el art. 24.1 de la Constitución» (FJ.7)

Como se ve, el TC intenta mantenerse al margen de la cuestión civil de fondo (si el arrendamiento posterior a la hipoteca debe mantenerse o no al ejecutarla), pero parece reforzar las tesis de la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se inclina por realzar la fuerza del vínculo arrendaticio (SSTS de 9 de junio de 1990, 23 de febrero de 1991 y 6 de mayo de 1991). Puede verse una reseña crítica, en C. Lasarte, *Hipoteca, arrendamiento urbano posterior y ejecución hipotecaria*, ed. Tecnos, 1992. Cabe observar que el decaído Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos (BOCG, 30-12-92, núm. 123-1) resolvía la cuestión manteniendo el contrato durante el período inicial de cuatro años y previendo su extinción en caso de ejecución posterior (art. 9.2 Pr.)

**3. STC 12/92, de 27 de enero, BOE de 13 de febrero. RA. Ponente: Díaz Eimil. Estimado. Conceptos: Tutela judicial efectiva. Medios de pago: consignación mediante cheque. Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE y 1170 CC.**

La solicitante de amparo presentó, el último día del plazo, demanda de retracto de comuneros contra el arrendatario adquirente de determinadas fincas, efectuando la consignación del importe mediante cheque conformado por entidad bancaria. El órgano judicial admitió la demanda y ordenó el ingreso de la cantidad consignada en la cuenta correspondiente al día siguiente, en el que fue cobrado y hecho efectivo por el Juzgado. Apelada la sentencia, la Audiencia consideró, en aplicación del artículo 1.170 del Código Civil, que la entrega del cheque no pudo equipararse a la consignación del precio, pues era precisa moneda líquida o efectivo para que produjera los efectos liberatorios del pago, por lo que si bien la demanda fue presentada dentro de plazo, no así la consignación del precio y los gastos, por lo que declaró extemporánea la acción de retracto.

El TC considera que la interpretación dada por la Audiencia al art. 1.618.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil fue excesivamente formalista, rigurosa y desproporcionada ya que «la consignación efectuada por cheque conformado *cumplió su finalidad legal* en condiciones esencialmente iguales o semejantes a como la hubiese cumplido la entrega en metálico [...] y además cumplió esa finalidad en condiciones de mayor seguridad y facilidad, siguiendo *usos más adecuados al tráfico dinerario* de los tiempos actuales [...]. Por otro lado, no existe dato alguno, sino todo lo contrario, de que la forma de la consignación fuera debida a mala fe, negligencia o propósito de incumplir o dilatar la garantía...» (FJ.6). En este sentido ya se había pronunciado el TC en la sentencia 62/89 (vid. esta misma sección en ADC, 1990, p. 252).

**4. STC 14/92, de 10 de febrero (Pleno), BOE de 3 de marzo de 1993. CCII. Ponente: Leguina Villa (voto discrepante de De la Vega). Constitucionalidad del art 1435, párrafo 4.º, primera frase, LEC. Conceptos: Pacto de liquidez en favor de entidades de crédito, ahorro y financiación. Indefensión (prueba de las obligaciones, embargo preventivo y excepciones oponibles). Igualdad (privilegios de determinados acreedores). Defensa de los consumidores (concepto de consumidor: legal y constitucional). Preceptos de referencia: Arts 14, 24 y 51 CE.**

La Sentencia resuelve un buen número de Cuestiones acumuladas, planteadas desde diversos Juzgados y Audiencias de España. En ellas se denunciaba la inconstitucionalidad del art 1435 pfo. 4.º LEC (redacción dada por la Ley 34/84), en la parte relativa al llamado «pacto de liquidez», con el cual se consigue la ejecutividad de los contratos mercantiles aludidos en el art 1429 6.º LEC:

*«Si en los contratos mercantiles otorgados por Entidades de crédito ahorro y financiación en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el núm. 6 del art 1429 de esta Ley se hubiere*



*convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor».*

Las razones alegadas, no siempre coincidentes, podrían sintetizarse en cuatro ideas. *Primera*: El pacto de liquidez hace soportar al deudor la carga de una prueba muy difícil, si no imposible (arts. 24 y 14 CE). *Segunda*: La norma, al otorgar un privilegio solo a ciertos acreedores (las entidades de crédito) y no a todos, infringe el principio de igualdad (art. 14 CE). *Tercera*: La forma en que se despacha el embargo (*inaudita parte debitoris*) y las limitadas posibilidades de debate determinan la indefensión del deudor (art. 24 CE). *Cuarta*: El «pacto de liquidez» es una cláusula contraria al principio de defensa de los consumidores (art. 51 CE).

La doctrina del TC es la siguiente:

1.º *Pacto de liquidez y prueba: ¿Indefensión?*.—El llamado pacto de liquidez «no determina en modo alguno las desmesuradas consecuencias probatorias que dan por supuestas los órganos judiciales que cuestionan su constitucionalidad» (FJ 2). Como señala la Sentencia, el precepto no limita las facultades para decidir el recibimiento a prueba, ni los medios de ésta ni, en fin, su valoración. La norma «no dispone que la certificación expedida por la Entidad acreedora [...] sea tenida por verdadera, sino que se limita a declarar que la cantidad exigible [...] «se tendrá por líquida» (FJ 2). «Nada hay en el precepto [...] que excepcione la aplicación de las reglas generales sobre prueba de las obligaciones, incluidas las que reparten la carga de la prueba a partir del art. 1214 CC o las que especifican el valor y fuerza probatoria que despliegan los documentos privados, tanto en general (art 1228 CC), como en relación con los libros y documentos contables de los empresarios». Tampoco se «restringe la potestad judicial para recibir el pleito a prueba», ni se «merman las facultades del Juez para valorar las pruebas practicadas»: «Si el cliente de la entidad niega con un mínimo de seriedad o verosimilitud la cuantía de la suma reclamada o incluso la existencia o la exigibilidad de la deuda, ni el art 1435 ni ningún otro precepto obligan al juzgador a dar por probada la deuda reclamada» (FJ 2). En consecuencia, dice el TC, «la norma cuestionada no consagra un privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito, que contraría el art 14 CE, pues no invierte la carga de la prueba, ni otorga a la contabilidad de las mismas el carácter de documentos públicos. Y tampoco priva al deudor de un proceso con todas las garantías probatorias, ni lo sume en indefensión por exigirle una pretendida prueba diabólica o imposible, lo que, si ocurriera, sería sin duda contrario a los apdos 1 y 2 del art. 24 CE» (FJ 2).

Las cosas no cambian cuando el demandado no se persona y formula oposición, a pesar de que, en tal caso, los autos sean traídos sin más trámite a la vista del Juez para dictar sentencia. Esto mismo —observa el TC— sucede en todos aquellos procesos en los que, estando en discusión derechos disponibles, sus titu-

lares hacen dejación de los mismos o callan (*ficta confessio*, rebeldía...). Ciertamente, en tales situaciones la sentencia dictada puede ser estimatoria o desestimatoria. Pero, en el caso de las sentencias de remate en juicio ejecutivo, no se produce el efecto de cosa juzgada (art. 1479 LEC), por lo que siempre cabe un posterior declarativo con plenitud de pruebas. El TC —pero sin cambiar de opinión— sí admite los riesgos que pueden derivar de la brevedad del plazo de personación (tres días) y de la posibilidad de que la citación sea mediante edictos.

2.º *Pacto de liquidez y privilegios de determinados acreedores: ¿Discriminación?*.—El TC entiende que la desigualdad de trato está justificada y, en buena medida, compensada. Justificada, por «la importancia que reviste el buen funcionamiento de las Entidades de crédito para el conjunto de la economía, dada su posición central en los mecanismos de pago», así como por la «imperiosa necesidad de que estas Entidades mantengan la confianza del público y una solvencia acreditada [por lo que] los incumplimientos de sus deudores típicos tienen mucha mayor importancia que para otro tipo de Empresas» (FJ 5). Compensada, porque estas Entidades están sujetas «a una estrecha regulación y supervisión administrativa, mucho más intensas que las que soportan la mayor parte de los restantes sectores económicos» y porque «el art. 1435 LEC no facilita la ejecución de cualesquiera derechos de crédito», ya que exige «formas que garantizan su autenticidad» y se da «una situación de cuenta corriente entre las partes». Por tanto «no estamos ante un supuesto de trato jurídico especial que atienda sólo a rasgos subjetivos del acreedor» (FJ 5).

3.º *¿Inobservancia de los principios procesales determinante de indefensión?*.—Los proponentes de las Cuestiones denunciaban la indefensión por disminución de garantías procesales, centrándose sobre todo en dos extremos: el embargo *inaudita parte* y el hecho de que la sentencia se dicte a partir de una deuda unilateralmente declarada por la entidad de crédito y con unas posibilidades de oposición muy limitadas.

a) *El embargo preventivo*.—Según el TC el hecho de que el embargo se decrete *inaudita parte debitoris* no puede merecer reparo de inconstitucionalidad, «pues en sí misma considerada, la orden de embargo no es más que una medida cautelar, cuya emisión no requiere una plena certeza del derecho constitucionalmente protegido ni es forzoso tampoco que se oiga con antelación a quien la sufre (ATC 186/83)» (FJ 7). Por otra parte, «no cabe olvidar que la decisión de trabar los bienes del deudor se encuentra sujeta a dos garantías que impiden asimismo hablar de indefensión: En primer lugar, se requiere una apariencia de buen derecho acreditada documentalmente en un título ejecutivo [...]. En segundo lugar, el embargo es decretado por cuenta y riesgo de la Entidad financiera acreedora», con la consiguiente responsabilidad (FJ 7). Las observaciones que anteceden, añade el TC, «son también válidas para los supuestos en que el demandado no haya formulado oposición». Aun entonces, de oficio, habrá un control inicial de admisibilidad («nada resulta más alejado del texto legal que el despacho automático del mandamiento de ejecución y del consiguiente embargo», (FJ 8). Asimismo, «la ausencia del deudor en el procedimiento ejecutivo no impide tampoco el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por un embargo infundado» (FJ 8).

b) *La sentencia ejecutiva*.—A este respecto, señala el TC que «la limitación de los medios de oposición [...] no causa indefensión» pues «el abanico de excepciones y motivos de nulidad [...] es lo suficientemente amplio», pudiéndose «discutir con toda amplitud la liquidez de la cantidad reclamada, así como la eventual *plus petitio*», hasta el punto de que el régimen previsto en otras normas, como el art. 153 LH, resulta «sin duda más severo que el que suscita las presentes cuestiones de inconstitucionalidad» (FJ 9). Tampoco causan indefensión la inversión del contradictorio («el hecho de que la parte actora pueda [...] contestar a la oposición [...] es en todo conforme con el principio de contradicción», (FJ 9), ni la brevedad de los plazos ni, en fin, la eventual citación por edictos (vid. FFJJ 9 *in fine* y 10).

4.º *La defensa de los consumidores*.—Alegaban los órganos judiciales proponentes de las Cuestiones que el art. 1435 LEC contradice el principio de defensa de los consumidores. El TC empieza por excluir de esta crítica los ejecutivos instados contra empresas: «Elo es claro en *el plano de la Ley 26/84*, que limita su eficacia protectora a las personas, físicas o jurídicas, que utilizan o disfrutan los servicios bancarios como destinatarios finales; negando la condición legal de usuarios, en cambio, a quienes reciban los servicios de las entidades de crédito con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros (art. 1 LCU). *No lo es menos en el plano de la Constitución*, pues la protección pública de los derechos de los empresarios se encuadra más bien en otros preceptos (como p.e los arts. 38, 52 y 130) que en el art. 51.1» (FJ 12). Una vez centrada la cuestión, el TC rechaza que el art 1435 LEC sea contrario al art 51 CE: «Sólo un entendimiento desviado de la nueva redacción del art 1435 LEC -que con toda evidencia ha aumentado las garantías del deudor respecto de las que tenía en la situación anterior- podría llegar a considerarlo contradictorio con las normas establecidas por la LCU» (FJ 12). A destacar —por las consecuencias prácticas que puede tener— la llamada de atención del TC acerca del posible control judicial de la conformidad con la LCU de las cláusulas en las que se concrete el pacto de liquidez, con la consiguiente posibilidad de denegar el despacho de la ejecución o el remate o decidir la anulación del juicio (FJ 12).

La anterior doctrina viene reiterada —por simple remisión— por la posterior STC 26/92 (asimismo con voto discrepante de De la Vega), que conoció de otras Cuestiones de inconstitucionalidad semejantes. Puede verse asimismo la STC 47/92, recaída en recurso de amparo.

**5. STC 20/92, de 14 de febrero, BOE de 17 de marzo. RA. Ponente: Tomás y Valiente. Desestimado. Conceptos: Información y derecho a la intimidad: la veracidad. Identificación indirecta pero inequívoca. *Quantum* indemnizatorio, tutela judicial e igualdad. Solidaridad, legitimación pasiva y tutela judicial. Preceptos de referencia: Arts. 18.1, 20.1.a), 14 y 24.1 CE.**

En el diario de información general «Baleares», sección de sucesos, se publicó sin firmar el siguiente suelto: «Un arquitecto palmesano con SIDA. El cuarto caso que se produce en Mallorca del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida

lo padece un arquitecto palmesano, quien convivía desde hace algún tiempo con otro compañero de profesión, catalán. Al parecer, el enfermo es L.V., de treinta y nueve años de edad. Los facultativos están efectuando distintas pruebas al compañero de vivienda del enfermo para comprobar si éste también padece el síndrome».

Los dos aludidos ejercitaron la correspondiente acción sobre protección jurisdiccional de derechos fundamentales, por entender que la noticia había sobrepasado los límites de las libertades de expresión e información, en daño de su honor e intimidad. La demanda fue estimada, modificándose en apelación —al alza— la cuantía de la indemnización. El TS desestimó el recurso de casación.

La Sociedad propietaria del diario y el director del medio, plantearon recurso de amparo por entender que las sentencias del Supremo y de la Audiencia habían violado los arts. 24, 14 y 20.1.a) y d) («no se había valorado la veracidad insita en la afirmación, la absoluta asepsia informativa y su interés público»).

1.º *Tutela judicial, solidaridad y legitimación pasiva*: Se alegaba violación del art 24 por no haber sido demandado el periodista autor de la información. Al margen de la ausencia de firma, el TC entiende que la calificación de la responsabilidad ex LO 1/82 como solidaria —y la consiguiente posibilidad de demandar solo a uno o varios de los responsables— es una cuestión de legalidad que compete a la jurisdicción ordinaria.

2.º *Cuantía de la indemnización tutela judicial e igualdad*: Alegaban los recurrentes la violación de los arts. 24 y 14 porque —decían— la indemnización era muy elevada, señalando otros casos en los que había sido más moderada. El TC niega la posibilidad de discutir en amparo el *quantum* de la indemnización, si bien deja una puerta abierta —en aplicación del art 24 CE— cuando sea «manifiestamente irrazonable o desproporcionada» (FJ 1). En cuanto a la pretendida discriminación en relación con casos semejantes, el TC observa que se trataba de asuntos distintos, «como por definición lo son todos aquellos en los que se examinan las circunstancias fácticas de una actuación para determinar, a la vista de sus efectos concretos, la indemnización» (FJ 1).

3.º *Información veracidad e intimidad*: El TC considera que «no es primordial para resolver este recurso, [...] la cuestión de si la noticia fue, en este caso, veraz o no, pues la intimidad que la Constitución protege, y cuya garantía civil articula la repetida Ley Orgánica 1/1982, no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas «a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre» (art. 7.3 de dicha Ley Orgánica), [...] ya que *tratándose de la intimidad la veracidad no es paliativo sino presupuesto, en todo caso, de la lesión*. [...]. La libertad de información es, sin duda, un derecho al que la Constitución dispensa, junto a otros de su misma dignidad, la máxima protección [...]. Pero cuando tal libertad se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y, en este caso, la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima [...] que lo informado resulte de interés público (STC 171/90, FJ.5, por todas), pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la afirmación que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conoci-

miento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad [...]. La intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 CE) y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental (art. 10.1) [...] la preservación de ese reducto de inmunidad solo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y por su valor, al ámbito de lo público, no coincidente, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena» (FJ.3). Esta doctrina se completa con las siguientes observaciones de interés: 1.<sup>ª</sup>) Tan inequívoca puede ser una identificación directa como indirecta (arquitecto, catalán, que convive con...). 2.<sup>ª</sup>) No es lo mismo informar sobre el SIDA -un tema de interés general- que señalar a quienes lo padecen. 3.<sup>ª</sup>) Contra lo que quizá cabría deducir del párrafo transcrito, la intimidad no solo se tutela contra informaciones veraces indiscretas sino también contra las supuestas («...difusión periodística de datos, reales o *supuestos*, de su vida privada...», FJ 3); en otras palabras: nadie tiene por qué verse obligado a revelar su intimidad para salir al paso de afirmaciones inveraces.

**6. STC 22/92, de 14 de febrero, BOE de 17 de marzo. RA. Ponente: Leguina Villa. Desestimado. Conceptos: Tutela judicial efectiva. Citación a través de edictos Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE.**

El recurrente en amparo consideraba que una citación a través de edictos le había producido una situación de indefensión. El TC manifiesta a este respecto que «es bien conocido que la notificación por edictos, entendida como un remedio supletorio y excepcional, para cuando la notificación personal no sea posible por ignorarse el paradero del justiciable o su domicilio real, *no es incompatible con el artículo 24.1 de la Constitución* ni ha sido puesta en cuestión por este Tribunal (STC 68/1986, FJ.2) [...]. Este Tribunal ha dicho ya en la STC 151/1988, fundamento jurídico 2.<sup>º</sup>, que el deber que la Constitución impone a Jueces y Tribunales de promover la defensa *no les obliga en los casos en que resulte compleja la identificación, a llevar a cabo indagaciones ajenas a su función...*» (FJ.3).

La decisión dependerá por tanto de las concretas circunstancias del caso. En este sentido, la posterior STC 96/92 (domicilio conocido, telegrama en ausencia del destinatario y posterior citación por edictos) estimó el amparo con el siguiente razonamiento: «Resulta exigible al órgano judicial *una acción más positiva tendente a lograr el emplazamiento personal* de la recurrente. En este sentido es reprochable que no agotara otras posibilidades de comunicación, como la notificación por secretario o agente judicial, o una nueva expedición de cédula por correo, con entrega a alguna de las personas que relaciona el artículo 27 LPL... [vid. SSTC 48/86, 11/89, 48/90, entre otras muchas]» (FJ.4). En el mismo sentido STC 97/92.

**7. STC 28/92, de 9 de marzo, BOE de 10 de abril. RA. Ponente: De los Mozos. Desestimado. Conceptos: Salarios y discriminación por razón de sexo. Medidas de fomento de la igualdad Preceptos de referencia: Art. 14 CE.**

El problema surge por el disfrute de un plus de transporte nocturno, previsto sólo para las trabajadoras de determinada empresa. El TC lo aborda con el siguiente planteamiento: «El artículo 14 CE persigue la interdicción de determinadas diferencias contrarias a la dignidad de la persona, entre las que se encuentra la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo (STC 19/1989), lo que impide, en principio, considerar al sexo como criterio de diferenciación en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo [...] este Tribunal ha entendido que la referencia al sexo en el artículo 14 CE implica también la decisión constitucional de acabar con *una histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer* también en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, por lo que *son constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tiendan a compensar una desigualdad real de partida*, [...]. Por eso como ha dicho la STC 216/1991 no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes (públicos) emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada la situación de desigualdad sustancial (FJ.5). [...] Ha de *valorarse*, en consecuencia, si la norma convencional es una norma «*protectora*», que responde a una consideración no igual de la mujer como trabajadora y que, por ello, sería *constitucionalmente ilegítima o, al contrario es una medida tendente a compensar una desigualdad de partida* y que trata de lograr *una igualdad efectiva* de acceso y mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón» (FJ.3).

**8. STC 29/92, de 9 de marzo, BOE de 10 de abril. RA. Ponente: Rodríguez-Piñero. Desestimado. Conceptos: Parejas de hecho y pensión de viudedad. Igualdad. Preceptos de referencia: Art. 14 CE.**

Reitera esta sentencia la doctrina que admite la constitucionalidad del desigual trato dispensado por la Ley a matrimonios y parejas de hecho en relación con la pensión de viudedad. En este sentido se habrían pronunciado ya la STC 184/90 (vid. esta misma sección en ADC, 1991, p. 903) y, siguiéndola, las SSTC 22, 30, 31, 35, 38 y 77, todas ellas de 1991 (vid. en ADC, 1992, p. 1263). Resulta inevitable la comparación con el criterio sustentado por la STC 222/92, que declara inconstitucional el art 58.1 LAU, en beneficio de las parejas no casadas (vid. esta reseña *infra*).

**9. STC 40/92, de 30 de marzo, BOE de 6 de mayo. RA. Ponente: Rodríguez Bereijo. Desestimado. Conceptos: Honor y prestigio profesional: la distinción entre pericia técnica y probidad. Veracidad de la información. La**

**rectificación y su alcance reparador. Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1.d) CE.**

En un programa informativo sobre el estado y el funcionamiento de la Administración de Justicia emitido por Televisión Española S.A. en 1986, uno de los entrevistados proporcionó una información veraz —se había procesado por estafa a un abogado, del que se daba el nombre— pero omitió señalar —y TV tampoco lo comprobó— que la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia dictada en diciembre de 1984, le había absuelto. El implicado, dirigió a TV una carta de rectificación al amparo de la LO 2/1984 que fue mencionada en uno de los Telediaros. Días después el recurrente interpuso una demanda en defensa de su honor, que fracasó ante el TS.

Prevía identificación del conflicto (honor contra información), el TC se centra en dos cuestiones:

1.<sup>a</sup> *La veracidad de la información*: En este caso, la falta de veracidad lo sería por omisión. Pero «es preciso advertir que la regla constitucional de la veracidad de la información no va dirigida tanto a la exigencia de total exactitud en la información, cuanto a negar la garantía o protección constitucional a “quienes, defraudando el derecho de todos a recibir una información veraz, actúan con menoscabo de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones (SSTC 171/1990, FJ.3.º)”» (FJ.2).

2.<sup>o</sup> *La relación entre honor y prestigio profesional*: «No son necesariamente lo mismo, desde la perspectiva de la protección constitucional, el honor de la persona y su prestigio profesional, distinción que, pese a sus contornos no siempre fáciles de deslindar en los casos de la vida real, no permite confundir, sin embargo, lo que constituye simple *crítica a la pericia de un profesional* en el ejercicio de una actividad, con un atentado o *lesión a su honor y honorabilidad personal*. Pero ello no puede llevarnos a negar rotundamente [...], que la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona puedan ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando excedan de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace esa divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona» (FJ3). Sobre la cuestión de la relación entre honor y prestigio profesional vid. *infra*, en esta misma reseña, la STC 223/92.

**10. STC 51/92, de 2 de abril, BOE de 6 de mayo. RA. Ponente: López Guerra. Desestimado. Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Admisión de recursos. Formalismos legales. Preceptos de referencia: Arts. 24.1 CE, 148.2 LAU y 1566 LEC.**

Los hechos, en resumen, son los siguientes. Por haber realizado unas obras incontestadas la arrendataria es condenada a desalojar la vivienda. Plantea entonces la apelación que le es desestimada ya que, por días, no está al corriente del

pago de las rentas. El recurso de amparo se plantea por considerar la recurrente que la sentencia tiene un «contenido excesivamente riguroso y formalista». El TC considera que antes de inadmitir el recurso hay que interpretar de acuerdo con la Constitución el precepto de la LAU. «En este sentido [...] *ha de distinguirse entre el hecho del pago o consignación previa al recurso de la acreditación de ese pago o consignación*. Esta acreditación constituye un simple requisito formal, cuya omisión debe permitir al Juez que sea subsanada. Pero tal no es el caso con respecto del mismo hecho del pago o consignación. En efecto, éste no constituye un requisito formal, sino que viene a cumplir una finalidad cautelar y de legítima salvaguarda de los intereses del arrendador y se configura, por tanto, según lo previsto en el artículo 148.2 LAU [...], como un requisito esencial para el acceso al recurso. La exigencia, por tanto, para la admisibilidad del recurso y la emisión de una resolución sobre el fondo del mismo, de que efectivamente ese pago o consignación se haya efectuado, no resulta un formalismo desproporcionado, sino una vía razonable y adecuada para garantizar los intereses del arrendador» (FJ.2).

Del mismo problema —interpretación de los arts 148.2 LAU y 1566 LEC en función del art 24 CE (derecho al recurso)— se ocupan las SSTC 31/92 (FJ 4), 87/92 (FJ 3) y 115/92 (FJ 2). De todas ellas se desprende la siguiente doctrina. *Primero*: La exigencia del pago o consignación para recurrir es conforme al art 24 CE, pues con ella se trata de evitar que el arrendatario se valga del pleito para dejar de satisfacer la renta durante su tramitación. *Segundo*: No obstante, al interpretar y aplicar la norma, los Tribunales están obligados a hacerlo en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial, evitando formalismos contrarios a su espíritu y finalidad. *Tercero*: Ello obliga a los órganos judiciales a ponderar la entidad real del vicio en relación con la sanción (cierre del proceso) y, además, a permitir, en la medida de lo posible, su subsanación. *Cuarto*: En el caso concreto del art 148.2 LAU, una interpretación teleológica y finalista obliga a distinguir entre el hecho del pago o consignación previa al recurso y su acreditación (la prueba de que el pago o consignación se ha realizado es un simple requisito formal, susceptible de subsanación; no en cambio, el hecho del pago o consignación en sí).

**11. STC 59/92, de 23 de abril, BOE de 13 de mayo. RA. Ponente: Gabaldón López. Estimado. Conceptos: Igualdad. Seguridad social y parentesco. Preceptos de referencia: Art. 14 y 16.3 CE.**

El TC reitera que «aunque el vínculo de parentesco entre el titular del hogar familiar y el empleado doméstico pueda justificar diferencias de tratamiento en materia de afiliación y alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social, no permite justificar toda diferencia, sino sólo aquella que resulte razonable a la luz del conjunto del ordenamiento, y como quiera que éste genera normalmente sólo una presunción *iuris tantum* de que el pariente no es trabajador [art. 1.3.e) del ET; 2.1.b) del Real Decreto 1424/1985 y 7.2 de la LGSS, tanto en su antigua como en su actual redacción], en el Régimen Especial doméstico tal circunstancia sólo podrá ser tenida en cuenta a estos efectos, so pena de incurrir en discriminación, por



una circunstancia personal contraria al artículo 14 CE». Vid. *supra* STC 2/92 (seguridad social, igualdad y matrimonio).

**12. STC 76/92, de 14 de mayo (Pleno), BOE de 16 de junio de 1993. CCII. Ponente: García-Mon (voto discrepante de López Guerra). Inconstitucionalidad del art 130 de la Ley General Tributaria (en la redacción dada por la Ley de Presupuestos generales para 1988). Conceptos: Naturaleza y contenido de la Ley de Presupuestos. Preceptos de referencia: Art 9.3 y 134 CE.**

La Sentencia resuelve las Cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por sendos Juzgados llamados a autorizar la entrada en domicilios de ciudadanos. Los preceptos afectados fueron los arts 87.2 LOPJ (constitucional) y 130 LGT (inconstitucional). En esta segunda Cuestión, se suscita el problema de la naturaleza y contenido de la Ley de Presupuestos. El TC, tras una síntesis de su doctrina al respecto (cfr. FJ 4), afirma que, para incluir en ella materias que no constituyen su núcleo natural, es esencial que éstas guarden «una relación directa con los gastos e ingresos que constituyen estrictamente el Presupuesto o con los criterios de política económica general del que dicho Presupuesto es el instrumento (SSTC 63/86, FJ 4.º y STC 65/90, FJ 3.º)» (FJ 4). Y añade: «La inclusión injustificada de estas materias en la Ley anual de Presupuestos puede ser contraria a la Constitución por suponer una restricción ilegítima de las competencias del poder legislativo, al disminuir sus facultades de examen y enmienda sin base constitucional (STC 65/87, FJ 5.º) y por afectar al principio de seguridad jurídica, debido a la incertidumbre que una regulación de ese tipo origina (STC 65/90, FJ 3.º)» (FJ 4.º). Esta doctrina viene reiterada en la posterior STC 237/92, que resolvió los RRII interpuestos contra algunos preceptos de la Ley de Presupuestos para 1986.

**13. STC 85/92, de 8 de junio, BOE de 1 de julio. RA. Ponente: Díaz Eimil (voto particular de Rodríguez Bereijo). Estimado parcialmente. Conceptos: Derecho al honor. Desacato. Información y vejación innecesaria. ¿Desproporción de la sanción o inadecuada ponderación del conflicto? Preceptos de referencia: Arts. 18.1 y 20.1.a) y d) CE.**

La decisión tiene su origen en el amparo solicitado contra la sentencia que condenó a un periodista por un delito continuado de desacato con agravante de empleo de radiodifusión. El condenado había hecho, a lo largo de varios días, diversas alusiones a un Concejal de Palencia, con el que, por lo visto, había tenido un altercado personal.

El TC entiende que «cabe distinguir dos aspectos claramente diferenciables: el exclusivamente informativo, consistente en señalar al aquí demandado, Concejal del Ayuntamiento de Palencia, como uno de los autores de insultos proferidos contra el periodista con ocasión de un acto público, en imputarle haber traicionado a sus compañeros de candidatura y en afirmar que dicho Concejal, según declaraciones del Alcalde, ha sido el que ha amenazado de muerte a éste, y el exclusivamente valorativo, en el que se califica reiteradamente al referido Conce-

jal de “liliputiense” y “niño de primera comunión”» (FJ 5). En el primer caso, se trataría de lícito ejercicio de la libertad de información. En el segundo, por contra, de simples frases de descalificación, vejatorias y despectivas, carentes de cobertura constitucional y parte de «una persistente campaña de menosprecio» (FJ 5).

Sin embargo, el TC, coincidiendo con la sentencia de primera instancia, entiende que las expresiones del condenado «no merecen otra calificación que la de vejación injusta de carácter leve» (FJ 5), por lo que su sanción como desacato continuado sería excesiva. De este modo, recurriendo al «criterio de la proporcionalidad», se llega a la anulación de la sentencia recurrida.

De la Sentencia discrepa el voto particular, que se muestra disconforme con la utilización del principio de proporcionalidad para revisar la calificación jurídico-penal de los hechos, por el riesgo que ello implica de conducir al TC más allá de los límites de la jurisdicción de amparo. Según el Magistrado discrepante el recurso debió estimarse. Pero no porque, habiendo una ilícita lesión del honor, la sanción fuese desproporcionada (tesis de la mayoría), sino, simplemente, por no haberse producido aquélla: «las frases emitidas, aunque molestas y acaso desconectadas de la información de interés general, no lesionaron [...] el derecho al honor [...] hasta el punto de restringir o tener que sacrificar, en esa ponderación, la posición prevalente del derecho a la libertad de información».

**14. STC 93/92, de 11 de junio, BOE de 15 de julio. RA. Ponente: Tomás y Valiente. Estimado. Conceptos: Legalidad de las normas sancionadoras. Reglamento interno de Corporación. Preceptos de referencia: Art. 25.1 CE.**

El Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid impuso una sanción a una de sus colegiadas consistente en una amonestación pública por haber mantenido abierta la oficina de farmacia a pesar de que le correspondía cerrarla de acuerdo con el turno de vacaciones establecido por el Colegio.

El Reglamento del Colegio de Farmacéuticos de Madrid no ofrece un fundamento normativo suficiente para imponer sanciones, pues no forma parte de la «legislación» que, de acuerdo con el artículo 25.1 CE, puede justificar la imposición de un sanción administrativa.

«El principio de legalidad no somete el ordenamiento sancionador administrativo solamente a una reserva de ley. Conlleva igualmente una garantía de orden material y de alcance absoluto, que se traduce en la imperiosa exigencia de pre-determinación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes (STC 42/1987, fundamento jurídico 2.º). Esta garantía, que refleja la especial transcendencia del principio de seguridad en este ámbito limitativo de la libertad individual, cimentada en la regla general de licitud de lo no prohibido (STC 101/1988, fundamento jurídico 3.º), es desde luego incompatible con la criminalización de conductas por fuentes distintas de la Ley (STC 89/1983, fundamento jurídico 3.º). Por consiguiente, es evidente que tras la entrada en vigor de la Constitución (STC 15/1981, fundamento jurídico 7.º) no resulta admisible que se im-

pongan sanciones públicas a causa de la realización de conductas que no han sido prohibidas por una disposición legal» (FJ. 7).

**15. STC 95/92, de 11 de junio, BOE de 15 de julio. RA. Ponente: De La Vega Benayas. Estimado. Conceptos: La retroactividad y sus límites: normas sancionadoras. Preceptos de referencia: Art. 25.1 CE.**

«El artículo 25.1 de la CE, visto desde la perspectiva de la garantía de orden material que confiere, establece un derecho fundamental a la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, esto es, a que la ley describa *ex ante* el supuesto de hecho al que anuda la sanción, definida con la mayor precisión la acción prohibida y la punición correlativa, que sólo puede consistir en la prevista legalmente. Esta «imperiosa exigencia de predeterminación normativa» (STC 42/1987) de *lex praevia* y *lex certa* (STC 133/1987), conlleva, lógicamente, la prohibición de aplicación retroactiva de la Ley penal tipificadora».

**16. STC 102/92, de 23 de junio, BOE de 24 de julio. RA. Ponente: Gimeno Sendra. Estimado. Conceptos: Igualdad en relación a la discriminación por razón de sexo. Preceptos de referencia: Art. 14 CE.**

El recurrente en amparo estaba casado con una pensionista del SOVI. Al fallecimiento de su esposa solicitó de la entidad gestora la concesión de la pensión de viudedad que le fue denegada ya que el artículo 3.º del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955 no incluye al viudo como beneficiario de la prestación de viudedad del SOVI.

El TC estima el recurso de amparo manifestando que «Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en las SSTC 253/1988, 144/1989, 176/1989, 159/1990, 58/1991 y 142/1990; en esta última resolución, recaída en una cuestión de inconstitucionalidad, se declaró inconstitucional y, por tanto, nulo el inciso del apartado primero del artículo 3.º del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1955, en cuanto excluye a los viudos. Basta, pues, una remisión a la doctrina sentada en las Sentencias citadas para incluir que la aplicación administrativa y judicial del referido precepto supuso una desigualdad de trato basada exclusivamente en el sexo e incompatible con el artículo 14 CE desde la entrada en vigor de nuestra Constitución» (FJ.2).

**17. STC 120/92, de 21 de septiembre (Pleno), BOE de 14 de octubre. Conflicto de competencia. RD 2253/85 de 22 de mayo (especialización en D.º foral, como mérito para el nombramiento de Notarios en determinadas CCAA). Ponente: Gabaldón (voto particular de López Guerra y otros). Se declara la competencia del Estado. Conceptos: Competencia sobre ordenación de registros e instrumentos públicos. Preceptos de referencia: Arts. 149.1.8.ª CE y 9.2 y 24.2 EAC.**

El RD 2253/85, de 22 de mayo, regula el procedimiento para obtener y acreditar la especialización en Derecho civil foral o especial, que constituye mérito

preferente para el nombramiento de Notarios en determinadas CCAA. Según la Generalidad catalana, el RD habría vulnerado la competencia exclusiva que le atribuye el art 9.2 EAC sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán. El TC rechaza este planteamiento señalando que, con independencia de los efectos que el RD pueda producir en la efectiva aplicación del Derecho civil catalán, el título competencial ejercido no es el relativo a legislación civil sino notarial (sobre el problema vid. SSTC 67/83, 110/83 y 56/84). La Generalidad solicitaba la revisión de la doctrina sentada en ellas, por entender que reducía la competencia autonómica para el nombramiento de notarios a un acto meramente formal (recoger y publicar el resultado de un concurso o una oposición que ni son convocados ni controlados por la CA). Frente a esta argumentación, el TC reitera su doctrina anterior, según la cual la Generalidad tiene solo «unas competencias limitadas de ejecución de la legislación estatal en materia de nombramiento de Notarios (art. 24.1 EAC) y de participación en la fijación de las demarcaciones notariales y del número de Notarios (art 24.2 EAC)» (FJ 4). Frente a la mayoría, los Magistrados discrepantes —aceptando la tesis de que el RD discutido nada tiene que ver con las competencias sobre legislación civil— sostienen, sin embargo, que la distinción entre «selección» y «nombramiento» es artificiosa y priva de contenido a la competencia autonómica. Por ello —dicen— el Tribunal debería revisar su doctrina y, entrando en la forma en que el Estado ha regulado el proceso de selección, «declarar la inconstitucionalidad del art. 2 del Real Decreto objeto de conflicto, ya que lesiona la competencia autonómica de nombramiento al atribuir directamente a órganos del Estado funciones de índole ejecutiva, como son la designación de los miembros del Tribunal que ha de apreciar la especialización del Derecho civil propio de la CA de Cataluña, designación que se encomienda a la DGRN».

**18. STC 121/92, de 28 de septiembre (Pleno), BOE de 29 de octubre. RI. Ponente: Rodríguez-Piñero (Votos discrepantes de De la Vega y Gabaldón). Ley valenciana 6/85, de Arrendamientos históricos. Se declara la inconstitucionalidad del art 2.2.º y del inciso final del art. 3.2.º. Conceptos: Competencia sobre legislación civil y procesal. Derecho civil autonómico y Compilaciones. Legalización de costumbre autonómica. Bases de las obligaciones contractuales. Preceptos de referencia: Arts. 149.1. 6.ª y 8.ª CE y 31.2 EACV.**

Cuando la Constitución, en su art 149.1.8.a, reconoció la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», muchos dieron por supuesto que se aludía solo a aquéllas Comunidades que disponían de una Compilación. No era así, como vino a demostrar el Estatuto de Valencia —una Comunidad sin Compilación— cuando asumió la competencia exclusiva sobre «conservación, modificación y desarrollo del derecho civil valenciano» (art 31.2 EACV, cfr. también art. 40.1-a). En ejercicio de esa competencia se aprobó la Ley 6/86, de Arrendamientos históricos valencianos.

El Estado impugnó varios de sus preceptos, a partir del siguiente planteamiento general: La competencia autonómica «presupone la existencia y vigencia del Derecho foral al tiempo de promulgarse la Norma constitucional [...] Este Derecho podría ser desarrollado y modificado, pero siempre a costa de sus propios preceptos». El Derecho civil valenciano «carece actualmente de toda norma escrita [y en él] no pueden reconocerse otras fuentes que aquellas de carácter consuetudinario en cuanto tengan vigencia y en la medida en que ello no contravenga el sistema de fuentes del CC». Valencia ostentaría así solo «una competencia sobre Derecho consuetudinario». Cabe —admite el recurso— codificar esa costumbre, pero no por ello pasará ésta a «ocupar una posición jerárquica diferente a la que tenía en su forma de expresión primitiva» («si la costumbre regía en defecto de una Ley aplicable, la Ley autónoma que la sancione no podrá pretender ocupar el rango de Ley preferente frente a una Ley estatal anterior o posterior a su vigencia»). Ahora bien ¿se da en este caso concreto el presupuesto de la competencia? ¿Existe una realidad consuetudinaria valenciana en materia arrendaticia? El recurso lo niega, imputando a la Ley no ser otra cosa que una operación de arqueología jurídica con la que se «crea «ex novo» una normativa» a partir de ««vestigios» o «retazos» del antiguo régimen foral —son palabras de la Exposición de motivos— transmitidos por obras eruditas». Los preceptos afectados por el recurso fueron los siguientes:

— Art 2: *Los arrendamientos históricos valencianos deberán ser objeto de reconocimiento mediante declaración por la Administración Agraria Autónoma.*

*Dicha declaración de reconocimiento podrá ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa por aquella de las partes que considere lesionados sus derechos o intereses.»* El recurso se limitaba al 2.º párrafo y denunciaba la infracción del art 149.1.6.a CE, por pronunciarse acerca de la jurisdicción llamada a resolver los eventuales conflictos.

*Art 3. 1. El cultivador que pretenda el reconocimiento al que se refiere el art. anterior deberá aportar y acreditar [...] dictamen pericial de especialista en el que se recoja la oportuna investigación histórico-jurídica [...].*

*2. También procederá la declaración administrativa de reconocimiento [cuando] no siendo posible [...] el dictamen [por] la destrucción de archivos [...] el arrendamiento [...] sea anterior a la entrada en vigor de la Ley de 15/3/1935. La resolución recaída podrá también ser objeto de impugnación en vía administrativa.»* El recurso, basado en las mismas razones que las usadas contra el art 2.2, se limitaba al inciso final del art 3.2.

*Art 9.1 «En garantía de la continuidad de la explotación [...] se configura como un supuesto de sucesión especial la institución de herencia o legado del derecho al cultivo.*

*Tendrá la condición de causahabiente el sucesor que expresamente haya quedado determinado como cultivador el causante [...]*

2. [...] podrá el que resulte ser declarado titular [...] designar ante la Administración Agraria Autonómica a aquél de entre sus futuros herederos que en caso de imposibilidad personal del cultivo [...], deba sustituirle [...]. Este artículo fue impugnado íntegro, reprochándole la violación de la competencia del Estado en materia civil (art 149.1.8.a CE), por regular la sucesión «mortis causa» en el derecho al cultivo.

DT. «Los arrendamientos cuyos titulares, durante el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente ley soliciten la declaración de reconocimiento [...] quedarán exceptuados del régimen general contenido en la vigente [LAR] en cuanto duración y extensión en tanto no recaiga resolución firme en contrario». Se impugnaba íntegra, por violación del art 149.1.8.ª CE.

La doctrina del TC es la siguiente:

a) *Sobre el Planteamiento general:*

1.º *Derechos civiles forales y Compilaciones.*— El amplio enunciado del art 149.1.8.ª CE («Derechos civiles forales o especiales») «alcanza no solo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución [...]. Este entendimiento amplio del precepto [...] es el que quedó plasmado [...] en el art 31.2 EACV» (FJ 1). La competencia civil valenciana «no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma» (FJ 1). Por tanto, Valencia «ostenta competencia exclusiva para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial» (FJ 1).

2.º *Legalización de la costumbre foral: LAR y Derechos civiles autonómicos.*— Contra la tesis del recurso, el TC afirma que «el ejercicio de la competencia legislativa autonómica, atribuida por la Constitución y el Estatuto, supone una alteración sustancial en la posición de la norma en la jerarquía de fuentes, ya que la regla que, como costumbre, venía rigiendo solo en defecto de ley aplicable, esto es como fuente de carácter secundario e inoponible a los dictados del Derecho común (art 1.3 CC), al ser incorporada a la Ley autonómica se torna en Ley especial de aplicación preferente a la legislación civil del Estado» (FJ 2). Así lo reconocen la LAR (DA 1.ª) y la Ley estatal 1/92 de Arrendamientos históricos (DA 1.ª).

3.ª *¿Existía un régimen consuetudinario?*— Este es el necesario presupuesto de la competencia autonómica, según admiten todas las partes del conflicto. Se trata de una cuestión de hecho. El TC, a partir de la amplia documentación aportada por la Comunidad Autónoma, admite que «el arrendamiento histórico,

como figura consuetudinaria, ha existido y existe en el territorio valenciano» (FJ 2).

4.<sup>a</sup> *Alcance de la Ley.*— Huelga decir que no se trata de una Ley de Arrendamientos Rústicos, ni tampoco de una Ley general sobre Arrendamientos históricos. Es una Ley sobre arrendamientos históricos «valencianos». Su ámbito viene definido por el del régimen consuetudinario en que se basa. «Esta es una cuestión que ha de ser resuelta en última instancia por los órganos jurisdiccionales competentes para ello, en los correspondientes procesos que puedan suscitarse» (FJ 2).

b) *Sobre los preceptos impugnados:*

1.<sup>o</sup> *La sucesión en el arrendamiento (art. 9).*— De acuerdo con el planteamiento general, el TC admite la constitucionalidad del precepto: La competencia de la Generalidad Valenciana para regular los arrendamientos históricos valencianos, siguiendo la costumbre prefijada por los usos jurídicos desarrollados a través de los tiempos le permite regular la sucesión en relación con esos arrendamientos de forma diferente a la legislación del Estado y de acuerdo con aquella costumbre» (FJ 3). En relación con este último punto, el TC subraya que el art. 9 «solo resultará aplicable en la medida en que lo en él dispuesto haya venido a reiterar las normas consuetudinarias [...] lo que en cada caso habrá de constatarse y probarse en su enclave jurisdiccional propio» (FJ 3).

2.<sup>o</sup> *La intervención de la Administración y de la jurisdicción administrativa en el reconocimiento de los arrendamientos históricos valencianos (arts 2.2 y 3.2 ult. inciso).*— La CE reconoce al Estado competencia exclusiva sobre legislación procesal «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las CCAA» (art 149.1.6.<sup>a</sup>). En este caso el TC niega la necesidad de especialidades procesales. «A ello ha de añadirse que el art 2.2.<sup>o</sup> [...] no establece una particularidad en la ordenación del proceso, sino una regla de competencia jurisdiccional cuya determinación corresponde en exclusiva al legislador estatal, y más concretamente a la LOPJ (art. 122.1 CE)» (FJ 4). De ahí deduce la inconstitucionalidad.

3.<sup>o</sup> *La exclusión de los arrendamientos históricos del régimen de prórroga de la LAR (DT).*— Según la DT de la Ley recurrida: «Los arrendamientos cuyos titulares, durante el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de esta Ley, soliciten la declaración de arrendamiento histórico, quedarán exceptuados del régimen general contenido en la vigente LAR [...] en cuanto duración y extensión, en tanto no recaiga resolución firme en contrario». La Ley valenciana, ante la proximidad del vencimiento de las dos prórrogas de tres años previstas en la LAR, decidió proteger los arrendamientos históricos de una eventual extinción (no obstante, también la habrían evitado las Leyes estatales 1/87 y 1/92). Desde este punto de vista —como norma dirigida a asegurar la aplicabilidad de la ley autonómica— el TC admite la constitucionalidad de la DT. Sin perjuicio de ello, cabe hacerse dos preguntas. Primera, ¿realmente estaban amenazados los arrendamientos históricos por la LAR? ¿Acaso, como Derecho civil propio, no eran inmutables a ella? (vid. *infra* el voto de De la Vega en la STC 182/92, Ley gallega de

arrendamientos históricos). Segunda, la DT impugnada ¿puede haber sido contra-productiva? Nótese que mediante ella no se prorrogaron sin más los arrendamientos históricos valencianos sino solo aquéllos cuyos titulares solicitaran la declaración de reconocimiento en el plazo señalado.

A la doctrina anterior se formula un voto discrepante, repetido en la STC 182/92. De la Vega, autor del voto, admite la existencia de una competencia civil valenciana limitada «al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros, subsistiera en el territorio hasta nuestros días». Sin embargo, sugiere que, en el caso concreto de la Ley recurrida, dados los imprecisos perfiles del arrendamiento histórico valenciano (¿arrendamiento, censo...?) no hay tanto «conservación» como «creación o regulación «ex novo»». La configuración de un arrendamiento indefinido supone «establecer por vía indirecta [...] un Derecho civil inexistente e incluso [...] legalizar costumbres «contra legem»». La Ley valenciana habría violado incluso la reserva absoluta de las «bases de las obligaciones contractuales» (art 149.1.8.ª CE): «¿No constituye una de las bases del sistema contractual español la autonomía o libertad contractual —libre consentimiento— en general y la de la temporalidad de los contratos arrendaticios en particular?», se pregunta el Magistrado.

Cabe observar que el voto discrepante se concreta más en advertencias y prevenciones que en argumentos. En su fondo late la histórica desconfianza de una parte de los juristas españoles ante el riesgo (?) de un renacer de los Derechos llamados forales. «Tengo el temor -dice De la Vega- de que [...] se ha abierto o entornado peligrosamente la tapa de la caja de Pandora». Ante este temor, cabe observar que es posible que las Comunidades con competencia en materia civil desarrollen una exhaustiva labor de búsqueda de costumbres regionales —o locales— preexistentes a la Constitución para elaborar las correspondientes leyes. Pero, a la vista de la doctrina constitucional, las posibilidades de que, sobre ellas, pueda construirse un Derecho civil foral progresivamente creciente son, hoy por hoy, muy remotas.

**19. STC 148/92, de 16 de octubre (Pleno), BOE de 17 de noviembre. Conflicto de competencia. Art. 5 del Decreto 130/1986, de 3 de junio, sobre la venta con rebajas. Ponente: Cruz Villalón. Competencia estatal. Preceptos de referencia: Art. 149.1.13 CE.**

El Gobierno de la Nación planteó conflicto positivo de competencia frente al Gobierno Vasco, en relación con el artículo 5 de su Decreto 130/1986, sobre la venta con rebajas. El precepto recurrido señala que «La venta con rebaja únicamente podrá celebrarse durante las estaciones estival e invernal, sin que pueda iniciarse antes del 21 de junio y 21 de diciembre, respectivamente...».

El conflicto es sustancialmente igual, y así lo manifiesta el Tribunal, al planteado con ocasión de la Ley Catalana 1/1983, de 18 de febrero, resuelto por STC 88/1986.

El TC considera que esa norma debe ser incluida entre aquellas destinadas a la «defensa de la competencia», materia sobre la que el País Vasco no es compe-



tente y que puede ser definida como «toda la legislación ordenada a la defensa de la libertad de competencia, mediante la prevención y, en su caso la represión de las situaciones que constituyan obstáculos creados por decisiones empresariales para el desarrollo de la competencia en el mercado». El TC reitera el argumento utilizado en su STC 88/1986 en el sentido de que «la norma no tiene otra justificación [...] que la de prevenir una competencia desleal y abusiva, restringiendo el libre ejercicio de la libertad comercial, materia que corresponde a la legislación de defensa de la competencia, de titularidad estatal, lo que ha de provocar la declaración de inconstitucionalidad de la norma en cuestión (fundamento jurídico 8)» (FJ. 2.º).

**20. STC 182/92, de 16 de noviembre (Pleno), BOE de 18 de diciembre de 1992. RI. Ponente: Rodríguez-Piñero (voto discrepante de De la Vega). Ley gallega 2/86, de Prórroga de arrendamientos históricos. Conceptos: Competencias sobre legislación civil. «Instituciones» del Derecho civil gallego. Preceptos de referencia: Art 149.1.8.ª CE y 27.4 EAG.**

La DT 1.ª regla 3.ª de la LAR de 30/12/1980, dispuso que los arrendamientos rústicos anteriores a la Ley de 25/3/35, en que se hubiese perdido memoria del tiempo por el que se concertaron y siempre que el cultivo fuese personal, quedaban prorrogados por dos períodos de tres años, durante los cuales el arrendatario podría hacer uso del derecho de acceso a la propiedad. En diciembre de 1986, ante la proximidad del vencimiento de la segunda prórroga, el Parlamento gallego aprobó una ley —la impugnada— cuyo artículo único disponía:

*«La regla 3.ª de la DT 1.ª de la Ley 83/90 de 31 de diciembre de arrendamientos rústicos, se entenderá prorrogada y vigente en el ámbito de la Comunidad Autónoma, hasta el 31 de diciembre de 1988».*

El Preámbulo de la Ley aclaraba que lo pretendido, una vez prorrogada la situación, era proceder a una regulación sustantiva de tales arrendamientos.

El Estado recurrió la Ley por entender que invadía sus competencias sobre legislación civil (art 149.1.8.ª CE). Esta era en síntesis su argumentación: «La competencia autonómica viene [...] delimitada por la existencia actual y vigencia efectiva de unas normas forales diferenciadas de las comunes, lo que queda reforzado por la [...] frase «allí donde existan» [...]. Las normas forales solo pueden modificarse o desarrollarse a costa de sus propios preceptos, y nunca a costa del Derecho común». El Abogado del Estado se acogía así a la tesis que reduce los Derechos forales a las Compilaciones («en la Compilación gallega [...] no hay la más mínima huella que permita entender vigente particularidad alguna en materia arrendaticia rústica») y a la costumbre. La incompetencia de la Comunidad vendría avalada, a juicio del recurrente, por el hecho de que el propio Estado dictó con posterioridad nuevas normas para los arrendamientos históricos (Leyes 1/87 y 1/92). La Junta y el Parlamento gallegos defendieron su Ley alegando que «la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma no se restringe a la situación

actual de la compilación vigente de Galicia por tratarse de un derecho esencialmente consuetudinario, incluida la materia de arrendamientos rústicos».

La doctrina del TC puede resumirse en los siguientes puntos:

1.º *Compilación y Derecho civil gallego*.— «Siendo cierto que la vigente Compilación de Derecho civil de Galicia no contiene regla alguna, directa y expresa, sobre el arrendamiento rústico, no lo es menos —como consideración de principio— que la competencia autonómica para la «conservación modificación y desarrollo» del propio Derecho civil puede dar lugar, según ya dijimos en la reciente STC 121/92 [arrendamientos históricos valencianos], a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico, eventualidad esta última que resulta aun más clara visto el enunciado del referido art 27.4 EAG [«conservación, modificación y desarrollo de las instituciones de Derecho civil gallego], pues en la idea de «institución» jurídica, presente en tal precepto, se integran o pueden integrar, con naturalidad, posibles normas consuetudinarias» (FJ 3).

2.º *Ley de Arrendamientos Rústicos y Derechos civiles autonómicos*.— «La legislación estatal reguladora de los arrendamientos rústicos hace expresa mención de las competencias que sobre ellos pudieran ostentar las distintas Comunidades Autónomas (DA 1.ª, Leyes 83/80 y 1/92), lo que resulta indicativo de la constancia, para el legislador estatal, de la existencia de regímenes peculiares en este orden» (FJ 3). Vid. en este sentido, *supra*, STC 121/92.

3.º *Arrendamientos históricos y Derecho civil gallego*.— «La doctrina científica generalmente les atribuye la cualidad de Derecho civil propio o especial y los considera institución dotada de identidad diferenciada, dadas las peculiaridades que ofrecen por su origen (consuetudinario), por su forma (predominantemente verbal), por la figura del arrendatario (en la que prima la condición de jefe de familia), por su objeto (lugar acasariado), por su duración (prácticamente indefinida en virtud del derecho de sucesión), por el intenso sentimiento dominical que tienen los arrendatarios y, en definitiva, por la imprecisión de su naturaleza jurídica, tan cercana al censo enfiteútico» (FJ 3).

4.º *Prórrogas estatales prórrogas autonómicas y regulación autonómica*.— El propio Estado, observa el TC, ha considerado el arrendamiento histórico «como algo distinto tanto del arrendamiento rústico de corte liberal, configurado en el CC, como del sometido a la legislación de arrendamientos rústicos», razón por la cual, sin regularlos, se limitó a ir disponiendo su prórroga. Pero este hecho, basado en graves razones sociales, «no impide que la Comunidad Autónoma pueda someter estos arrendamientos rústicos históricos, existentes en su territorio, y en la medida en que hayan estado sujetos a usos y costumbres propios, a una regulación que recoja y precise esas costumbres». Y añade: «Que entre tanto se realice esa labor, y de forma transitoria, ante el riesgo de que el Estado no adoptara las medidas pertinentes, la Comunidad Autónoma haya acudido a la fórmula de mantener unas situaciones o derechos sobre cuya regulación es competente, ha de entenderse que entra dentro de la competencia de la Comunidad Autónoma» (FJ 3).

El voto discrepante de De la Vega acepta la competencia de Galicia para regular sus arrendamientos históricos. Lo que rechaza es que no se mantenga una separación nítida y coherente entre legislación estatal y autonómica. En este sentido observa que si los arrendamientos históricos eran Derecho civil consuetudinario-gallego, el Estado «al prorrogar su duración mediante sucesivas leyes» habría invadido la competencia autonómica. Y otro tanto habría hecho la Comunidad con la del Estado, al disponer la prórroga de la regla 3.<sup>a</sup> de la DT 1.<sup>a</sup> de la LAR. A juicio de De la Vega, Galicia no tenía necesidad de prorrogar unos contratos que, en buena lógica, no estaban afectados por la LAR. Y, en cualquier caso, nunca debió hacerlo por el incorrecto expediente de modificar una Ley estatal. Por ello, a su juicio, debió declararse inconstitucional la Ley gallega.

**21. STC 189/92, de 16 de noviembre, BOE de 18 de diciembre. RA. Ponente: Cruz Villalón. Desestimado. Conceptos: Tutela judicial e intermediación: Cambio de juez en civil. Preceptos de referencia: Art. 24 CE.**

El recurso se interpone alegando indefensión porque, tras haber tramitado un Juez los Autos, fue otro el que pronunció la Sentencia. «En el ámbito de la jurisdicción civil [...] el llamado principio de intermediación (contacto personal del juzgador con los litigantes y la documentación del proceso), no tiene connotaciones y consecuencias tan rígidas como las prescritas para el orden penal» (FJ 4). Se reitera la doctrina de sentencias anteriores (SSTC 97/87 y 55/91), subrayando que «las pruebas han encontrado su fiel y exacto reflejo documental en autos, de forma que la totalidad de su contenido ha podido ser examinado [antes de fallar]» (FJ 4).

**22. STC 190/92, de 16 de noviembre, BOE de 18 de diciembre. RA. Ponente: Cruz Villalón. Desestimado. Conceptos: Honor. Desacato. ¿Información u opinión? Grabación magnetofónica. Preceptos de referencia: Arts 18 y 20.1.a) y 24 CE.**

En una tertulia radiofónica, uno de los presentes hizo, entre otras, las siguientes manifestaciones: «HB sostiene que la mal llamada reforma democrática del Estado español es una pura metamorfosis [...] un mantenimiento de las mismas esencias nazis y fascistas del régimen franquista, que están los mismos policas torturadores y asesinos del franquismo, los mismos Jueces que mandaban fusilar a militantes comunistas y socialistas, los mismos funcionarios corrompidos [...] el mismo partido cuyo ministro del PSOE es el que manda torturar o el que permite torturar [...] o el que da órdenes para que asesinen, porque lo de Pasajes ha sido un asesinato flagrante [...]. Felipe González no tortura con sus manos, pero tortura con las manos de los guardias civiles [...]». El autor de estas frases fue condenado por desacato. En el recurso se alegaba infracción de los arts 24 CE (por insuficiencia de las pruebas inculpativas) y 20.1.a) CE (libertad de expresión).

En cuanto a lo primero, el TC admite que «toda grabación magnetofónica presenta una posibilidad cierta de manipulación, trucaje y distorsión [...] Mas una cosa es que, para evitar la proliferación de «pruebas» artificialmente consigui-

das, se recomiende proceder con suma cautela a la hora de admitir como tales las manifestaciones contenidas en uno de estos soportes, y otra bien distinta es que deba negárseles radicalmente toda eficacia probatoria» (FJ 3).

En cuanto a lo segundo, se planteaba el problema de dilucidar si realmente se trataba de libertad de expresión o, por contra, de libertad de información (la opinión suele apoyarse, en mayor o menor medida, en afirmaciones fácticas). El Fiscal entendía lo segundo y exigía por tanto la prueba de la veracidad. El TC, por contra, opta por lo primero: «el recurrente no perseguía primordialmente comunicar libremente información [sino] exponer el punto de vista de la coalición HB» (FJ 5). No obstante, deniega el amparo, pues la libertad de expresión no ampara la manifestación de ideas u opiniones cuando se añaden expresiones desproporcionadas, «per se» injuriosas, gratuitas e innecesarias. Del material probatorio, dice la sentencia, «lo único que puede deducirse es que es cierto que han existido casos de torturayno, en cambio, que los altos dignatarios expresamente mencionados [...] hubiesen dado órdenes concretas o generales de torturar o de asesinar, o hayan consentido tales comportamientos» (FJ 5).

Cabría preguntarse hasta qué punto es correcto rechazar que el recurrente hubiese ejercido la libertad de informar (no quería comunicar hechos sino exponer ideas), para acabar desestimando el amparo por la inexactitud o falta de prueba de los datos manejados.

**23. STC 219/92, de 3 de diciembre, BOE de 23 de diciembre. RA. Ponente: González Campos (votos particulares de López Guerra y Viver). Desestimado. Conceptos: Honor y libertad de información. Noticia sobre delito: la importancia del contexto. Persona no pública. Términos jurídicos. Preceptos de referencia: Arts 18.1 y 20.1.d) CE.**

El «Heraldo de Aragón» publicó la noticia de que una persona, identificada con su nombre y apellidos, había sido detenida como «autor de un delito de estafa mediante un talón sin fondos». Esta información formaba parte de un conjunto en el que se daba cuenta de la actividad de las Fuerzas de Seguridad, bajo el siguiente título: «Numerosas detenciones realizadas por la Guardia civil y por la policía. Por la comisión de diversos robos y atracos en Zaragoza y provincia».

El hecho —pago de una partida de cerdos con un talón sin fondos— era al parecer cierto. No, en cambio, que el aludido hubiese sido condenado como «autor de un delito de estafa». La demanda civil en defensa del honor interpuesta contra periodista, director y periódico fue estimada sustancialmente, confirmándola el TS con el siguiente razonamiento: «se imputa al actor [...] la comisión de un delito de estafa que, con posterioridad, se pudo comprobar que no cometió [...] aparece probada la absolución [...]. El informador debió distinguir entre los hechos [...] y el juicio de valor [...] evitando algo tan innecesario como era la calificación de su conducta como constitutiva de un delito en concepto de autor que, además, ni siquiera se reputó presunto».

Los condenados recurrieron en amparo por estimar infringido el art 20.1.d) CE. A su juicio la noticia era veraz y de relevancia pública. El TC, sin discutir la relevancia de los hechos —pero negando la de la persona— rechaza el amparo con este razonamiento: «el tratamiento de la concreta información relativa a la detención del Sr Rivases Rufz era susceptible de lesionar su derecho al honor por el contexto en que apareció, al figurar su detención junto a la de otras personas relacionadas con hechos delictivos de indudable gravedad y trascendencia social como «robos y atracos», que implican la violencia en las personas y en las cosas» (FJ 4).

En relación con la veracidad de la noticia, el TC entiende que los recurrentes no actuaron con la debida diligencia, al no haber comprobado los hechos (alegaban haberse limitado a transcribir una nota de la Guardia civil de la que, sin embargo, no había constancia). En cuanto a la calificación («autor de un delito de estafa»), el TC afirma que el término «estafa» es lesivo para el honor puesto que «en el significado usual» supone una actuación con engaño para obtener, sin pagarla, una partida de ganado. Finalmente, concluye la sentencia, «tampoco cabe oponer que el periodista, por utilizar el lenguaje usual, no puede conocer la diferencia entre el autor de un delito o el presunto autor, ya que tal distinción en buena medida ha entrado a formar parte del lenguaje común precisamente por obra de los medios de comunicación» (FJ 5).

Los Magistrados discrepantes consideraron, por contra, que la información era veraz y relevante, sin que bastasen para colocarla fuera de la tutela del art 20.1.d) CE hechos como la omisión de la palabra «presunto» (autor) o la incorrección consistente en hablar de «delito de estafa» en vez de hacerlo de «delito de cheque en descubierto». Sobre errores en la terminología legal —disculpándolos— vid. STC 197/91 (en esta sección, ADC, 1992, p 1292).

**24. STC 222/92, de 11 de diciembre (Pleno), BOE de 19 de enero de 1993. CI. Ponente: Gimeno Sendra (votos discrepantes de Rodríguez Bereijo y Gabaldón López). Inconstitucionalidad del art. 58.1 LAU. Conceptos: Subrogación *mortis causa* en arrendamiento urbano. Parejas no casadas. Concepto de familia. Igualdad. Preceptos de referencia: Arts. 14, 39.1 y 47 CE.**

La Sentencia tiene su origen en un proceso de resolución de contrato de arrendamiento por fallecimiento del arrendatario. La demanda se dirigió contra la ocupante de la vivienda, que era la persona que había convivido con el arrendatario hasta su muerte. La conviviente entendía que le asistía el derecho de subrogarse en virtud del art 58 LAU. El Juzgado de distrito desestimó la demanda, al considerar que, efectivamente, había lugar a la subrogación: «el sustrato de la norma contenida en el art 58 LAU son las circunstancias de convivencia y situación familiar creada por vínculos de afectividad, permanencia y dependencia, sin que necesariamente tengamos que aferrarnos a la literalidad de la palabra «cónyuge»». La Audiencia declaró la nulidad de actuaciones porque a su entender debía haberse emplazado «a los ignorados familiares». Vueltos los autos al Juzgado y después de efectuado sin éxito el emplazamiento, el Juez decidió plantear cuestión de constitucionalidad por entender que la aplicación literal del art 58 LAU —pro-

pugnada por la Audiencia— supondría «una clara vulneración del principio de igualdad recogido en el art 14 CE y de los principios del art 39 CE».

El TC estima la Cuestión declarando que el art. 58 LAU «es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiera convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido». Añade una precisión innecesaria pero importante: «Obvio es, por lo demás, que la resolución que proceda dar a esta cuestión queda circunscrita al concreto problema de constitucionalidad con ella planteado, sin que en la presente sentencia, por tanto, puedan buscarse soluciones para cualesquiera otras hipotéticas comparaciones entre el régimen legal aplicable, en otros ámbitos, al matrimonio y a la situación de quienes convivan de modo marital».

Cabe destacar las siguientes cuestiones:

1.<sup>a</sup> *Inconstitucionalidad y Derecho anterior.*— Se trata de una norma anterior a la Constitución. Por tanto, el órgano judicial pudo haber apreciado la inconstitucionalidad (derogación) directamente, sin recurrir al TC. De hecho tanto el FJ 1.<sup>o</sup> como el 2.<sup>o</sup> se dedican básicamente a determinar si el procedimiento de la «Cuestión» es adecuado, ya que el juzgador parece no dudar sobre cuál deba ser la interpretación del art. 58 LAU. Todo su razonamiento en el Auto va destinado a dotar de alcance constitucional a la interpretación por él mantenida en la sentencia.

2.<sup>a</sup> *Fundamento de la subrogación *mortis causa*.*— Es obvio que nuestra Constitución, en la que se parte de un Estado social, determina que los poderes públicos deben proteger a la familia (art 39.1 CE). Para ello disponen de un amplio margen decisorio. La subrogación «*mortis causa*» en el arrendamiento es uno de los posibles expedientes de protección de la familia (por supuesto, no obligado). La razón de la norma que permite la subrogación hay que buscarla en el hecho de que el beneficiado «ha vivido en determinado espacio físico con el titular del arrendamiento, [situación] que la norma toma en consideración para hacer posible, mediante la subrogación, una continuidad en la ocupación de la vivienda arrendada, en la que se ha desarrollado, precisamente en ella, dicha convivencia» (FJ 5). Por consiguiente la *ratio* de la norma no es el matrimonio sino la dependencia respecto del arrendatario fallecido, así como razones afectivas (porque allí se convivió con quien ha fallecido).

3.<sup>a</sup> *Expedientes de tutela de las relaciones familiares y principios constitucionales.*— Si se opta por un expediente protector de la familia, debe aplicarse con respeto a la propia CE: igualdad (art. 14) y concepto de familia (art. 39). El primer concepto «igualdad» «viene estableciendo que los condicionamientos y límites que en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas» (FJ 6). El segundo concepto es el de «familia». Según doctrina del propio TC, «nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la

que tiene su origen en el matrimonio [...]. El sentido de esas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constrictión del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura [...]. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma [...]. Del propio artículo 39.1 no cabe derivar, por tanto, una diferenciación necesaria entre familias matrimoniales y no matrimoniales...» (FJ.5). En el mismo sentido, definiendo el concepto familia pueden verse las SSTC 45/1989, 192/1991 y 200/1991 (vid esta sección en ADC, 1990, p 249 y ADC 1992, p 1290). Se admite por tanto la pluralidad de «unidades familiares». Por consiguiente el problema no está en el art. 39 (admitida la pluralidad de situaciones protegibles el legislador puede decidir dar un trato diferente a las diferentes «familias») sino en el art. 14 (solo es admisible la diversidad justificada). ¿Puede justificar la diversidad la existencia de vínculo matrimonial? A juicio del TC no, ya que «la diferenciación que [el art. 58 LAU] introduce entre el miembro supérstite de la pareja matrimonial y el que lo sea de la unión de hecho no solo carece de un fin aceptable desde la perspectiva jurídicom constitucional que aquí importa, sino que entra en contradicción, además, con fines o mandatos presentes en la propia Norma fundamental [...]. Es patente que esa exclusión tácita no puede decirse orientada a configurar el específico régimen jurídicom matrimonial, en cuya órbita la norma no se inscribe. Tampoco se podría justificar la exclusión del (o de la) conviviente no casado por la finalidad de estimular o propiciar el matrimonio de las uniones estables, pues la radicalidad de la medida supondría coartar o dificultar irrazonablemente la autonomía de la voluntad del hombre y de la mujer que deciden convivir «more uxorio» límite que la STC 184/1990 (FJ.2) ha trazado para *las medidas públicas de favorecimiento de la familia matrimonial*» (FJ6).

4.<sup>a</sup> *Subrogación y función social de la propiedad.*—La subrogación sería —una vez decidida por el legislador— uno de los límites que configuran la función social de la propiedad. Más en concreto, «una de las posibles modalidades de realización del principio rector según el cual «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada» (art. 47 CE)» (FJ.6).

Los dos votos particulares van en la misma dirección y parten del mismo planteamiento. De acuerdo con ellos, la Constitución no ha establecido la equiparación o equivalencia a todos los efectos y en todos los órdenes entre el matrimonio y las uniones de hecho. Cuando lo ha querido hacer lo ha dicho expresamente. El legislador civil puede, en su libertad de configuración, extender a los convivientes los beneficios que conceda a los matrimonios, pero «no corresponde al TC, en su función exclusiva de legislador negativo, llevar a cabo esa extensión, ex Constitutione en lo referente a un particular contenido del régimen arrendaticio (el derecho a la subrogación) limitativo del derecho de propiedad del arrendador» (Rodríguez Bereijo). «En el presente caso hay que agregar una reflexión acerca de las consecuencias, porque la extensión del beneficio de la continuidad en el contrato de arrendamiento exigiría para poder ser aplicada, una determinación expresa de sus requisitos, sin lo cual se originaría una clara situación de inseguridad» (Gabaldón). Pero además, a juicio de los disidentes, se ha producido una modifi-

cación de la doctrina constitucional sin que se aprecie la razón del cambio: si en tema de pensiones ambas situaciones no fueron consideradas equivalentes, ¿como es que lo son a efectos de subrogación arrendaticia? La razón que el TC proporciona de que el límite de la sentencia 184/90 (derecho a pensión) constituye una medida pública de favorecimiento de la familia matrimonial no parece concluyente, cuando el efecto que en ella se niega se otorga aquí, oponiéndose a derechos de terceros (los arrendadores o incluso otros familiares) y con evidente extensión de unos beneficios que, por su carácter excepcional, son de interpretación estricta.

En el mismo sentido han sido dictadas las SSTC 6/1993, de 18 de enero y la 47/1993, de 8 de febrero. La subrogación del conviviente ha sido recogida en el art. 12.1 del Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos, actualmente caducado (*BOCG*, 30-12-92, num. 123-1), en el que se contempla al conviviente —con dos años de convivencia o menos si hay un hijo común— como beneficiario de la subrogación mortis causa. De prosperar un propuesta legislativa similar —contratos temporales— y no como ahora indefinidos, pudiera pensarse que el problema de la subrogación, por su carácter temporal e incidental, es poco relevante. Pero ello no será totalmente cierto si, como en el proyecto caducado, se mantiene para el futuro la estipulación de que los contratos anteriores a la entrada en vigor de la que será nueva LAU se mantienen en sus términos y sometidos temporalmente a la legislación vigente en el momento en que fueron suscritos. Con lo que esta subrogación —en los casos en los que no existiera ya un legitimado para ejercitarla— supondrá una limitación añadida a la facultad de disposición del propietario-arrendador.

**25. STC 238/92, de 17 de diciembre, BOE de 20 de enero. CI. Ponente: López Guerra. Inconstitucionalidad parcial del art 6.2 de la Ley 34/79 de Fincas manifiestamente mejorables. Conceptos: Propiedad. Expropiación. Ejecutividad de las decisiones administrativas, suspensión cautelar y tutela judicial. Contenido del derecho de propiedad: ¿un mero valor económico? Preceptos de referencia: Arts 24 y 33 CE**

La Sentencia tiene su origen en un Decreto de la Junta de Extremadura por el que se declaró manifiestamente mejorable una finca, disponiendo su expropiación y urgente ocupación. La afectada, al recurrir el Decreto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, solicitó su suspensión y sometió a la consideración de la Sala la procedencia de plantear Cuestión sobre el art 6.2 de la Ley 34/79, según el cual «no se suspenderá en ningún caso la ejecución del Decreto impugnado». A juicio de la recurrente, esta disposición vulneraba el art 24 CE.

La doctrina de la Sentencia puede resumirse en los siguientes puntos. *Primero*: La ejecutividad de las decisiones administrativas, manifestación de la autotutela de la Administración, no pugna en sí misma con regla o principio alguno de la Constitución (STC 22/84). *Segundo*: Sin embargo, esa ejecutividad, cuando la decisión ha sido recurrida, debe conciliarse con el derecho a la tutela judicial. *Tercero*: La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, tiende a evitar que un posible fallo favorable a la pretensión de fondo pueda quedar desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de



situaciones contrarias al derecho o interés reconocido. La tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el cumplimiento efectivo de la resolución definitiva que recaiga en el proceso. Por tanto, la ejecutividad ha de poderse someter a un órgano judicial para su eventual suspensión. *Cuarto*: La tutela judicial del art. 24 CE no se limita a los derechos fundamentales sino que alcanza a cualesquiera derechos e intereses legítimos y, por tanto, también al derecho de propiedad.

Alegaba también el Abogado del Estado que la garantía de la propiedad, en su vertiente individual, es sólo la de un contenido económico, por lo que, de prosperar el recurso de la afectada, el problema quedaría completamente resuelto mediante el pago de la indemnización. Tratándose de derechos patrimoniales no habría irreversibilidad ni reintegración difícil, razón por la cual la exclusión del control judicial de la ejecutividad no violaría el derecho a la tutela del art. 24 CE. Contra esta argumentación, el TC opone que «el criterio de la posible conversión a un equivalente dinerario del bien o derecho afectado por el acto administrativo no conduce a singularizar la propiedad sobre bienes materiales de las demás situaciones jurídicas subjetivas, pues aquella conversión o ecuación cabe realizarla respecto de todas ellas [...] La reversibilidad plena o absoluta es, sencillamente, una ficción» (FJ 5).

**26. STC 223/92, de 14 de diciembre, BOE de 19 de enero de 1993. RA. Ponente: De Mendizábal. Estimado. Conceptos: Honor y prestigio profesional (técnico/ético). Informar y opinar. Preceptos de referencia: Arts 18 y 20 CE**

La prensa comarcal y local tiene un protagonismo no desdeñable en los litigios que afectan al honor de las personas. Es notorio que su capacidad de dañar a menudo supera la de otros medios de difusión mucho mayor. Buena prueba de ello es el caso de esta sentencia.

El desplome parcial de un edificio ocupado por el «Cercle catòlic» de Banyoles, dió pie a un artículo de prensa en el que se afirmaba que el propietario, de acuerdo con el Ayuntamiento, intentaba lograr la declaración de ruina del inmueble y el consiguiente desalojo de la entidad arrendataria. Las acusaciones se hacían extensivas al Arquitecto que dirigía las obras de apuntalamiento, el mismo que —tiempo atrás— se había hecho cargo de reparar la parte desplomada. El artículo insinuaba una actuación maliciosa por su parte, en connivencia con el propietario. La demanda civil en defensa del honor intentada por el arquitecto triunfó en apelación. Sin embargo, el TS casó la sentencia: las imputaciones eran serias pero no afectaban al honor sino al prestigio profesional, situado fuera del art 18 CE y, por tanto, de la LO 1/82.

El problema es de considerable trascendencia (vid. *supra*, STC 40/92). Contra lo que afirma el TC —que imputa a la sentencia recurrida ser una decisión aislada— el TS venía manteniendo dos líneas jurisprudenciales perfectamente coetáneas y antitéticas, a las que casi cabría poner nombres y apellidos (vid. una reseña en *CCJC*, núm 23, STS 9-2-90). Para una, de la que formaría parte la sentencia recurrida en amparo, el prestigio profesional sería un bien digno de tutela, pero no como derecho fundamental. Las eventuales lesiones ilícitas al mismo deberían resolverse con la normativa general sobre responsabilidad civil y —no me

nos importante— canalizarse por la vía de los procedimientos ordinarios (ni Ley 62/78 ni, en consecuencia, recurso de amparo). Para la segunda línea, el prestigio profesional sería una manifestación más del honor y, como tal, defendible con todos los medios —materiales y procesales— a disposición de éste.

La coexistencia de dos líneas jurisprudenciales consolidadas puede desconcertar y, desde luego, no es algo deseable, pero, en sí misma, no infringe la igualdad en la aplicación de la Ley (art 14 CE), como ya tuvo ocasión de señalar el TC en sus sentencias 201 y 202/91 (vid. esta sección en *ADC*, 1992, p 1293). La contradicción entre jurisprudencias divergentes pero consolidadas no debe ser resuelta por el TC, salvo si la cuestión afecta, de forma directa, a un derecho fundamental. Pero eso es lo que sucede en el caso presente, donde lo que se discute es el contenido constitucional del concepto «honor».

La Sentencia que, como es habitual intenta sintetizar y perfilar la doctrina anterior, puede resumirse en los siguientes puntos:

1.º *Opinar e informar*.—Las libertades de expresión e información son derechos distintos por su objeto (ideas/datos), por sus requisitos (solo los datos, no las ideas, han de ser veraces) y, a veces, por sus titulares. No obstante, la distinción solo es fácil en teoría, ya que «en el plano de la realidad [...] se mezclan hasta confundirse». En efecto «la expresión de ideas necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, ésta incluye no pocas veces elementos valorativos» (FJ 1). Lo esencial es «detectar el elemento preponderante en el texto concreto que se enjuicie en cada caso para situarlo en un contexto ideológico o informativo (STC 6/88)» (FJ 1). En el caso del recurso, el TC entendió que, si bien en relación con la actuación municipal pudiera prevalecer la opinión (crítica) sobre la información, en lo atinente al arquitecto sucedía lo contrario. Respecto de él, dice la Sentencia, el artículo «contiene en proporción mayoritaria un relato que pretende ser objetivo y ofrecer como datos de la argumentación un conjunto de acaecimientos» (FJ 2). Por tanto, es exigible la veracidad.

2.º *Honor, trabajo y prestigio profesional*.—El prestigio profesional no es ajeno al honor sino que, al contrario, forma parte de él: «El trabajo, para la mujer y el hombre de nuestra época, representa el sector más importante y significativo de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de la realización personal. La opinión que la gente pueda tener de cómo trabaja cada cual resulta fundamental para el aprecio social y tiene una influencia decisiva en el bienestar propio y de la familia» (FJ 3). La conclusión es clara «el prestigio [profesional], especialmente en su aspecto ético o deontológico, más aun que en la técnica, ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor» (FJ 3). No obstante, ello no implica que «cualquier crítica a la pericia profesional [pueda] ser considerada automáticamente como un atentado a la honorabilidad personal» (FJ 3).

Podría pensarse que, con base en la anterior doctrina, el TC iba a estimar el amparo reconociendo la existencia de un daño al honor del arquitecto recurrente. Sin embargo, no lo hace. Es el TS quien debe ponderar el conflicto entre libertad de informar y honor. El TC se limita a decir que el prestigio

profesional forma parte de éste. En consecuencia, la estimación del amparo no produce otra consecuencia que la anulación de la Sentencia y la reposición de las actuaciones al momento de la deliberación, votación y fallo. Habrá que esperar a la nueva Sentencia del TS, aunque algunas apreciaciones de la anulada (se habla en ella de «serias imputaciones») inducen a pensar que pudiera ser favorable al recurrente. ¿Cabe imaginar algo peor que insinuar que un Arquitecto ha hecho mal una obra para, más adelante, de acuerdo con el propietario, lograr su declaración de ruina?...

**27. STC 227/92, de 14 de diciembre, BOE de 19 de enero de 1993 RA. Ponente: Cruz Villalón. Estimado. Conceptos: Honor e información. Divulgación de sanción administrativa. ¿Revelación de «datos privados»? Publicidad por parte del propio sancionado. Preceptos de referencia: Arts. 18 y 20 CE y 7.4 LO 1/82**

Un periódico publicó una nota dando cuenta del homenaje que su Colegio había rendido a un Ingeniero Técnico expedientado y provisionalmente suspendido por el Instituto Andaluz de Reforma Agraria («IARA»). El Presidente del «IARA», en las «Cartas a los lectores» dió su versión del asunto. Posteriormente, el periódico publicó un segundo artículo informando de que la sanción había sido anulada. Ello motivó una nueva intervención del «IARA» para puntualizar que, en realidad, la sanción se había elevado de provisional a definitiva, habiéndose impuesto al funcionario un mes de suspensión por una falta grave de insubordinación. El afectado planteó demanda civil en defensa de su honor contra el Presidente del «IARA», alegando que se había dado publicidad a un dato privado (la sanción) y, además, antes de su notificación oficial. La demanda fracasó en primera y segunda instancia pero no en el TS, que la estimó parcialmente aplicando el art 7.4 LO 1/82 (ilicitud de la revelación de datos conocidos a través de una actuación profesional u oficial).

El TC estima el amparo solicitado por el Presidente del «IARA» por entender que en la sentencia del TS faltaba la necesaria ponderación de los derechos fundamentales en juego (no se había tomado en consideración la libertad de informar). Entrando en el fondo, el TC niega la existencia de lesión ilícita en el honor del funcionario y reconoce al recurrente haber ejercido la libertad de difundir información veraz. La divulgación de la imposición de penas o sanciones -no éstas en sí- podría vulnerar el derecho al honor. Sin embargo, en este caso, no sucedió así, pues fué el propio expedientado quien llevó el asunto a la prensa, convirtiendo voluntariamente en público un asunto particular (por tanto, no hay «revelación»). Además, el Presidente del «IARA» se limitó a rectificar una información no veraz previamente divulgada.

**28. STC 229/92, de 14 de diciembre, BOE de 19 de enero de 1993 RA. Ponente: Rodríguez-Piñero. Estimado. Conceptos: Principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo. «Sexo debil»: ¿Tutela o discriminación? Preceptos de referencia: Art. 14 CE.**

El recurso se planteó contra las sentencias que negaron a la actora el derecho a ocupar una plaza como ayudante minero en «HUNOSA» después de haber superado las pruebas establecidas. El TC estima el amparo en base a la siguiente doctrina:

1.º *Principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo.*—«A diferencia del principio genérico de igualdad que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, la prohibición de discriminación entre los sexos implica un juicio de irrazonabilidad de diferenciación establecido ya «ex Constitutione» que impone como fin y generalmente como medio la parificación, de modo que la distinción entre los sexos sólo puede ser utilizada excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica de trato entre los varones y las mujeres también en materia de empleo» (FJ 2).

2.º *Igualdad y medidas reequilibradoras.*—La interdicción de la discriminación implica también la posibilidad de «medidas que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades» (FJ 2), mediante la remoción de obstáculos de hecho que la impidan.

3.º *Igualdad en el acceso al trabajo y diferencia de sexo.*—Las diferencias en las condiciones de acceso al empleo basadas en el sexo pueden llegar a ser constitucionalmente legítimas (p.e. las que protegen a la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad). Pero fuera de esos casos, la pretendida tutela de la mujer debe examinarse «con suma cautela e incluso con desconfianza» (FJ 3). En el caso del recurso, la prohibición de acceso al trabajo subterráneo en la mina no tenía otra base que el prejuicio de «la menor fortaleza física y mayor debilidad de la mujer en relación al varón, como algo que corresponde a la naturaleza de las cosas» (FJ 4).

**29. STC 235/92, de 14 de diciembre, BOE de 20 de enero de 1993 RA. Ponente: Lopez Guerra. Denegado. Conceptos: Igualdad en la aplicación de la Ley: Sentencia aislada. Preceptos de referencia: Art. 14 CE.**

Se trata de una nueva decisión que continua profundizando en la línea favorable a la libertad judicial respecto de los precedentes. El amparo se interpuso contra una sentencia que, apartándose de otra anterior, introdujo un criterio que no tuvo continuidad en las que le siguieron. En alguna de sus primeras sentencias, el TC había señalado que no había discriminación, a pesar de no haberse razonado el cambio de criterio, cuando la posterior jurisprudencia del órgano refrendaba la línea inaugurada por la decisión discrepante, ya que ello demostraba que el cambio había sido consciente. De ahí, a deducir que tal continuidad jurisprudencial era necesaria para eludir la tacha de discriminación no había más que un paso. Pero darlo habría sido probablemente un error, como parece demostrar la presente decisión. «La sentencia del TSJM —señala el TC— se aparta de un precedente de la misma Sala: pero tal apartamiento (que lo es de una sola resolución anterior, y no de una línea jurisprudencial que pudiera en ese momento considerarse consolidada y cierta) no aparece como expresión de una mera arbitrariedad, sino que se asienta en una amplia reflexión que, independientemente de que fuera o no acep-

tada como línea jurisprudencial con posterioridad, se ofrece como solución genérica para el tipo de caso planteado» (FJ 4).

**30. STC 240/92, de 21 de diciembre, BOE de 20 de enero de 1993 RA. Ponente: Rodríguez Bereijo. Estimado. Conceptos: Honor e información. Veracidad: error y diligencia. Rectificación y posterior acción judicial. Condena solidaria. Preceptos de referencia: Arts. 18 y 20.1.d) CE y art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta.**

«Un cura de Cangas de Morrazo inicia la cruzada contra los desnudistas gallegos». Este era el titular de un artículo del diario «El País» en el que se decía, entre otras cosas, que «garrote en mano, el sacerdote lanzó al vecindario contra un campamento autorizado». El incidente era cierto y, en efecto, en él había participado un sacerdote. Pero éste no era el párroco de Hío sino el de Viñó. Aquél, D. Andrés Carril, aludido con su nombre y apellidos en el artículo, nada tuvo que ver en el asunto. A los pocos días, el diario publicó un nuevo artículo en el que daba cuenta del error. Pese a ello, el Sr. Carril, seis meses después, interpuso demanda civil en defensa de su honor. En primera instancia se estimó, condenándose solidariamente al periodista, director y editora al pago de una indemnización de un millón de ptas. En apelación, esta cifra subió a dos millones de ptas. Finalmente, en casación, se declaró no haber lugar al recurso. Los condenados recurrieron, alegando haber actuado al amparo del art. 20.1.d) CE (libertad de información) y criticando al propio tiempo, como inconstitucional, el carácter solidario de la condena.

El caso resulta de gran interés. Por lo pronto, está fuera de duda la gravedad de las imputaciones. Pretendiendo denunciar una escena de la España pintoresca y arrancar —sin demasiado esfuerzo— una sonrisa, el diario achacaba a una persona —un sacerdote de pueblo— actos ilegales, si no delictivos. Para el lector medio de «El País», una anécdota divertida, del todo acorde con la imagen del cura reaccionario y montaraz. Para D. Andrés Carril, una falsedad cuyas consecuencias podían quedarse en las chanzas de los vecinos o llegar bastante más allá. Los hechos narrados eran exactos. Solo había un pequeño error: confundir Hío con Viñó y, previa averiguación de quién era el titular de la parroquia, atribuir a D. Andrés Carril la condición de instigador y participe en la agresión. La doctrina del TC puede resumirse así:

1.<sup>a</sup> *Honor e información: prevalencia del derecho a informar.*—Para decidir el conflicto ha de tenerse en cuenta «la *posición prevalente que no jerárquica*, que sobre los derechos denominados de la personalidad del art. 18 CE ostenta el derecho a la libertad de información del art. 20.1.d) CE, en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general» (FJ 3).

2.<sup>a</sup> *La veracidad de la información: verdad, error y diligencia.*—De acuerdo con la doctrina inaugurada por la STC 6/88, el TC parte de la siguiente afirmación: «El requisito constitucional de la veracidad no va dirigido tanto a la

exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, quedando exenta de toda protección o garantía constitucional las informaciones erróneas o no probadas, cuanto a negar esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones» (FJ 5). Dicho esto, la sentencia se centra en dos cuestiones: la accesoriedad de los datos erróneos y la diligencia desplegada por el medio. En cuanto a lo primero, dice el TC: «la inveracidad o inexactitud parcial de la información, como consecuencia del error de identificación en que se incurrió, no alcanza, en el presente supuesto, trascendencia suficiente como para entender quebrantado su carácter de información veraz [...] por no afectar el mencionado error al contenido esencial del mensaje que se transmite» (FJ 6). En otras palabras: lo que importa es que, en efecto, un cura se lanzó contra los nudistas y, ya se sabe, un cura es igual a otro cura... (¿no habría sido más prudente, vista la aparente fungibilidad de los clérigos a juicio del diario, limitarse a aludir a la categoría?). En cuanto a la segunda cuestión -la de la diligencia- el TC empieza por recordar que «debe ser proporcionada a la trascendencia de la información que se comunica» y que «cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere, esa obligación [...] adquiere, en principio, su máxima intensidad» (FJ 7). Pese a ello, considera que el medio actuó con diligencia, pues se basó en información ya difundida por una TV pública (la gallega) y, además, intentó ponerse en contacto con el cura de Hío sin lograrlo, ya que por aquellas fechas estaba ausente del municipio. El nivel de diligencia exigible se entiende satisfecho a pesar de que, según consta en la propia Sentencia, el diario pudo haber recurrido a otras fuentes para contrastar la información (de hecho, en la rectificación se recogían declaraciones de los vecinos del Sr. Carril que le desvinculaban por completo del asunto).

3.<sup>a</sup> *La rectificación y su alcance.*—El medio rectificó con rapidez (en domingo, el día de mayor difusión) y sin necesidad de coerción judicial. «Aunque la rectificación de las informaciones no suplanta ni, por tanto, inhabilita ya, por innecesaria, la debida protección del derecho al honor, sí la matiza o modula en supuestos como el presente (STC 40/92), pues constituye un mecanismo idóneo para corregir los errores que involuntariamente, y a veces de manera inevitable, se deslizan en una información rectamente obtenida y difundida» (FJ 7). La rectificación demostraría que «el error fáctico no fue malicioso». Quizá habría sido mejor estimar el amparo, admitiendo que la rectificación había tenido, en este caso, un efecto plenamente reparador, que diluir la diligencia exigible a un diario con medios mas que suficientes para contrastar unos datos que, no siendo esenciales, dañaban muy seriamente la reputación de una persona.

4.<sup>a</sup> *La solidaridad de la condena.*—El TC reitera la doctrina de las SSTC 171 y 172/90 (vid esta sección, ADC, 1991, p 898), que ya admitió la constitucionalidad de la responsabilidad civil solidaria de periodista, director y editor del medio, pues ninguno de ellos es ajeno al contenido de la información: el pri-

mero por redactarla, el segundo por no vetarla y el tercero por haber elegido al anterior.

**31. STC 241/92, de 21 de diciembre, BOE de 20 de enero de 1993 RA. Ponente: López Guerra. Estimado. Conceptos: Personas jurídicas y «Ciudadanos». Acción popular. Tutela judicial. Preceptos de referencia: Arts. 24, 53.2 y 125 CE.**

La «Asociación de Mujeres de Policía Nacional de Guipúzcoa» presentó escrito de querrela y personación en un sumario por apología del terrorismo. La personación fue denegada, confirmando la decisión la Sala de lo Civil y Penal del TSJ del País Vasco aduciendo, entre otras razones, que la acción popular viene reconocida a los «ciudadanos», término que no incluiría a las personas jurídicas. El TC rechaza esta interpretación restrictiva: «Aun cuando el art. 53.2 CE utiliza, como el art. 125, el término «ciudadano», este Tribunal ha venido sosteniendo que con él se hace referencia tanto a las personas físicas como a las jurídicas (STC 53/88)». «Es obvio que la persona a la que se refiere el art. 24.1 como titular de un derecho que comprende el de recabar la tutela judicial del derecho a acceder a la jurisdicción a través de la acción popular, es tanto la persona física o natural como la jurídica o colectiva» (FJ 4).

**32. STC 242/92, de 21 de diciembre, BOE de 20 de enero de 1993 RA. Ponente: González Campos. Estimado. Conceptos: Igualdad. Nulidad de clausula contractual (incremento de rentas), cosa juzgada y posterior cambio de criterio jurisprudencial. Preceptos de referencia: Arts. 14 y 24 CE y 1252 CC**

Como es sabido, en la jurisprudencia española durante largo tiempo se acepto el criterio de que, en los contratos de arrendamiento urbano, las cláusulas que prevían variaciones sólo al alza debían reputarse nulas. Así se entendió en un pleito, fallado en 1982, del que fueron parte la propietaria y el arrendatario de un local de negocio. Posteriormente, el Tribunal Supremo optó por salvar la validez de tales cláusulas, reinterpretrándolas para incluir en ellas también eventuales disminuciones de la renta. A la vista de este cambio de criterio, la propietaria interpuso nueva demanda contra el mismo arrendatario, solicitando que se declarase la validez del pacto y reclamando el aumento correspondiente. La demanda fracasó en ambas instancias, por aplicación del principio de cosa juzgada. La propietaria recurrió en amparo alegando que se había violado su derecho a la tutela judicial y el principio de igualdad (esto último porque el cambio de criterio beneficiaba a quienes no habían pleiteado). Expresamente solicitaba del TC el siguiente pronunciamiento: «Modificación del art. 1252.1 CC en el sentido de que no sea aplicable dicha excepción cuando exista cambio de criterio jurisprudencial».

El amparo fue denegado. En cuanto a la tutela judicial, porque la recurrente había obtenido una respuesta fundada en Derecho, correspondiendo a los tribunales decidir cuándo hay y cuándo no cosa juzgada. Además, observa el TC, si se permitiera, más allá de los casos previstos en la Ley, reabrir procesos ya resueltos

por Sentencia firme, habría lesión del art. 24 CE. pero en perjuicio de la otra parte. En cuanto a la pretendida discriminación, el TC recuerda que «el juzgador está sujeto a la ley, no a sus precedentes, por lo que no puede considerarse inconstitucional la evolución en la interpretación judicial de la legalidad, que constituye, junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante» (FJ 4).





## II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ  
Colaboran: Esther ALGARRA PRATS  
Javier BARCELÓ DOMENECH  
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ  
Pilar CÁMARA ÁGUILA  
Rosario DÍAZ ROMERO  
Pedro José FEMENÍA LÓPEZ  
Gabriel GARCÍA CANTERO

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. PARTE GENERAL

**1. Tercería de Dominio.**—«Su finalidad es acreditar el dominio de los bienes embargados a los demandados a favor del tercerista con el fin de levantar la traba del embargo y obtener la restitución de tales bienes».

**Interpretación de las leyes. El artículo 3.1 del Código Civil.**— «El artículo 3.1 del Código Civil no es una ley directamente aplicable al caso del pleito sino una guía para interpretar las leyes sustanciales que hayan de aplicarse, por lo que dicha norma sólo de manera general es vinculante para el juez y su violación no permitirá su cita directa a efectos de casación. Por otro lado, al preconizarse en definitiva aplicar un criterio sociológico en la interpretación de las leyes que exige prudencia y sólo puede ser utilizado cuando la ley expresamente lo permita (Sentencias, entre otras, de 8 de marzo de 1982 y de 3 de noviembre de 1987), debe expresarse con la precisión requerida qué leyes o preceptos legales han sido interpretados cuya hermenéutica haya de ser rectificada mediante la aplicación de la norma invocada».

**Costas procesales. Imposición a la parte recurrente. Facultad privativa y excepcional de los jueces y tribunales de instancia para no imponerlas.**—

«Declaración en la que ha de abundar esta Sala de casación al no hallar en la parte recurrida imputación alguna causante del resultado adverso de la litis para los recurrentes, los que en definitiva también resultarían, en su caso, perjudicados por aquel resultado. Es de tener en cuenta además, que, según las Sentencias de 13 de marzo y 20 de abril de 1989, al prevenir los artículos 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como excepción general a la preceptiva imposición de costas, su no imposición en primera y segunda instancia cuando el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición, confieren a los jueces y tribunales una facultad privativa al respecto que no puede ser enjuiciada en casación». (STS de 7 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—Por la parte actora se formuló demanda de tercería de dominio. El juez de primera instancia desestimó íntegramente dicha demanda. La Audiencia confirmó la sentencia de primera instancia exponiendo que «tiene que decaer la acción ejercitada por falta del presupuesto específico de que el bien esté trabado, pues las partes han reconocido en el acto de la vista del recurso que el mismo ya no tiene ninguna efectividad al haber sido adjudicado a un tercero en otro procedimiento distinto». El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación condenando a los recurrentes al pago de las costas. (*P-J.F.L.*).

**2. Doctrina de los actos propios.**—En el supuesto examinado concurren los requisitos que la doctrina de esta Sala señala como integrantes de referida figura; concretamente, en este caso, el fundamento objetivo insito en aquellos actos o conductas dirigidas a contradecir —en este caso en el proceso— un claro y explícito reconocimiento escrito de la percepción de todos los emolumentos debidos por consecuencia de la actuación como contratista de la obra en cuestión (Sentencia de 18 de octubre de 1982), a lo que es de agregar que dicho acto haya sido adoptado y realizado con plena libertad, como acontece en el caso aquí contemplado (Sentencias de 12 de mayo y 25 de noviembre de 1967, 30 de diciembre de 1976, 14 de febrero de 1984), siendo además de indicar a estos efectos delimitativos del concepto de acto propio, el que los mismos causen o puedan causar estado por ir dirigidos a crear, modificar o extinguir un hecho opuesto, representado aquí por la intención de hacer perdurar una situación de débito por parte de la actora-reconvenida no obstante el cierre que a dicha situación dio el reconveniente con sus propios actos y a través del citado documento privado (Sentencias de 28 de octubre de 1965, 16 de junio y 5 de octubre de 1984, 22 de junio, 25 de septiembre y 5 de octubre de 1987, 25 de marzo, 4 y 10 de mayo de 1989 y 8 de marzo de 1991). (STS de 19 de junio de 1992; ha lugar).

**3. Sociedad de responsabilidad limitada constituida por los cónyuges. Doctrina del levantamiento del velo.**—La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que no puede reconocerse esa independencia de personalidades cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.4 CC se advierte que la

creación de entidades mercantiles constituye una simple ficción determinante de un fraude de ley, de tal manera que al levantar el velo de su apariencia real, se descubre inconsistencia como personas jurídicas, meros instrumentos testafierros de otra personalidad.

**Capitulaciones otorgadas en fraude de acreedores.**—No puede olvidarse la doctrina de esta Sala en cuestiones como la presente, que declara la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en fraude de acreedores (Sentencias de 8 de julio de 1988, 25 de enero y 22 de diciembre de 1989), así como que las otorgadas después de celebrado el matrimonio —cual aquí ha acontecido— no perjudican en ningún caso los derechos adquiridos por terceros (Sentencias de 27 de junio de 1987 y 9 de julio de 1990) (**STS de 24 de abril de 1992**; no ha lugar).

**HECHOS.**—Don Alvaro L.P. aceptó el 10 de mayo de 1984 una letra de cambio librada por Finanzauto S.A. y con fecha de vencimiento el 14 de julio de 1984, cuyo impago dio lugar a juicio ejecutivo, promovido por la entidad libradora contra el aceptante, en el cual se embargó a éste la máquina Cartepillar. Don Alvaro L.P. y su esposa otorgaron el 26 de noviembre de 1984 escritura de capitulaciones matrimoniales en la que convinieron el régimen de separación de bienes con disolución de la sociedad de gananciales. El 21 de junio de 1985 los cónyuges constituyeron una sociedad de responsabilidad limitada, siendo atribuida a don Lorenzo L.P. la administración y representación de la misma. En la escritura de constitución se hizo constar la aportación a la sociedad por parte de la esposa de don Lorenzo L.P. de la citada máquina Cartepillar embargada en el indicado juicio ejecutivo.

La representación de la sociedad citada interpuso demanda de tercería de dominio contra Finanzauto S.A., a fin de que se declarase el pleno dominio de la máquina Cartepillar, con alzamiento del embargo trabado en el juicio ejecutivo. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Territorial acogió el recurso de apelación, revocando la sentencia recurrida. No prospera el recurso de casación interpuesto por la representación de la sociedad.

**NOTA.**—Esta sentencia tiene un notable interés, porque tiene en cuenta tanto la doctrina jurisprudencial del «levantamiento del velo» de la persona jurídica, como la relativa a la inoponibilidad de la modificación del régimen económico matrimonial en capitulaciones otorgadas durante el matrimonio en perjuicio de los acreedores (artículo 1317 CC). Ambas doctrinas son fundamentales para proteger a los acreedores de los cónyuges frente a la conducta fraudulenta de éstos, que tratan de eludir toda responsabilidad de la persona física, bajo el pretexto de la transferencia de la propiedad de los bienes a la sociedad ficticia, o tratan de sustraer bienes a la acción de los acreedores, atribuyendo los más valiosos, tras proceder a la disolución de la sociedad de gananciales, al cónyuge no deudor.

Sobre ambas doctrinas pueden consultarse los excelentes estudios de De Angel, *La doctrina del «levantamiento del velo»*, Madrid, 1990, y Ragel, *El acreedor frente a la disolución de la sociedad de gananciales, en Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1991, pp. 1657 y ss., así como los extractos que hago a las sentencias de 15 de junio de 1992, 7 de noviembre de 1992 y 21 de mayo de 1992 en este fascículo del Anuario. (A.C.S.).

## 2. DERECHO DE LA PERSONA

**4. Protección del Derecho al honor y libertad de información: Requisito de veracidad de los hechos y diligencia en su comprobación. Concepto y límite de la libertad de expresión.**—Es doctrina de este Tribunal Supremo que «el derecho a la libertad de información tiene la protección constitucional en cuanto versa sobre informaciones veraces» y, si bien no es exigible «que los hechos o expresiones contenidas en la información sean rigurosamente verdaderos», se «impone un específico deber de diligencia en la comprobación de su veracidad» (STS de 25 de febrero de 1991, con referencia a la dictada por el TC en 12 de noviembre de 1990, y 19 de noviembre de 1991), y también que «la libertad de expresión consiste en formular opiniones, juicios o creencias personales que no aspiran a sentar hechos o a afirmar datos objetivos, y que tiene como límite la ausencia de expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias, sin relación con las ideas u opiniones que se expresan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas», así como que «los profesionales de la información no pueden estar protegidos cuando faltan a la verdad, ni cuando con insidias o ataques provocan el deshonor de las personas» (STS 2 de marzo de 1991) (STS de 28 de enero de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**—Debido a las manifestaciones vertidas por un locutor en un programa radiofónico, con frases que desmerecían a la actora en su consideración ajena y en su prestigio profesional, y donde igualmente se formularon contra ella acusaciones de nepotismo, interpuso ésta demanda sobre protección del derecho al honor, integridad e imagen contra la empresa de radiodifusión, el locutor deportivo y el director de la empresa radiofónica de la localidad.

El Juez de Primera Instancia desestimó las excepciones dilatorias y estimó parcialmente la demanda, condenando solidariamente a los demandados; la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación, confirmando la sentencia en cuanto a la empresa y al locutor, pero revocándola respecto a la condena del director. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**5. Derecho al honor y libertad de información: prevalencia de esta última cuando la información se atiene a la veracidad de los hechos y hay consentimiento del afectado. Facultades del juzgador para determinar la esfera de protección.**—El derecho fundamental recogido en el art. 20.1.d) CE tiene una posición preferencial como derecho fundamental, y es una norma que garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedan vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra (SSTC 16 de marzo de 1981, 12 de diciembre de 1986 y 16 de diciembre de 1988). Dentro de la imposibilidad apriorística de fijar los verdaderos límites entre el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante cualquier medio de reproducción y el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar, debe afirmarse la posición preferencial del derecho fundamental reconocido en el art. 20.1.d) CE, según ha declarado el TC (ST ya citada, entre otras, de 12 de diciembre de 1986), máxime cuando la información se atiene a la veracidad de las manifestaciones de los afectados y no se da una divulgación incontestada de datos privados de una persona o familiar conocidos a través de una actividad profesional u oficial que haya prescindido del consentimiento de quienes manifestaron libremente su opinión sobre los hechos que les competen personalmente.

Aun cuando el afectado no consienta de manera expresa a las manifestaciones vertidas, su sola presencia sin una palabra de oposición pone de relieve que conoce lo que se explica; pero además, cuando las manifestaciones expresadas, son pronunciadas en circunstancias que hacen prever como segura su divulgación, no pueden entenderse como invasión de la intimidad ni lesivas para el honor.

Se atribuye al juzgador establecer la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas (STS 5 de mayo de 1988) (STS de 11 de febrero de 1992, ha lugar).

**HECHOS.**—Habiéndose publicado un artículo periodístico (constando como su autor el equipo de redacción), consecuencia de una entrevista a sus padres, en la que estaba presente el demandante, y debido a las reiteradas alusiones a éste, haciendo referencia a su filiación extramatrimonial, como descendiente y presunto heredero de una personalidad vaticana, y acusándole de delitos de emisión de cheques sin fondos y de estafa, interpuso el actor demanda sobre protección del derecho al honor contra el jefe de redacción y el diario.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. Prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**6. Protección del derecho al honor: competencia de la jurisdicción civil. Carácter público de la persona sometida a información (alcalde): mayor legitimación para difundir la noticia; mayor tolerancia y flexibilidad en el enjuiciamiento de las expresiones vertidas. Doctrina jurisprudencial sobre la colisión entre los derechos al honor, a la libertad de expresión y a recibir lí-**

**bremente información.**—Si efectivamente el art. 1-2 LO 5-5-82 establece, de forma taxativa, que cuando la intromisión sea constitutiva de delito se estará a lo dispuesto en el Código penal, es evidente que parte de la realidad de una intromisión constitutiva de delito, lo cual no puede en principio, identificarse con una denuncia de hechos en donde no sólo, inicialmente, por el mismo denunciante no se los ha considerado como subsumibles en la figura delictiva correspondiente al Código penal, sino que, es más, iniciándose la correspondiente vía civil, el propio órgano judicial en la segunda instancia, de forma rotunda los ha descalificado al no apreciarlos subsumibles en el CP, por lo que huelga replantear la abdicación de esta jurisdicción para el entendimiento del litigio y remitir lo actuado a la jurisdicción penal, y todo ello, además, se confirma porque por el principio dispositivo de la acción ejercitada, en cualquier caso en que la parte actora hubiera entendido que, en efecto, la vía elegida no era la adecuada, podía perfectamente haberse apartado del proceso y haber ejercitado la correspondiente acción ante la jurisdicción según él competente; además, por STC de 16 de diciembre de 1991, se anula aquella línea jurisprudencial al afirmarse que «ejercitada la acción de protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen, para cuyo conocimiento es plenamente competente la jurisdicción civil, en ningún exceso de jurisdicción incurrir ni el órgano judicial de primera instancia ni el tribunal de apelación al no dar preferencia a la jurisdicción penal en aplicación del art. 1-2 LO 1/82, pues, no pendiendo proceso penal alguno por los mismos hechos a los que se imputa la lesión de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen y cuya existencia no ha sido discutida, ni estando condicionada la decisión de la cuestión que constituye el objeto del proceso civil por la previa calificación de los mismos como constitutivos de delito, es evidente que los órganos judiciales de instancia y apelación no incurrir en exceso de jurisdicción por el hecho de no suspender el procedimiento ni el fallo del pleito, pues ni el art. 1-2 LO 1/82 ni, por conexión con aquél, los arts. 111 y 114 LECr, 362 LEC y 10-2 LOPJ les obligan a ello, con lo que al anular todas las actuaciones y apreciar la concurrencia de un vicio de incompetencia inexistente, la sentencia incurrir en manifiesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24-1 CE) y, al negar el ejercicio de la acción de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, viene también a lesionar dichos derechos fundamentales».

Si no existe figura delictiva en el reportaje periodístico, y en razón de su contexto literal, debe mantenerse la línea jurisprudencial de que el ejercicio del derecho a la información periodística, cuando se trata de analizar valorando positiva o negativamente una conducta de una autoridad pública (en el caso de autos, la del Alcalde de la localidad), evidentemente, se cuenta ya con una plataforma legitimadora para la emisión del correspondiente reportaje o difusión de su noticia; asimismo, en razón del carácter público de la persona sometida a dicha información, es natural que se permita una cierta mayor tolerancia y flexibilidad en el uso de expresiones o de hechos posibles imputados a la persona objeto de la información, porque si esta persona es una autoridad municipal, es evidente que toda su conducta o trayectoria profesional, en su dimensión estrictamente política, deberá

estar sometida a la receptividad aprobatoria o desaprobatoria del conjunto de los ciudadanos, cuya política municipal a ellos se ordena por él mismo, habiendo, sobre todo, de subrayarse que en cualquier Estado de Derecho con un perfil democrático como el nuestro, no es posible aplicar criterios idénticos sobre las expresiones que se viertan en torno al ejercicio de una función pública en un reportaje en uso del derecho de información y con la misma severidad o justeza a cuando estos mismos tratan de penetrar o proyectarse en la vida particular o privada del sujeto informado (STS de 26 de febrero de 1992, no ha lugar).

HECHOS.—A consecuencia de la publicación de un artículo periodístico, en el que se hacía referencia a la utilización por parte del alcalde de dos vehículos de propiedad municipal y otros pormenores, el citado alcalde de la localidad, considerando el contenido difamatorio y atentatorio contra su honor, interpuso demanda sobre protección del derecho al honor contra el autor del artículo y la empresa propietaria del periódico.

El Juez de Primera Instancia, desestimando la excepción de declinatoria de jurisdicción y entrando a conocer el fondo del asunto, desestimó íntegramente la demanda: la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—La sentencia que extractamos reproduce literalmente el fundamento de Derecho segundo de la de 16 de diciembre de 1988 —aunque erróneamente remite en la fecha a la de 16 de mayo—, sumándose así a la reiterada doctrina jurisprudencial sobre colisión entre derecho al honor y libertad de expresión, que la precitada STS de 16 de diciembre recoge ampliamente y que nos permitimos referir aquí en tanto que parte de la fundamentación jurídica de la presente sentencia: «Para la adecuada y correcta resolución del presente litigio (y de muchos análogos planteados con frecuencia en nuestros días) conviene tener presente, a modo de consideraciones básicas y fundamentales, que el art. 18-1 CE garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y que, frente a él, el art. 20-1 reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (apartado a) y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (apartado d). Uno y otro precepto tienen su sede, como es bien sabido, dentro de la Sección 1.<sup>a</sup> (de los derechos fundamentales y las libertades públicas), Capítulo II (derechos y libertades) del Título I de nuestra Ley Fundamental (Derechos y deberes fundamentales), preceptos que por lo que concierne a la primera de estas materias han sido complementados por la LO de 5 de mayo de 1982 sobre Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, verdadero desarrollo legislativo del citado art. 18 y de la tutela de los ciudadanos del art. 53-2 CE y, en consonancia con el mismo, la DT 2.<sup>a</sup> LOTC, de 3 de octubre de 1979. La posible colisión entre uno y otro derecho, configurados ambos como fundamentales y dignos de protección



constitucional, ha dado lugar ya a una nutrida jurisprudencia, tanto por parte del TS como del TC, debiendo destacarse en una y otra la referencia a la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, lo que no excluye el convencimiento de que —en línea con la más decidida y avanzada jurisprudencia constitucional— el art. 20 CE en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la CE consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseando el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1-2 CE y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (STC 16-3-1981). En esta misma línea el Tribunal ha puntualizado que la CE otorga a las libertades del art. 20 una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales (STC 17-7-1987), afirmando expresamente la posición preferencial del derecho reconocido en el art. 20-1 d) (STC 12-12-1986). Tales pronunciamientos vienen, en definitiva, a insistir en que, tal como admite la generalidad de la doctrina científica, no se puede olvidar que cualquiera que sea la concepción iusnaturalista, ética o histórica— que se acepte sobre la fundamentación de los derechos fundamentales reconocidos como tales en la CE, éstos no sólo no son derechos absolutos e ilimitados todos ellos, sino que tales derechos, ni en su alcance, ni en su jerarquía, ni en su limitabilidad ostentan igual significación, por lo que resulta necesario, en los supuestos de colisión eventual de derechos de naturaleza fundamental, establecer una graduación jerárquica entre los mismos según su importancia, que conduce a recordar la tradicional división bimembre entre derechos fundamentales «activos», inspirados en el valor superior de la libertad y los derechos «reaccionales», en cuyo ámbito hay que situar el derecho al honor, fundados en el valor o principio de seguridad propio de todo Estado-de Derecho. Todo lo anteriormente expuesto no permite sostener, claro está, que la libertad de información esté concebida o diseñada constitucionalmente como una libertad absoluta que pueda prevalecer sin límites sobre otros derechos constitucionales o, específicamente, sobre el derecho al honor. Ambos derechos fundamentales se inspiran y cobran su fuerza legitimadora de dos fuentes o «valores superiores» diferentes y en función de ello los límites del derecho a la información, política y socialmente tan cualificado, han de interpretarse siempre restrictivamente, en la medida que ello redundan directamente en favor de la libertad, que es, como queda dicho, el valor superior en que se inspira el derecho a la libertad de expresión e información, concebido como derecho fundamental «activo», y esa interpretación restrictiva es la que viene proclamando la más reciente jurisprudencia constitucional, de manera que para resolver las colisiones, frontales o tangenciales, de aquel derecho básico con otros derechos constitucionales se han de utilizar por los tribunales técnicas interpretativas que no coarten ni restrinjan la información ni imposibiliten o reduzcan la crítica o el debate

públicos, ciertamente necesarios en toda sociedad democrática. Este planteamiento básico y su adecuada interpretación explica y justifica que, conforme a la declaración programática del art. 18-1 CE, los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de incuestionable rango constitucional, ofrezcan suficiente entidad para que, precisamente a tenor del citado art. 20-4 CE, tales derechos vengan a constituir verdadero límite al ejercicio de la libertad de expresión recogida en el propio texto constitucional. Y de ahí que la LO sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de 5-5-1982, al fijar el ámbito en que han de desenvolverse los derechos regulados en el art. 2 enumera una serie de supuestos de vulneración de tales derechos que se rubrican en el n.º 7 del art. 7 como los tendentes a la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando implique difamación o desmerecimiento en la consideración ajena. Ahora bien, como ya ha puntualizado la STS de 19-1-1988, este derecho ha de ser concebido y puesto en relación con los derechos de expresión y de comunicación informativa, debiendo recordarse respecto a éstos que, como recientemente precisó la STC de 21-1-1988, los derechos consagrados en el art. 20-1 apartados a) y d) presentan un contenido distinto y diferentes límites y efectos, pues mientras que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, que abarcan incluso las creencias, por su parte el derecho a comunicar y recibir libremente información versa sobre hechos que pueden denominarse como noticiables en el común sentir social, de modo que, como ya precisó la STDH de 8-7-1976 y puntualizó al respecto la STC de 23-11-1983, la comunicación informativa a que se refiere el art. 20-1 ap. d) CE versa exclusivamente sobre hechos; pero con tal entidad específica que tales hechos pueden encerrar trascendencia pública a efectos de que sea real y evidente la participación de los ciudadanos en la vía colectiva, de tal forma que sujeto primario de la libertad de información y del correspondiente derecho a recibirla es toda la colectividad y cada uno de sus miembros». (E.A.P.).

**7. Protección civil del derecho al honor. No es necesaria la identificación del agraviado con nombre y apellidos. No puede ejercitarse la libertad de expresión de forma que desmerezca a la persona en la opinión y juicio de los demás. El derecho a comunicar libremente información requiere la veracidad de la misma.**—Pueden no utilizarse el nombre y los apellidos, pero la persona se identifica por los lectores del artículo a través de los detalles que sobre la misma contiene. Entonces no puede caber duda de que hay una identificación y, en consecuencia, una posible lesión a los derechos fundamentales que la LO 1/82 de 5 de mayo protege.

No hay ninguna razón que justifique que para dar información de una sentencia del TS tenga que atentarse contra la dignidad ajena, mucho más tratándose del siempre execrable delito de violación. Reducido el caso a un ejercicio de la libertad de expresión, tampoco estamos ante el comentario y crítica de una decisión ju-

dicial (siempre lícita dentro de los obligados términos de respeto a la Administración de Justicia), sino ante una presentación del lamentable suceso acaecido a la demandante de una forma que la hace desmerecer en la opinión y juicio de los demás.

No se está, por último, ante el ejercicio por el periodista de un derecho a comunicar información, ya que ésta, por imperativo constitucional, ha de ser veraz, y la veracidad obliga al contraste de la noticia con datos objetivos (STS de 10 de marzo de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**—Debido a la publicación, sin firma, de un artículo periodístico que la actora consideraba atentatorio a su buen nombre, dado que en él se relataban hechos relacionados con el delito de violación de que fue víctima, poniendo en duda su versión de los hechos, aduciendo intimidación por parte de algún familiar suyo a los acusados y criticando el excesivo rigor en la pena impuesta por la Audiencia Provincial a los autores, cuya sentencia fue ratificada por el TS, la actora promovió juicio sobre protección civil del derecho al honor, intimidad personal y propia imagen contra el director del periódico y la Editorial.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda, condenando a los demandados a indemnizar a la actora y a publicar en el diario el texto íntegro de la sentencia bajo el específico titular que en ella misma se determinaba; la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación, revocando únicamente lo relativo a la titulación que había de preceder a la sentencia. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

**8. Colisión entre el derecho a difundir libremente información y el derecho al honor: comisión de un delito: constituye atentado al honor citar nombres de personas no implicadas, sin ser indispensable. Protección de la intimidad: personaje público: también tiene una zona de intimidad donde una intromisión es ilícita.**— Si bien es cierto que una reiterada doctrina, tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala, reconocen el derecho que a los informadores asiste de facilitar a los medios de difusión información veraz sobre hechos noticiosos, y no cabe duda que lo es la comisión de un delito, también es cierto que si, por una parte, para dar cuenta de tal delito no era en absoluto preciso citar nombres concretos de personas físicas o privadas, por otra, tal cita, con sus nombres y apellidos, tan sólo se justifica cuando su consignación lo sea a título de autores o participantes en tal delito, información esta que, según la aludida doctrina constituye un atentado al honor de aquel a quien se imputa, únicamente salvable cuando la imputación fuera no sólo veraz, sino indispensable para dar conocimiento del hecho delictivo objeto de la noticia.

Aun cuando los personajes públicos tienen un área de intimidad menor que las personas meramente privadas, ello afecta tan sólo a los sectores que se relacionan con su actividad, sin que quepa negarles la posibilidad de acotar una zona de comportamiento meramente privado, en el que no se concede acceso al público,

so pena de producirse una ilícita intromisión en su intimidad, y sin que pueda concluirse que el mero hecho de comparecer ante la prensa, con la finalidad de descartar por su parte la ejecución de conductas que la publicación parecía matizar de delictivas, suponga, en modo alguno, un consentimiento en la actividad calificada de ilícita intromisión en los derechos fundamentales que legitime su realización (STS de 18 de marzo de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**—Como consecuencia de una serie de publicaciones en prensa en las que había una implícita confirmación de la relación indirecta de una famosa actriz con personas detenidas en relación con un delito de tráfico de niños (alusiones, fotografías, etc.), los padres, en nombre propio y en representación del menor, interpusieron demanda sobre protección al honor y a la intimidad contra los periodistas y la Editorial.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda; la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación (E.A.P.).

### 3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

**9. Honorarios del Letrado.**—Como ya se dijo en precedentes resoluciones de esta Sala en casos similares (Sentencias de 31 de marzo y 15 de septiembre de 1987, 20 de abril de 1991 y 10 de marzo de 1992), no puede considerarse improcedente señalar honorarios por la preparación para la vista, desde que ello es parte integrante de las actuaciones del Letrado, que oralmente ha de informar con la debida preparación. Por todo ello, la circunstancia de que se engloben los dos conceptos en la minuta y tasación efectuada no implica sean indebidos, ni en realidad producen confusión alguna, dado que el trámite de instrucción puede considerarse accesorio en el aspecto intelectual respecto de los de preparación y asistencia a la vista que son los principales y sobre los que gravita la suma señalada en su totalidad. Doctrina que en lo que atañe a este supuesto, viene confirmada por unas indirectamente y otras «a contrario sensu» (Sentencias de 20 de marzo de 1989, 20 de junio, 22 de octubre y 14 de diciembre de 1990). (STS de 13 de abril de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—Practicada la tasación de costas por el Secretario reffrendante el 12 de junio de 1991, dióse vista por tres días a las partes comenzando por la condenada a su pago, que en escrito presentado el 18 del mismo mes impugnaba los honorarios del Letrado don Francisco P.H., por indebidos y por excesivos, así como también los derechos del Procurador por falta de desglose de las distintas partidas incluidas en la tasación.

El Tribunal Supremo confirma las sentencias de instancia, considerando improcedente la impugnación de los honorarios por indebidos. (A.C.S.).

**10. Formas esenciales del juicio. Normas reguladoras de la sentencia: principio de congruencia, dualidad de partes y contradicción.**— « [...] el principio de congruencia, que consagra el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, obliga al órgano jurisdiccional a decidir o resolver todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, [...] entre los que eran partes en el mismo [...].

[...] la demanda reconventional sólo puede dirigirla el demandado contra quien en el proceso es el demandante inicial, no contra un tercero extraño al mismo», pues de otro modo, se conculcarían «frontalmente no sólo los principios procesales de dualidad de partes y de contradicción, sino también, y sobre todo, el precepto imperativo del artículo 24 de la Constitución que proscribire toda indefensión», en cuya situación se dejaría al tercero, afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no había sido parte ni podía serlo.

**Error en la apreciación de la prueba de confesión judicial. Requisitos de admisión.**—Se considera requisito ineludible para poder denunciar un error sobre la valoración de prueba, la cita del precepto que, conteniendo norma valorativa de la prueba de confesión judicial, en este caso, se considere infringido (Sentencias de 3 de diciembre de 1985, 29 de abril de 1986, 21 de septiembre de 1987, 25 de mayo de 1988, 5 de noviembre de 1990, 22 de abril de 1991).

Igualmente tiene declarado la Jurisprudencia (Sentencias de 15 de febrero y 7 de marzo de 1988, 27 de mayo, 23 de junio y 19 de octubre de 1989, 21 de diciembre de 1991), que «la prueba de confesión no puede aislarse de los demás medios probatorios sino que ha de valorarse en conexión con el conjunto de la prueba practicada».

**Intimidación. Acción de anulabilidad. Prescripción.**—El artículo 1267 del Código civil define el vicio intimidatorio, como la inspiración de temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave, mediante «una amenaza injusta o ilícita, con marcado matiz antijurídico y tan fuerte que obligue a quien la padece a que su voluntad se determine en sentido contrario a sus intereses», lo que no ocurre con el ofrecimiento de no ejercer un derecho en forma correcta y no abusiva.

«[...] la intimidación (“vis compulsiva”), aunque vicia el consentimiento, no lo excluye, ni elimina (voluntas coactas, voluntas est), y, en consecuencia, como norma general, sólo da lugar a la mera anulabilidad, no a la nulidad radical del contrato respectivo (artículo 1300 del Código Civil)...».

La acción de anulabilidad prescribe por el transcurso del plazo de cuatro años, según establece el artículo 1301 del Código Civil. (STS de 5 de marzo de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—La entidad «IMF» promovió demanda contra D. José R. F.F. y su esposa, suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se declare a su favor la propiedad de determinados inmuebles, y se condene a los demandados a su reconocimiento y al desalojo de las mencionadas fincas, que fueron vendidas a la parte actora para reducir, con su importe,

la responsabilidad civil derivada de un supuesto delito de apropiación indebida, por el que fue procesado posteriormente el demandado, quien accedió, de acuerdo con su esposa, y por indicación del perjudicado por el anterior supuesto delito, a la ya mencionada venta. La parte demandada formuló doble reconvención, una contra la parte demandante, solicitando nulidad radical del contrato privado de compraventa, otra contra la entidad mercantil, extraña al proceso, que transmitió los inmuebles a los demandados, para pedir la nulidad absoluta de la escritura pública de venta otorgada entre ambas entidades.

El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. No ha lugar al recurso de casación. (R.D.R.).

**11. Inexistencia de enriquecimiento injusto.** Es imposible estimar en la contratación de autos, la concurrencia de un enriquecimiento injusto en beneficio del demandado recurrido, toda vez que quiebra el requisito de «falta de una causa justificativa del enriquecimiento», puesto que dicho contratante no falseó las manifestaciones hechas en el contrato y la actora recurrente contrató con perfecto conocimiento de causa y de conformidad con la situación.

**Deber de observancia de lo pactado por las partes. Cláusula «rebus sic stantibus».** No es dable apreciar en el actuar del Tribunal «a quo» una vulneración de los arts. 1256 y 1258 del Código Civil ya que los posibles efectos negativos del contrato no acontecieron por una acción u omisión imputable al recurrido, de modo que cupiera atribuir al arbitrio del mismo un incumplimiento contractual, y, además, no existe posibilidad de hacer aplicación de la denominada cláusula «rebus sic stantibus» al requerir, según exigencia de la doctrina de la Sala, manifestada, entre otras, en las sentencias de 16 de junio de 1983 y 13 de marzo de 1987, la concurrencia de «hechos extraordinarios, imprevisibles e imprevistos por las partes» y capaces de provocar el desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato.

**Resolución por incumplimiento.** La doctrina mayoritariamente sentada por la Sala responde al criterio de exigir, como uno de los requisitos que comportan la observancia del art. 1124, la concurrencia de una voluntad manifiesta de incumplir, y de ello, se desprendería la dificultad de incluir, en principio, en dicho precepto la conducta del recurrido. (STS de 31 de diciembre de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**—La entidad mercantil HMA SA, celebró con Don N.R.M. un contrato de opción de compra de unos terrenos, por la cantidad de 50 millones de pesetas, que fueron entregadas por la citada entidad mercantil, no obteniendo en cambio por parte del demandado, la entrega de los terrenos pactados, al no encontrarse éste en condiciones de ponerlos a disposición de la parte actora, en las condiciones urbanísticas acordadas. Por ello, la entidad mercantil interpone demanda solicitando que se

declare la ineficacia de dicho contrato, y le sea restituida la cantidad entregada como precio de la opción. El Juez de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia admite el recurso de apelación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación confirmando el fallo de la Audiencia. (P.C.A.).

**12. Responsabilidad civil contractual: indemnización de daños y perjuicios. Prueba del daño producido.** No puede condenarse a un resarcimiento de daños, ya derivados de contrato, ya de acto ilícito, si los daños no han sido probados. Esta prueba de los daños incumbe al acreedor reclamante de la indemnización (SSTS de 2 de febrero y 6 de mayo de 1960; 6 de octubre de 1961 y 11 de marzo de 1967).

La determinación de la existencia o de la cuantía de los daños puede quedar excluida del aludido rigor de prueba, cuando en contrato previo se haya pactado para el caso de incumplimiento una cantidad alzada que el infractor haya de satisfacer al perjudicado en concepto de indemnización de daños (supuestos de la llamada cláusula penal. art. 1152 y ss. del Código Civil), o cuando de los hechos demostrados se deduzca fatal y necesariamente la existencia del daño, en cuyo caso tampoco se requiere prueba del mismo, como han reconocido, entre otras, las sentencias de 2 de abril de 1960 y 28 de abril de 1969. (STS de 5 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La entidad mercantil talleres Lardero S.A., interpuso demanda contra su administrador Don E.S.S., solicitando se declarara que el demandado había ocasionado daños a la actora por malicia y abuso de facultades, o negligencia grave en el cumplimiento de sus funciones. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación revocando el fallo anterior. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (P.C.A.).

**13. Promesa de venta.** El cumplimiento de las exigencias prevenidas en el artículo 1451 del Código Civil, de conformidad en la cosa y en el precio, da derecho a los contratantes y en este caso por tanto al demandante, para reclamar el cumplimiento del contrato, de tal manera que, como ha sido reconocido en sentencias de esta Sala de 1 de julio de 1950, 2 de febrero de 1959 y 21 de marzo de 1965, vigorizando tal relación jurídica, se permite y en consecuencia posibilita el cumplimiento forzoso de la promesa de compraventa, con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez, en contra de la dirección que se venía indicando a una mera indemnización de daños y perjuicios, limitando ésta sólo para el supuesto, no apreciado en el presente caso, de que el contrato, por cualquier causa no se pueda cumplir. (STS de 3 de marzo de 1992, no ha lugar).

HECHOS.—Habiéndose celebrado entre la parte actora y la entidad demandada Sociedad Presa del Campo S.A., convenio de promesa de

venta de un terreno, en el que se acordaba la entrega de una cantidad inicial y el pago del resto del precio en el momento pactado de elevación del contrato a escritura pública, el actor interpuso demanda en la que solicitaba se declarara la propiedad de éste sobre el terreno y la elevación del contrato a escritura pública. El Juez de Primera Instancia admitió la demanda. El recurso de alzada no prosperó. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (*P.C.A.*).

**14. Contrato de compraventa. Fijación del precio.** El artículo 1.449 del Código Civil prohíbe que el señalamiento del precio quede al arbitrio de uno de los contratantes, integrándose por el supuesto de que el precio no se haya determinado en el momento del contrato ni establecidas las bases para su definición y que, consecuentemente, uno de los contratantes pueda libremente fijarlo posteriormente. De esta manera se marginaría la fuerza vinculante de las relaciones obligacionales, pues la certeza del precio es requisito esencial a la propia naturaleza de los contratos, conforme al artículo 1.445 del Código Civil. No obstante el concepto de precio cierto no exige necesariamente que se precise cuantitativamente en el momento de la celebración del pacto, sino que basta que pueda determinarse aquél, es decir, que el concepto no quede en blanco ni afectado de unilateralidad plena, sino que pueda ser determinado con la referencia puntual y concreta que se convenga y así lo prevé el artículo 1.447 del Código Civil y la doctrina de esta Sala (Sentencias de 2 de febrero de 1959, 18 de mayo de 1963, 22 de febrero de 1968) (**STS de 10 de febrero de 1992**; no ha lugar).

**HECHOS.**—Las partes fijaron inicialmente unos precios y módulos-base, pero sujetos a revisión y actualización, ya que con arreglo a los mismos y en tiempo posterior, se había de precisar el precio final y sin necesidad de ningún otro convenio, bastando con la liquidación de cuentas que los litigantes plasmaron en un documento y que indudablemente les vincula, al cuantificar definitivamente lo que habían convenido como provisional y regla de partida (*J.B.D.*).

**15. Resolución del contrato de compraventa.** No basta con que se de la situación de debitación imputable al comprador, para que prospere la resolución del pacto que los relaciona, sino que la otra parte —el vendedor— debió cumplir con lo convenido y reflejar en el acto de transmisión todas las vicisitudes, cargas y gravámenes que afectaban al objeto cedido, para garantizar así y al máximo su obligación de entrega pacífica de la cosa y evitar frustraciones en el adquirente ante posibles perturbaciones a sus derechos dominicales, derivados de las cargas con constatación registral, las que no se probó conociera, al tiempo de celebrar la venta, sino con posterioridad.

**Prueba de confesión judicial.** La prueba de confesión judicial no tiene carácter de prueba prevalente ni preferencial o de rango superior (sentencias de 23 de junio y 24 de noviembre de 1983, 7 de junio de 1984 y 17 de febrero de 1987).



En todo caso ha de ser explícita, categórica y contundente, correspondiendo a los juzgadores inquirir la verdadera naturaleza y realidad de su contenido, apreciándola libremente en conjunción con las demás probanzas producidas en el juicio (Sentencias de 23 de junio y 11 de julio de 1983, 5 de diciembre de 1986 y 6 de octubre de 1988) (STS de 30 de enero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Don Félix vendió a Don José un local comercial, haciéndose constar en el documento privado que el bien transmitido estaba libre de toda carga o gravamen. Posteriormente, el comprador entró en posesión del local y tuvo conocimiento de que estaba afectado de gravámenes y cargas que no se habían reflejado en el pacto de venta, las cuales tenían adecuada constancia en el Registro de la Propiedad. El comprador lo comunicó al vendedor, y ambos pactaron sustituir uno de los pagos aplazados, otorgando documento complementario del contrato principal. Don Félix pretendía la resolución del contrato (*J.B.D.*).

**16. Compraventa. Artículo 1.504 del Código Civil.** Los hechos acreditados en autos revelan la voluntad de incumplimiento del comprador, quien no puede ampararse en ningún motivo ni causa que justifique su conducta, su voluntad renuente del pago, pero es que además ha de reiterarse que la actual jurisprudencia de esta Sala se separa del anterior criterio subjetivo conforme al cual la voluntad deliberadamente rebelde o contraria al cumplimiento era requisito inexcusable para la aplicación del artículo 1.504. Se mitiga el rigor del lenguaje por entender que la «voluntad deliberadamente rebelde» es más bien propia del incumplimiento doloso. Las sentencias actuales (entre otras las de 12-V-88, 22-II-88, 5-VI-89, 20-XII-89, 21-VII-90, 5-IX-91) afirman que deben entrar en el ámbito resolutorio del 1.504 aquellos casos, como el presente, en el que el incumplimiento de la obligación de pagar es duradero, persistente, frustra para el vendedor la finalidad del contrato y no encuentra para el comprador explicación razonable alguna de su postura (STS de 14 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El vendedor exigió la resolución del contrato de compraventa de un piso por incumplimiento de los compradores, que no pagaron parte del precio. En todas las instancias, se declaró resuelto el contrato de compraventa (*J.B.D.*).

**17. Responsabilidad decenal de arquitectos.**—«El resarcimiento de los daños debe únicamente extenderse a los que, habiendo sido realmente causados por la persona a quien se reclama su resarcimiento, sean imputables a la misma, y, en el supuesto de autos, debe partirse de la declaración fáctica que opera la resolución de la Audiencia, que no ha sido combatida con éxito en la vía casacional, de que no aparece acreditada la defectuosa concepción de la cubierta, cuyos daños pueden ser imputables a su deficiente mantenimiento, pero no deben repercutir, lógicamente, sobre los arquitectos ni sobre su compañía aseguradora».

**Prueba de presunciones. Subsidiariedad respecto de otros medios de prueba directos.**—«La aludida conclusión fáctica no fue en modo alguno obtenida por la Sala sentenciadora a través de la utilización de la prueba de presunciones, sino de la valoración conjunta de los medios probatorios unidos a las actuaciones, de entre los que se citan expresamente la testifical, documental y pericial, por lo que mal puede concluirse que la resolución que hoy se recurre haya infringido las normas procesales relativas a una prueba que, siendo como es subsidiaria, no fue utilizada por acudir a otros medios de prueba directos». (STS de 5 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—Por la parte actora (IMPASA) se interpuso demanda de reclamación de cantidad contra dos arquitectos, dos aparejadores, sus respectivas Compañías Aseguradoras y contra la entidad GH, S.A. El juzgado estimó parcialmente la demanda condenando solidariamente a los dos arquitectos y a su Mutua aseguradora, y absolviendo al resto de los demandados. La Audiencia confirma dicha resolución. El demandante en primera instancia pretende que se imponga a los arquitectos los gastos acreditados de las obras realizadas en la cubierta. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (P-J- F.L.).

**18. Arrendamiento. Objeto. Causa. El arrendador no responde de las perturbaciones de mero hecho causadas por terceros.**—«No existe infracción del artículo 1261.2 del Código Civil pues la parcela solar de 3.000 metros cuadrados, objeto del contrato de arrendamiento en cuanto a su uso y disfrute por el tiempo convenido, fue puesta a disposición y entregada a la entidad recurrente que la ocupó e inició sus actividades. (...) La imposibilidad del objeto, conforme a una interpretación racional del artículo 1272 del Código Civil, cuyas raíces se hunden en la Partida 5.<sup>a</sup>, Título XI, Ley 21, ha de ser originaria y, además, ha de ser total para provocar la nulidad del contrato. (...) La causa, en los contratos onerosos como es el arrendamiento, consiste normalmente en la reciprocidad de las prestaciones como fin económico social del negocio. (...) Si bien es conforme a Derecho que el arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato (artículo 1554, 3.º del Código Civil), esta obligación no alcanza a responder de las perturbaciones de mero hecho que los terceros causen en el uso de la finca arrendada (artículo 1560 del Código Civil), esto es, que el arrendador sólo responde de las perturbaciones causadas por él mismo tanto de hecho como de derecho, y de las perturbaciones de derecho causadas por terceros; de aquí que el Código Civil (artículo 1560 párrafo primero) confiera acción directa al arrendatario para hacer frente a las perturbaciones de las que no responde el arrendador; esta posición no prejuzga las responsabilidades de los terceros que, por ellos mismos, deban responder respecto de los perjuicios causados». (STS de 24 de enero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El demandante arrendó a los demandados una parcela solar con local destinado a oficina en la que se estableció la explotación

de un almacén de carbón. Los vecinos de un barrio próximo iniciaron una serie de manifestaciones de protesta contra el desarrollo de dicha actividad. El arrendador demanda a los arrendatarios por cuatro mensualidades adeudadas correspondientes al año 1983, así como por las rentas de todo 1984. Los arrendatarios formulan reconvencción alegando nulidad del contrato desde el día en que fue imposible usar y disfrutar el local a consecuencia de las manifestaciones. El Juzgado estima totalmente la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia confirma dicha resolución. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*P.-J.F.L.*).

**19. Arrendamiento urbano de local de negocio sujeto al Decreto-Ley Boyer: Sumisión implícita a prórroga forzosa:** A partir de la vigencia del Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 abril, sobre Medidas de Política Económica, hay dos clases de arrendamientos urbanos: los anteriores sujetos a prórroga forzosa, y los posteriores a los que será de aplicación la tácita reconducción del art. 1566 Cc, a no ser que los contratantes hubieren convenido explícita o implícitamente el sometimiento al régimen de prórroga forzosa, haciendo uso de la libertad de pacto que preconiza el art. 1255 C.c., no estando prohibida tal posibilidad, como dijo la s. de 12 de mayo 1989, por el art. 9.º del referido Real D. Ley al haberse limitado a suprimir el mero automatismo legal u *ope legis*, y sin el previo consentimiento de las partes, del expresado régimen de prórrogas forzosas. Esta posibilidad de pacto ha hecho aconsejable en la práctica para evitar dudas que en aquellos supuestos en que realmente no se quiera la prórroga forzosa pero se inserten cláusulas sobre revisión de rentas, se exprese con toda claridad que el contrato no está sometido a aquélla, y ello ante la contingencia de que las meritadas cláusulas estabilizadoras presupongan una tácita voluntad en punto a la continuación indefinida del contrato.

**Necesidad de interpretación caso por caso cuando el contrato arrendaticio es posterior al Decreto-Ley Boyer: Renta anual:** La necesidad de que cada contrato arrendaticio concertado con posterioridad a la entrada en vigor del aludido Real Decreto-Ley sea objeto de una interpretación individualizada en relación con la duración, siendo de decir respecto al litigioso que no se estableció plazo concreto de duración, aunque en relación con el art. 1581 C.c. haya de entenderse pactado por años al decir: «Acuerdan el arrendamiento del inmueble identificado en el encabezamiento en el precio de 600.000 pts. año, pagaderas por meses anticipados»; pero queda en pie el problema planteado en el recurso sobre si debe entenderse, o no, pactada una prórroga indefinida.

**Arrendamiento de larga duración con prórroga voluntaria:** El criterio hermenéutico del Tribunal *a quo* tuvo como finalidad la indagación de la intención verdadera de las partes contratantes a través de sus actos coetáneos y posteriores, siendo tenidos en cuenta los siguientes factores objetivos para formar su convicción: establecimiento de una cláusula de estabilización, prohibición al arrendatario de destinar el local a fin distinto para el que se arrendó —joyería—, autorización al arrendatario a realizar obras de adaptación cuyo importe ha sido

superior a dos millones de pts.; la valoración racional y crítica de los extremos relacionados no permite calificar de errónea y carente de lógica la conclusión del Tribunal de referencia de tratarse de un pacto de un arrendamiento de largo alcance, con prórroga voluntaria del arrendamiento y exclusión de la aplicación de 1 Decreto de 30 de abril 1985, interpretación que no contradice el espíritu y finalidad del mentado texto legal, por lo que procede rechazar la infracción del art. 9.º del referido Real Decreto-ley, así como lo concerniente al principio de seguridad en el tráfico. (STS de 4 febrero 1992: No ha lugar).

NOTA: No cabe duda de que se trata de una arriesgada interpretación de la voluntad de los contratantes del arrendamiento litigioso, respecto de la cual el FD 3.º ofrece una explicación didáctico-cautelar, acaso no propia de una sentencia. ¿Es unívoca la exégesis obtenida por el tribunal de apelación que el TS considera razonable? El establecimiento de una cláusula de estabilización parece inducir una duración de varios años, al menos, de más de uno; pero también puede ser una cláusula innecesaria de mera advertencia al arrendatario para el caso de reconducción tácita o de prórroga contractual; la prohibición de cambio de destino es perfectamente compatible con un contrato temporal; la realización de obras de cierta importancia no es, de por sí, concluyente. Por otro lado, la interpretación aceptada ¿significará sujeción del contrato a la totalidad de la normativa de la LAU en cuanto a subrogación *mortis causa*, traspaso, derecho de adquisición preferente etc.? Demasiadas interrogantes para que pueda aprobarse esta doctrina jurisprudencial, acaso explicable por la enorme *vis atractiva* que ejerce una normativa vigente desde hace más de medio siglo (G.G.C.).

**20. Mandato. Transmisión y sustitución o delegación. Concepto.**—La transmisión del mandato y su sustitución o delegación, conceptos y doctrina recogidos en la sentencia de 14 de diciembre de 1943, recogen supuestos radicalmente distintos. «Opera el instituto de la transmisión cuando el mandatario, obrando en nombre del mandante, y en virtud de las facultades específicamente conferidas, traslada a otro las facultades de que fue investido, con el efecto de quedar desligado del mandato, y puesto en su lugar el sustituto, para que actúe éste en nombre del mandante; ha de entenderse, por el contrario, como delegación o sustitución cuando el mandatario hace intervenir a un tercero en el negocio objeto del mandato, bien mediante un poder que le otorga el nombre propio, o simplemente traspasándole el encargo recibido, pero sin desligarse en ninguno de ambos supuestos, de las relaciones jurídicas que tenía con el mandante, respecto al cual queda responsable de los actos realizados por estos auxiliares designados a su iniciativa (artículo 1721.1 del Código Civil)».

**Poder otorgado a Procurador. Naturaleza jurídica: No supone transmisión o sustitución de mandato.**—El acto de otorgar poder a Procurador por cualquiera de los sustitutos, «no implica una nueva sustitución o transmisión de facultades, sino el cumplimiento de un requisito para comparecer en juicio, pre-

visto en el artículo 3.º de la Ley Procesal Civil, y única manera hábil para que el mandante actúe ante los Tribunales de Justicia (sentencias de 9-5-1958; 27-2-1971 entre otras)». (STS de 2 de marzo de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—Ante incumplimiento de pago en contrato de compraventa, y habiendo otorgado el representante legal de la parte actora escritura de apoderamiento, por la que se concierta la sustitución de un poder general para pleitos en favor del que fue el poderdante del Procurador, se formula demanda suplicando se dicte sentencia por la que se condene al comprador al pago de la suma correspondiente. Opone el demandado excepción de falta de legitimación activa y pasiva, y de falta de personalidad en dicho Procurador por insuficiencia de poder, alegando que no se había transcrito en éste el documento acreditativo de la condición del poderdante como apoderado de la sociedad demandante, ni que aquél gozase de las facultades que transmitió, como es la de subapoderar.

El Juzgado de Primera Instancia, y después en apelación la Audiencia Provincial, desestiman las excepciones invocadas. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (R.D.R.).

**21. Culpa extracontractual: Muerte de limpiadora de panadería por electrocución: Omisión de medidas de seguridad:** Se declara probado que, con posterioridad al accidente, se introdujeron unos complementos en el sistema eléctrico de la panadería, consistentes en diferenciales, magneto y tomas de tierra, que revelaban la carencia anterior, y que no pueden valorarse como una mera puesta al día al ser notorio que existen medios mecánicos para cortar el fluido cuando tiene lugar un contacto irregular; de lo que resulta evidente, no ya sólo la imprevisión del riesgo, sino incluso la imperfecta o deficiente instalación por faltarle instrumentos que suele ser normal poner en los domicilios particulares; no establece, por tanto, presunción de culpabilidad alguna, sino la existencia de una conducta omisiva consistente en no haber dotado a la instalación eléctrica de la industria de aquellos elementos o aparatos que, de haber existido, habrían evitado el evento dañoso, lo que unido a la imprevisión del riesgo configura el elemento culpabilístico de la responsabilidad civil extracontractual, y ello sin necesidad de tener que acudir a las teorías de la inversión de la carga de la prueba o de la responsabilidad objetiva.

**Doctrina general sobre la relación de causalidad:** La doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada que exige que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural aquella que propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso una relación de necesidad conforme a los conocimientos normalmente aceptados; y debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficiente las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que, por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interre-

lación de esos acontecimientos, sino que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo.

**Muerte por descarga eléctrica: Relación de causalidad:** La muerte de la esposa y madre de los actores recurridos se debió a las graves lesiones dimanantes de la sedecación de los centros nerviosos por electrocución, acaecimiento ocurrido en el obrador de la panadería propiedad del demandado con ocasión de hallarse realizando aquéllas faenas de limpieza por orden y cuenta del titular del local, y si bien no consta cómo sobrevino el evento, en el sentido de que no se concretó el punto de la instalación eléctrica en que se produjo el contacto, es evidente que la muerte se debió a una descarga eléctrica, todo lo cual está poniendo de manifiesto la existencia de una relación de causalidad directa y eficaz entre la falta de las medidas de seguridad de que adolecía la instalación y el óbito de la operaria a consecuencia de la descarga eléctrica padecida, sin que conste en autos que ese proceso causal haya sido interferido por un actuar culposo imputable a la propia víctima.

**Compensación de culpas:** Es doctrina de esta Sala que las culpas a compensar han de ser de la misma entidad y de idéntica virtualidad jurídica, siendo revisable en casación en sus aspectos cuantitativos y cualitativos; en el presente caso no se ha aplicado por la Sala sentenciadora la compensación de culpas ya que por la misma no se ha apreciado conducta culposa alguna atribuible a la víctima.

**Transacción:** La Sala sentenciadora no ha negado eficacia al contrato transaccional traído a los autos por el recurrente para fundar su excepción perentoria, sino que en uso de su soberana y exclusiva facultad interpretadora de los contratos ha procedido a fijar su exacto contenido y alcance, y tal labor hermenéutica ha de prevalecer en casación en tanto no resulte ilógica o contraria a las normas de interpretación de los contratos contenidas en los arts. 1281 a 1289 C.c. y previa su alegación por el cauce procesal adecuado, del que aquí no se hace uso.

**Intereses sancionatorios del art. 921 párrafo 4.º LEC:** No se trata de intereses moratorios de los arts. 1100 y 1108 Cc sino de los que, con carácter punitivo o sancionatorio, establece el art. 921.4 Lec después de la reforma de 1984, que nacen *ope legis* sin necesidad de petición ni de expresa condena, pues tienen su origen en un imperativo de ley, y siendo obligatorio el conocimiento de ésta por los órganos insertos en el Poder Judicial, ni hace falta pedir lo que la ley manda, ni comete incongruencia el Juez que silencia un *petitum* de tal naturaleza (s. de 10 de abril 1990). (STS de 25 de febrero de 1992: No ha lugar).

NOTA: Sentencia «pedagógica» con exhaustiva y convincente argumentación. Se trata de un caso de aplicación de la doctrina culpabilística del art. 1902 basado en la omisión de las medidas de seguridad que la instalación eléctrica del obrador de la panadería debía tener. *Ex abundantia* el FD 1.º enuncia la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad por riesgo, en realidad innecesaria (G.G.C.).

**22. Culpa extracontractual: Muerte de conductor de tractor al caer por terraplén no vallado: Culpa exclusiva de la víctima: Causa eficiente:** El accidente en que perdió la vida el marido de la actora fue debido, de forma exclusiva, al descuidado proceder de la víctima, no pudiéndose deducir de la falta de una valla al borde del terraplén la culpa de la recurrida, atendidas las circunstancias del caso, pues no era previsible para ésta que sus empleados fuesen a ocupar, con los vehículos que manejaban, la amplia zona, de seis a siete metros, existente entre el camino por donde circulaban los tractores y el terraplén por donde cayó el conducido por la víctima, requisito de previsibilidad que es fundamento de la responsabilidad extracontractual; la falta de la referida valla tampoco puede merecer el calificativo de causa del evento dañoso producido, entendiéndose que «es causa eficiente para producir el resultado aquélla que aún concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última» (ss. de 19 de febrero 1985, 23 enero 1986 y 8 febrero 1991), siendo así que la causa única productora del daño fue la propia conducta de la víctima (STS de 11 de febrero de 1992: No ha lugar).

NOTA: Se considera probado que el trabajador accidentado sacó de la nave de la empresa uno de los tractores allí existentes, para su puesta a punto y comercialización, y cuando lo conducía dentro del recinto de la propia empresa, a una zona trasera no edificada, que se destinaba a estacionamiento o depósito de vehículos, por motivos que no constan obedecieron a otra causa que a su descuidado proceder, se salió del camino por el que iba transitando, rebasó una explanada de seis o siete metros de anchura, y fue a caer por un terraplén, con el luctuoso resultado que reflejan las actuaciones.

Parece nos encontramos ante otro «salto atrás» de la jurisprudencia de la Sala 1.<sup>a</sup>, acaso por falta de prueba suficiente, de las causas productoras del accidente mortal. Parece claro que la zona trasera edificada era accesoria de la nave destinada a la puesta a punto y comercialización de los tractores; luego no es improcedente extender a ella medidas de seguridad encaminadas a evitar accidentes como el ocurrido, ya que resulta previsible la necesidad de realizar maniobras con los tractores para su entrada y salida en el estacionamiento. No se nos dice a dónde se dirigía el obrero accidentado, y si cumplía órdenes o actuaba en el desempeño normal de sus funciones. La única afirmación que se hace resulta poco convincente: «por motivos que no constan obedecieran a otra causa que a su descuidado proceder». Podía haberse estimado concurrencia de culpas si, en realidad, fue negligente su conducción, pero parece excesivo exculpar totalmente a la empresa de responsabilidad por no haber previsto medidas elementales de seguridad de los vehículos allí depositados con fines de lucro (G.G.C.).

**23. Culpa extracontractual del empresario: Muerte del obrero por caída desde cuatro metros sin protección de cinturones de seguridad: Relación de causalidad:** El hijo de la demandante cayó desde una altura de más de cuatro metros al suelo, sin que se hubiese adoptado alguna medida de seguridad para evitar accidentes en lugar de evidente peligrosidad, y aunque la obra no infringía las ordenanzas sobre seguridad e higiene en el trabajo, el contratista no puso a disposición del obrero la protección de cinturones de seguridad que las citadas ordenanzas exigen; la labor encomendada de limpiar los escombros de la planta era ciertamente sencilla pero conllevaba un riesgo evidente y previsible para quien la encomendó; entre la orden recibida y la caída desde la altura citada hay relación de causa a efecto, no meramente material sino conectada a la conducta culposa del empresario; éste actuó sin malicia, pero con descuido hacia bienes jurídicos ajenos protegidos que originó los daños a resarcir, debido a la omisión de las precauciones que las circunstancias exigían (STS de 20 febrero 1992: No ha lugar). (G.G.C.).

**24. Culpa extracontractual: Responsabilidad médica: Es de carácter culpabilístico: Pérdida de visión por intervención quirúrgica: Omisión de precauciones: Inexistencia de caso fortuito:** En materia de responsabilidad médica sólo puede accederse al funcionamiento del mecanismo reparador cuando se acredite cumplidamente la negligencia de quién causó el daño, siendo inaplicable la teoría de la inversión de la prueba y la responsabilidad por riesgo; en el presente caso se produce la pérdida de la visión de un ojo como consecuencia de una operación de Caldwell, por sinusitis poliposa, cuando el historial clínico de la enferma aconsejaba la adopción de unas medidas más completas que las genéricas que se previeron antes de la operación, lo que fundamenta la calificación de culpable de la conducta de la doctora demandada (STS de 21 de febrero de 1992: No ha lugar).

NOTA: Se reitera una línea jurisprudencial que se mantiene uniformemente en los últimos años cuando se han incrementado las demandas de responsabilidad civil en contra del personal médico. Es de destacar la extraordinaria parquedad de datos fácticos de esta sentencia, siendo casi únicamente de destacar la condena a una indemnización de cinco millones de pts. que se impone solidariamente a la Doctora interviniente, a la Red de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social de Andalucía y a la entidad aseguradora. (G.G.C.).

**25. Culpa extracontractual: Responsabilidad por riesgo: Doctrina general:** Existe un cuerpo de doctrina judicial perfectamente decantado, en la expresiva síntesis contenida en la sentencia de esta Sala de 28 mayo 1990, en donde se hace constar que la denominada responsabilidad por riesgo viene a significar que las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas, aún lícitas y permitidas, deben recaer sobre el que ha creado un peligro para tercero, doctrina que llevada a sus últimas consecuencias, conduce a la pura objetivación del daño



y desemboca en la obligación de responder por el peligro puesto por sí mismo, pudiendo decirse que no es necesario basar la responsabilidad en la culpa del sujeto.

**Aplicación a los daños causados en la circulación de vehículos: Culpa exclusiva de la víctima: Menor que irrumpe inesperadamente en la calzada cuando el vehículo circula a la velocidad reglamentaria: Exención de responsabilidad:** El acercamiento a la responsabilidad por riesgo se ha producido en una mayor medida en los supuestos de resultados dañosos en el ámbito de la circulación de vehículos de motor, al estimarse que el uso del automóvil ya de por sí implica un riesgo y éste es suficiente de suyo para acarrear y exigir aquella responsabilidad, a salvo que la propia víctima se interfiera en la cadena causal, o, a mejor modo, como en el caso de autos, se halla acreditado que el siniestro fue debido a la exclusiva culpa de la víctima atropellada; doctrina que viene apareciendo en la jurisprudencia más reciente, como en la s. de 30 mayo 1991 en la que se expone que no contravino el art. 1902 Cc al no proceder culposamente, debiendo quedar exonerado de toda responsabilidad en tanto que el suceso sobrevino por culpa exclusiva de la víctima, lo que lleva consigo la absolucón del conductor demandado, sobre todo teniendo en cuenta que conducía a velocidad moderada (STS de 31 de enero de 1992: No ha lugar).

NOTA: Los hechos base de la sentencia son que el turismo circulaba por una carretera local a velocidad moderada, como lo prueba el hecho de haber dejado una huella de frenada de 0,70 m., llegando a la altura en que estaba aparcado un camión que repartía mercancía en una farmacia, cuando por detrás del mismo irrumpió corriendo un niño de seis años que se golpeó contra el costado derecho del vehículo sufriendo graves lesiones. El supuesto, desgraciadamente frecuente, había sido ya contemplado por otras ss. del TS: 25 octubre 1966 y 25 mayo 1985; en ambos casos con desestimación de la reclamación de indemnización; también se había llegado a idéntica solución en casos análogos (s. 26 junio 1964: ciclomotor que colisiona con otro vehículo que circula correctamente; s. 9 febrero 1968: muerte ocurrida al manipular innecesariamente las barras apiladas en un almacén; s. 17 mayo 1986: muerte de un menor atrapado en el hueco de ascensor; s. 17 junio 1986: niño ahogado en piscina municipal todavía en obras). (Sobre el tema, últimamente De Angel Yagüez, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid 1993, p. 814 ss.). La s. extractada continúa una línea jurisprudencial bastante reiterada. Al margen de ello quizá convenga destacar que la exposición de la responsabilidad por riesgo se hace, precisamente, para no aplicarla al caso concreto, es decir, *ex abundantia*; y también que se habla de «doctrina judicial» para referirse a la legal o jurisprudencial, como es habitual (*G.G.C.*).

**26. Culpa extracontractual: Doctrina general sobre la evolución del principio culpabilístico:** El principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el art. 1902 C.c., cuya

aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo como fundamento único de la obligación de resarcir, y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto el clásico principio de la responsabilidad culposa; la doctrina de esta Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que sin hacer abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículos de motor.

**Atropello de ciclomotor por tren: Paso con barreras echadas e intermitentes funcionando: Culpa exclusiva de la víctima:** Se declara probado que las barreras se encontraban echadas y funcionando con normalidad los discos en-rojo intermitentes, produciéndose el accidente, o bien porque la víctima cruzó la vías por la parte izquierda o derecha de las barreras, o bien una vez bajadas éstas las rebasó por abajo, pues circulaba en un ciclomotor de 49. c.c., de escaso peso, cuya altura superior era de 1,05 m. teniendo la barrera su máxima altura en posición paralela con el suelo, la de 1,60 m., y la de su altura mínima, 1,20 m. aproximadamente, formando un cierto ángulo, de modo que estas dos últimas alturas dan un paso más que suficiente para atravesar la barrera por debajo con el vehículo indicado; la valoración racional y crítica de los presupuestos fácticos no permite conclusión distinta de la absolutoria a que llegó el Tribunal *a quo*, debiendo atribuirse el accidente a culpa exclusiva de la víctima, sin que pueda quedar desvirtuada por la circunstancia de que la altura de la barrera echada permitiera atravesarla por debajo con el ciclomotor que conducía su titular, toda vez que la decisión de cruzarla de ese modo fue de su única responsabilidad y representó una manifiesta imprudencia, sin que la meritada contingencia pudiera suponer infracción alguna al art. 18 del Reglamento de Policía de Ferrocarriles, ni a ningún otro (STS de 24 enero de 1992: No ha lugar).

NOTA: Con intervalo de pocos días la Sala 1.<sup>a</sup> ha dictado dos sentencias en materia de exención de responsabilidad cuando el accidente se debe a la culpa exclusiva de la víctima. En ambos casos el fallo ha sido idéntico, aunque distintos los Ponentes. En la s. de 24 de enero (aquí extractada) lo ha sido Barcala y Trillo-Figueroa, y en la de 31 enero 1992, Martínez-Calcerrada y Gómez. Acaso por ello hay algunos matices en la argumentación que acaso convenga destacar. Se trata de colocar el punto

de partida en el principio culpabilístico o en la responsabilidad por riesgo. La presente s. se afirma ser básico en nuestro ordenamiento positivo el principio de responsabilidad por culpa; en la de 31 enero 1992, se llega a afirmar que en la responsabilidad por riesgo no es necesario basar la responsabilidad en la culpa del sujeto. Como el resultado final exoneratorio del demandado ha sido idéntico en ambos casos, cabe preguntarse si era necesario traerlos a colación para resolver el recurso.

Entrando en el caso aquí resuelto llama la atención que la s. se cuide de advertir que la empresa ferroviaria no ha incumplido el Reglamento de Policía de Ferrocarriles. Ello parece contradecir otras declaraciones jurisprudenciales de que la mera observancia de disposiciones reglamentarias no excluye la responsabilidad extracontractual. Ciertamente, estando las barreras echadas en un paso a nivel, cualquier persona dotada de sentido común normal sabe que no debe atravesarlas, por lo cual el conductor del ciclomotor no siguió esas pautas de comportamiento siendo acertada calificar su conducta de «manifiesta imprudencia». Pero, dada la reiteración de estos hechos luctuosos ¿cabría exigir a la empresa ferroviaria que el sistema de barreras impidiera de hecho cruzar las vías a vehículos como el accidentado? La fecha de la Ley y Reglamento de Policía de Ferrocarriles acaso debiera hacer reflexionar sobre el tema (*G.G.C.*).

**27. Culpa extracontractual: Indemnización por muerte en accidente de circulación. Actuación en nombre de menores huérfanos: Tutela legítima según derecho derogado: Tutor de hecho o guardador: Prescripción de la acción:** 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 marzo 1982, dejando posteriormente prescribir la acción por haber transcurrido con exceso el plazo del año.

**Tutor nombrado según legislación vigente: Falta de prueba de su nombramiento: Prescripción de la acción en su respecto:** En cuanto al tutor que ahora 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 según acta de 28 marzo 1981, tal referencia no consta más de 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* señala que la condición de tutor «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 aseguradora a pesar de que la exigió en su carta; pero aunque se considerase al recurrente como tutor, también habría que considerar prescrita la acción, ya que si, como afirma, el acta de su nombramiento es de 28 marzo 1981, se deduce indubitadamente que conocía el accidente causa de la muerte de los progenitores de los menores demandantes desde aquella fecha, pues a los efectos del art. 1969, desde aquel día pudo ejercitar la acción, en cuanto el daño efectivo fue la muerte de unas personas, y no el día en que se le comunicó la valoración indemnizatoria a los efectos del seguro; por tanto, es indudable que la acción, que ya prescribió para el abuelo paterno de los menores, prescribió también para la persona que se dice ser nuevo tutor, sin que consten las razones concurrentes en dicha persona para ostentar aquel cargo de tutor (STS de 20 de febrero de 1992: No ha lugar).

NOTA: Parece que la sombra del viejo principio *contra no valentem agere non currit praescriptio*. Por causa de un accidente de tráfico quedan huérfanos cuatro menores de edad; se da sucesivamente la actuación de dos tutores o «presuntos» tutores, el uno bajo la vigencia de la legislación derogada y otro bajo la vigente, en reclamación de la indemnización que puede corresponderlas por la muerte de sus progenitores. No se sabe si ha habido nombramiento legal, por lo que bien puede calificárseles de tutores «de hecho». Hay una invocación al concepto alfoncino de «guardia de menores», no se sabe muy bien con qué finalidad, y una notable incertidumbre a la hora de calificar la personalidad con que tales personas han actuado. En cualquier caso se lleva a la consecuencia —muy desfavorable para los menores— de haber prescrito la acción indemnizatoria. Cabría cuestionarse la intervención del Ministerio Fiscal que tiene estatutariamente encomendada la defensa de las personas en situación de desamparo (G.G.C.).

**28. Fundamento de la responsabilidad civil extracontractual.** Se denuncian infringidos los artículos 1902 y 1903 del Código Civil y una vez más hay que decir que el progreso interpretativo llevado a cabo de dichos preceptos, en cuanto apertura la objetivización de la doctrina de la responsabilidad extracontractual en términos que puede ser atribuida a quien no incurrió en culpa o negligencia, pero sí con su actuar crea un riesgo bien efectivo y potencial que implica el deber de controlar y, en su caso, evitar el peligro que se genere y que puede producirse previsiblemente al fallar los mecanismos adoptados para los desarrollos normales (STS de 30 de diciembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El demandante sufrió una caída al resbalar sobre el pavimento del pasillo, cuando se encontraba dentro de un autoservicio, sufriendo lesiones y graves secuelas, a consecuencia de esa caída y de la rotura de la botella de vidrio que portaba. No fue estimada su demanda (J.B.D.).

**29. Fundamento de la responsabilidad civil extracontractual.** La responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad, según lo impone el artículo 1.902 del Código ha ido evolucionando, a partir de la sentencia de 10 de julio de 1943, hacia un sistema que sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica (sentencias, entre otras muchas que cita, de 16 de octubre de 1989); doctrina, específicamente aplicable, también, a la responsabilidad derivada, por los riesgos que entraña, de la conducción de vehículos de motor (sentencia de esta Sala de 26 de noviembre de 1985); la construcción jurisprudencial señalada, se traduce en el plano procesal, en la inversión de la carga de la prueba de la culpabilidad, de manera, que ha de presumirse «*iuris tantum*» la culpa del autor o agente del evento dañoso, a quien incumbe acreditar que obró con la diligencia debida para evitar o prevenir el daño (entre otras, Sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 1987).

**Influencia de la sentencia penal absolutoria en el proceso civil posterior.** La sentencia absolutoria recaída en juicio penal, no prejuzga la valoración de los hechos que pueda hacerse en la vía civil, pudiendo, en consecuencia, los Tribunales de este orden, apreciar y calificar los efectos que de los mismos se deriven, de manera plenamente autónoma, ya que fuera del supuesto de declaración de que el hecho no existió, los Tribunales de lo civil tienen facultades no solamente para valorar y encuadrar el hecho específico en el ámbito de la culpa extracontractual, sino también, para apreciar las pruebas obrantes en el juicio y sentar sus propias deducciones en orden a la finalidad fáctica (sentencias, entre otras, de 30 de marzo de 1983 y 24 de febrero de 1986), pues salvo la única excepción de que se haya declarado la indicada inexistencia del hecho enjuiciado, la sentencia absolutoria penal no vincula a los Tribunales de la jurisdicción civil ni prejuzga la valoración que de los hechos pudieran hacer éstos, como también sostiene la sentencia de 28 de enero de 1987 (STS de 6 de marzo de 1992; ha lugar).

HECHOS.—El esposo de la actora falleció cuando conducía un furgón que colisionó violentamente con un camión-tractor que circulaba en dirección contraria (*J.B.D.*).

**30. Fundamento de la responsabilidad empresarial.** La doctrina de esta Sala ha ido evolucionando hacia una cierta objetivación de la culpa extracontractual tanto en los casos del art. 1902 como los del 1.903 C.c., bien a través de la idea del «riesgo», bien de la «inversión de la carga de la prueba», lo que se traduce en que aún tratándose de actividades o conductas normalmente diligentes y desde luego lícitas, al venir referidas a actividades que aún beneficiosas para la comunidad en general encierran un evidente riesgo para sus miembros, determinan que el beneficio que su explotación supone para quienes desarrollan, se aprovechan o explotan directamente dichas actividades, empresas o trabajos, se compense con la exigencia de una mayor y más estricta responsabilidad, imponiéndose en con-

secuencia un más firme o menos flexible reproche en orden a los eventos dañosos que para terceros puedan resultar de dichas actividades.

**Caracteres.** Es directa y no subsidiaria (sentencias de 16 de abril de 1968, 24 de febrero y 10 de marzo de 1971, 20 de septiembre de 1983, 26 de junio de 1984, 22 de octubre de 1988, 22 de junio de 1989, 22 de febrero y 30 de julio de 1991).

**Culpa del empleado.** Aparece declarada en la sentencia impugnada a virtud del citado principio de inversión de la carga de la prueba, al no haberse acreditado que el daño sufrido por la actora-recurrida sobreviniere por causas a ella no imputables, lo que hace surgir en él una culpa *in operando* y en la sociedad recurrente *in eligendo* (STS de 28 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La empresa recurrente era propietaria de la grúa causante del accidente, manejada por un empleado suyo que fue también demandado (*J.B.D.*).

**31. La responsabilidad civil extracontractual del empresario por actos ilícitos de sus dependientes. La relación de dependencia.** El principio culpabilístico, origen del deber de responder por hechos ajenos se halla sensiblemente atenuado, a causa, en los supuestos del artículo 1903 de la inversión de la carga de la prueba que establece el último párrafo del precepto y que la jurisprudencia civil, prácticamente, ha establecido una interpretación muy cercana a la responsabilidad por riesgos, pero la amplitud y flexibilidad en las razones de atribución de la responsabilidad no se extienden a la transmutación de los módulos legales que la autorizan, pues, concretamente, el párrafo 4.º (que es, en definitiva, el implicado en la cuestión a resolver) no permite una elasticidad tal del concepto de dependencia que anule la ratio normativa y a ello equivaldría la desnaturalización de la responsabilidad que cubre el precitado párrafo, y que «requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1989, criterio reiterado por sentencias de 26 de noviembre de 1990 y 16 de abril de 1991 entre otras», lo que, en atención al caso de autos se traduce en la imposibilidad de alargar el hilo conductor de esta especie de responsabilidad, interferido por la conducta del padre, más allá o fuera del uso privado del vehículo por el propio empleado o cobrador. Así, cuando la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse sobre casos análogos si bien ha reconocido la responsabilidad del padre, cuando el hijo conducía, con su autorización un vehículo propiedad de aquél (sentencia de 23 de septiembre de 1988), ha negado tal responsabilidad del titular del vehículo conducido por otra persona, pues «la jurisprudencia requiere la aquiescencia o asentimiento expreso del dueño para que peche con las consecuencias civiles de un accidente acaecido cuando el empleado actuaba en utilidad, bien material, bien de orden moral, del empresario, añadiendo, en estos supuestos de falta de consentimiento o conocimiento siquiera de la utilización del vehículo, que es claro que tal conducta, absolutamente ajena a la voluntad del coche siniestrante, no puede en modo alguno atraer hacia él subsidiariamente, las responsabilidades civiles (sentencia de 26 de febrero de 1987). Construir, por ello, como

hace la sentencia recurrida, basándose en una supuesta previsión de la empresa sobre el uso por personas distintas de su empleado, una especie de consentimiento tácito por adelantado, una teoría de atribuible culpabilidad o extensión a supuesto legal no contemplado de la responsabilidad, no se ajusta a los límites del precepto...» .

**Doble regulación de la responsabilidad civil del empresario por los actos ilícitos de sus empleados.** Si en principio, la fundamentación jurídica de la responsabilidad civil declarada en el artículo 22 del Código penal es en esencia la misma del artículo 1903 del Código civil, entre ambas existen diferencias no sólo originadas por la jurisprudencia de la Sala que culminan la organización judicial de los respectivos órdenes jurisdiccionales... sino también por singularidades normativas que no cabe desconocer, y que tienen trascendencia y significación en el momento del posible reconocimiento de la responsabilidad derivada de hecho ajeno, pues, efectivamente, cuando proviene de delito debe establecerse con carácter subsidiario, mientras que, si en su origen radica en un mero ilícito civil, puede exigirse por vía de acción directa y, además, cabe con los requisitos que determina la jurisprudencia civil, que la condena tenga carácter solidario con la del propio culpable.

**Acción civil derivada de delito. Normativa aplicable. Reserva en el proceso penal de la acción civil derivada de delito para su posterior ejercicio en un proceso civil.** El conjunto de normas aplicable viene determinado por la remisión que efectúa al Código penal el artículo 1092 (STS de 30 de diciembre de 1992; ha lugar).

HECHOS.—Víctor Manuel A.C., mayor de edad y con permiso de conducir, conducía, con la autorización de su padre, un turismo propiedad de la empresa «Guillermo B.A., SL», de la que su padre era empleado, utilizando dicho vehículo para el desempeño de su trabajo de cobrador. Según se declara en los hechos probados, la empresa no había autorizado expresamente a familiares de su trabajador la utilización del vehículo. A consecuencia de un accidente, cuando el automóvil era conducido por Víctor Manuel A.C., uno de los acompañantes falleció y otro resultó con gravísimas lesiones. El actor, padre de la víctima no fallecida, se reservó el ejercicio de las acciones civiles, conforme permiten los artículos 111 y 112 de la LECrim.

El demandante ejercita la acción en base a lo dispuesto en los artículos 1902 y 1903 del Código Civil. Los demás perjudicados habían renunciado a sus acciones. En ambas sentencias de instancia, aunque con diferencias importantes acerca del «quantum» indemnizatorio, coinciden en la condena solidaria del autor de los hechos delictivos, de su padre en cuanto autorizó a aquél el uso del vehículo siniestrado, y de la empresa propietaria del vehículo utilizado de la que directamente dependía éste. La sentencia de segunda instancia basa la condena del empresario en el previsible asentimiento tácito de los órganos de la sociedad a la utilización del vehículo por familiares, dado que se permitía a éste llevarse el automóvil a su domicilio y destinado a usos particulares. Sin embargo, el

TS estima el recurso de casación, absolviendo a la empresa por considerar que no existe relación de dependencia entre la empresa y el hijo del empleado, a quien no se había autorizado expresamente.

NOTA.—Estamos ante una de las escasas sentencias civiles que aplican la normativa sobre responsabilidad civil contenida en el Código Penal. Para el TS, es aplicable el Código Penal si hubo reserva de la acción civil en causa criminal y recayó sentencia condenatoria. Adviértase, sin embargo, que tanto el Juez de Primera Instancia como la Audiencia aplicaron el Código Civil, ya que condenaron solidariamente al conductor, al padre del conductor y al empresario.

Conviene estudiar, por separado, dos cuestiones:

1.<sup>a</sup>) *Responsabilidad del padre que autorizó a su hijo a conducir el vehículo de la empresa.* Nada se dice en la sentencia acerca de la norma utilizada para declarar la responsabilidad del padre (recordemos que el único recurrente en casación fue la empresa), aunque todo parece indicar que se trata del artículo 1.903.4.º del Código Civil. De ser así, tanto el Juzgado como la Audiencia habrían seguido la línea jurisprudencial mayoritaria de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS, que declara la responsabilidad del cedente del vehículo (sea propietario o no), en los préstamos amistosos, sin reparar en que, en estos casos, la relación de dependencia no existe, ni siquiera interpretándola en un sentido muy amplio.

2.<sup>a</sup>) *Responsabilidad de la empresa.* El TS absuelve al empresario, basándose, según parece, en que no había consentido o autorizado la conducción del vehículo por el hijo de su empleado.

A nuestro juicio, en esta sentencia se demuestra, una vez más, que es una solución forzada acudir a los artículos 22 del Código Penal y 1.903.4.º del Código Civil para resolver los problemas de responsabilidad derivados del préstamo amistoso de vehículo (entre padre e hijo) y de la conducción o utilización abusiva del vehículo de la empresa hecho por el empleado. No se puede dar solución adecuada a este importante sector de los daños automovilísticos, con unas normas pensadas para otras situaciones. Falta, pues, una norma (salvo que nuestra jurisprudencia opte por seguir la misma dirección que los Tribunales franceses al crear la responsabilidad por hecho de las cosas) que declare la responsabilidad civil del propietario o poseedor de un vehículo o instrumento peligroso por los daños causados a terceros por las personas a las que cedió (o, por lo menos, negligentemente facilitó), su uso. Y esa norma (ausente, en la actualidad, en el Código Civil, Penal y en la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor) debe tener presente también el supuesto especial de la conducción de vehículos por los empleados, puesto que el legislador puede optar por declarar su responsabilidad en el supuesto de conducciones no autorizadas (en el caso de la sentencia, podría declararse la responsabilidad de la empresa, salvando el obstáculo de la relación de dependencia y de la conexión de las funciones con el daño causado) (*J.B.D.*).



**32. Responsabilidad del Insalud por «virus intrahospitalario». Aplicación del artículo 1.902 del Código Civil.** La Sala «a quo» acusa a la entidad demandada de un defectuoso funcionamiento de sus servicios, sin poder precisar el elemento personal causante directo del mismo, por lo que sería responsable directa (sentencia de 12 de julio de 1988 y las que cita) y no por hecho ajeno, revelándose así que el artículo 1903 está erróneamente invocado como infringido. Sería, en hipótesis, el artículo 1902 del Código Civil.

**Relación de causalidad entre el hecho y el daño producido.** Si bien la doctrina de esta Sala ha declarado reiteradamente que su apreciación puede ser revivida en casación, con respecto a los hechos probados si no han sido debidamente combatidos (Sentencia de 6 de marzo de 1989 y las que cita), es claro que el recurrente es el que ha de combatir por la vía del artículo 1692.5.º LEC el resultado a que llega la sentencia recurrida partiendo de aquellos hechos como falto de lógica (STS de 24 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—El esposo de la actora venía padeciendo desde hacía muchos años una bronquitis crónica. Debido a su agravamiento fue ingresado en el Instituto Nacional de Silicosis, sufriendo un proceso grave de neumonía intrahospitalaria, de la que falleció. Tal agravamiento y desenlace fue achacado a la deficiente atención del Instituto, porque aquella infección debía diagnosticarse de inmediato para que sus efectos no fueran mortales, y, sin embargo, transcurrieron dos días desde el empeoramiento hasta el fallecimiento sin que se diagnosticara la neumonía con la suficiente antelación. Inicialmente fueron demandados un médico y el Insalud, siendo condenados solidariamente por el Juzgado de Primera Instancia. La Audiencia Territorial estimó el recurso formulado por el médico, absolviéndole y condenando únicamente al Insalud, cuyo recurso de casación no fue estimado por el Tribunal Supremo.

**NOTA.**—El TS señala, con claridad, la norma que sirve para declarar la responsabilidad del Insalud: el artículo 1.902 del Código Civil. No podía ser de otro modo, si se tiene en cuenta que el médico fue absuelto y el artículo 1.903.4.º no puede aplicarse en este caso, criterio éste que no siempre sigue nuestra jurisprudencia cuando incorrectamente utiliza el artículo 1.903.4.º para condenar al empresario aunque haya sido absuelto el empleado (*J.B.D.*).

**33. Responsabilidad civil extracontractual. Presupuestos. Cuestión de hecho y de derecho.** El cauce para combatir en casación las condenas impuestas por aplicación del artículo 1.902 es doble. La acción y el resultado dañoso son cuestiones de hecho cuyo cauce natural de casación está en el n.º 4 del artículo 1.692. La calificación de los hechos como ilícitos, contrarios a derecho, o abusivos, y no justificados, así como la relación de causa a efecto entre la acción y el resultado constituyen materia jurídica y su cauce de contradicción lo proporciona el n.º 5 del mismo artículo 1.692, que es precisamente el utilizado por los recurrentes. No se discute, pues, ninguno de los hechos probados, pero sí que de ellos

surja la aplicación del artículo 1.902. El proceso en sí es ejercicio de un derecho constitucional a la tutela efectiva, que si no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en modo alguno extraer y generalizar que el fracaso o el abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio (STS de 31 de enero de 1992; ha lugar).

HECHOS.—El demandante, concejal de un Ayuntamiento, mostró su disconformidad sobre determinados hechos en un diario, interponiendo por ello los ahora demandados querrela criminal contra él. Durante dos años se prolongó tal situación, provocando en el concejal una situación de inquietud e intranquilidad. El TS casa la sentencia de la Audiencia Provincial, que había estimado la demanda y concedido una indemnización de un millón de pesetas (*J.B.D.*).

**34. Responsabilidad civil extracontractual. Culpa exclusiva de la víctima.** Aun cuando la apreciación de la culpa o negligencia en el agente que causó un daño es una cuestión jurídica, también lo es que, como sucede en el presente supuesto, en muchas ocasiones resulta imposible combatir en casación tal apreciación, sin que previamente se modifiquen los hechos sobre los que la calificación jurídica se apoya, y así, admitida la voluntariedad de la conducta de la víctima, quien se interpuso en la trayectoria del tren en el momento en que éste circulaba por un tramo recto en zona urbana, mal cabe, sin modificar tales hechos, concluir la negligencia de la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (STS de 5 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El atropello del esposo de la actora se produjo en un punto de la vía férrea donde no existía ningún paso autorizado, en un tramo recto de vía, siendo el marido de la demandante, de 64 años, que tenía una pierna ortopédica y andaba con muletas, el que, al ver acercarse el tren, dejó en el suelo las dos muletas y el carnet de identidad, se arrojó a la vía (*J.B.D.*).

#### 4. DERECHOS REALES

**35. Propiedad intelectual. Derecho moral de autor.** Creada la obra de arte, no puede desconocerse su vocación o llamada a la exteriorización, aspecto material del derecho inmaterial que al autor asiste, de forma tal que en todo contrato en el que se tienda a la difusión de la obra creada, ha de contemplarse ese doble aspecto patrimonial y espiritual o moral, comprendiendo éste la paternidad de la obra, su integridad, la reputación y buen nombre de su creador etc..., en cuanto que jurídicamente las obras de la inteligencia son una derivación y emanación de la personalidad aspecto en modo alguno negado por la vieja Ley de 1879, ni por el C. Civil.

Tampoco puede sostenerse que la relación no estuviese sujeta a plazo alguno, porque el hecho de que no se pactase, no quiere decir que no se encontrase implícito en la naturaleza propia de la obligación, viniendo a llenar el vacío el art. 1128 del CC, al establecer que si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse, los Tribunales fijarán la duración de aquél. (STS de 2 de marzo de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**—Don R.G.G., autor de la novela «El año de Wolfram», vende el derecho exclusivo del guión cinematográfico sobre la citada novela, a un director de cine, sin haber sido estipulado un plazo para la realización de la citada película. Don R.G.G. interpuso demanda contra el director de cine por incumplimiento del contrato, al no haber llevado la obra a la pantalla, solicitando, en su caso, se fijase un plazo prudencial, bajo sanción de resolución de no verificarse el mismo. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, estableciendo un plazo para el cumplimiento de la obligación. El recurso de apelación no prosperó. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (P.C.A.).

**36. Litisconsorcio pasivo necesario. Presupuestos de aplicación.**—Tiene declarado de modo reiterado la Jurisprudencia, que la existencia de un mero interés en el resultado del litigio no es suficiente para demandar a todos los que acrediten el mismo (ss. de 4 de octubre de 1989 y 26 de marzo de 1991), es necesario, además, «la afección por la sentencia a un derecho o relación perteneciente a quien no ha sido parte en el juicio, consistente en su pérdida o en su modificación sin haber sido oído su titular».

**Posibilidad de acordar en un procedimiento nulidad de actuaciones de un litigio anterior.**—Sólo podrá pedirse en un procedimiento la nulidad de actuaciones de otro litigio por quien no fue parte en él, si no pudo intervenir para la defensa de sus derechos y «no hubiese tenido medios legales de reparar en el anterior juicio el ataque a los derechos que cree le corresponden (ss. de 17 de diciembre de 1919, 30 de abril de 1930, 22 de diciembre de 1967 y 4 de diciembre de 1980)».

**Reivindicación mobiliaria. Artículo 464: la posesión mobiliaria adquirida de buena fe equivale al título. Aplicación de la tesis germanista.**—Doctrina jurisprudencial reiterada ha entendido, respecto a la posesión mobiliaria adquirida de buena fe, que, «atendiendo a la interpretación germanista que, aunque no en una línea pacífica y uniforme, predomina en la jurisprudencia, la equivalencia entre posesión y título es igual a título de dominio, que hace a las cosas irreivindicables» (ss. de 26-6-1984, 3-3-1980, 15-2-1990). «La sentencia de 4 de diciembre de 1980 consideró que si la cosa embargada se subastaba, el adquirente queda en una posición inatacable por la protección que le depararía el artículo 464 del Código civil».

**Acción reivindicatoria. Requisitos.**—Son requisitos indispensables para que prospere la acción reivindicatoria: la identificación de la cosa y la posesión del demandado, junto con la justificación del dominio del actor.

**Irreivindicabilidad de bienes muebles no sustraídos y adquiridos de buena fe en venta pública. Concepto de «sustracción» en conexión con la «privación ilegal» del artículo 464 del Código civil.**—No procede la reivindicación de bienes muebles adquiridos de buena fe mediante pública subasta, si no puede alegarse que son bienes sustraídos. El adquirente «está protegido por la regla de la equivalencia de esa posesión a título dominical».

El verbo «sustraer» concreta la expresión «privación ilegal» del artículo 464 del Código civil y «queda circunscrito a los casos de hurto y de robo, como del propio Código civil se deduce por lo dispuesto en los artículos 1962 y 1955. [...] Esta orientación es la que está más en consonancia con la seguridad del tráfico de bienes muebles, en el que, con excepción de los sometidos o susceptibles de publicidad registral, su posesión suscita la apariencia de propiedad, como norma general, y en esa confianza se realizan negocios jurídicos con los mismos. También lo está con el actual ordenamiento jurídico, en el que la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos de 17 de julio de 1965... se sustenta sobre la inoponibilidad del dominio que se ha reservado el vendedor frente a los que pudieran adquirir del comprador que no lo tiene hasta que no pague el último plazo si el contrato no está inscrito en el Registro que crea la Ley (art. 23), que es cuando se destruye la regla del inciso primero del párrafo del artículo 464 por ausencia de buena fe».

**Naturaleza mobiliaria. No se pierde por la calificación temporal de inmuebles por destino.**—Los bienes muebles que estén al servicio de una industria y constituyan por ello inmuebles por destino, no cambian su naturaleza mueble. La unidad de destino económica no ha de ser respetada, necesariamente, por terceros que pueden, por ello, embargar tales muebles con independencia del inmueble, al igual que el propietario de éste puede disponer aisladamente de ambos. La unidad de explotación no vincula jurídicamente ni al propietario ni a los terceros. (STS de 25 de febrero de 1992).

**HECHOS.**—D. José A. O.A. formuló demanda suplicando se dictase sentencia por la que se declarase la propiedad de determinados bienes a su favor, y se condenase a los demandados al reconocimiento de tal declaración, a consentir cuantas nulidades sean precisas y a realizar cuantos actos puedan corresponderles para la efectividad de la devolución de los bienes, así como al pago de las indemnizaciones por daños y perjuicios que correspondieran.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia la revocó en parte admitiendo la reivindicación. El Tribunal Supremo ha lugar al recurso de casación y casa íntegramente la sentencia recurrida, confirmando el fallo desestimatorio de Primera Instancia.

**NOTA.**—Es de destacar la gran importancia de esta sentencia, al abordar, claramente, una cuestión que ha suscitado y sigue despertando gran interés y polémica en nuestra doctrina científica y jurisprudencia, como es la interpretación del artículo 464 del Código civil.

Merece este fallo especial atención por su decisión de abandonar la tradicional preferencia que el Tribunal Supremo ha manifestado por el sistema romano, y confirmar una reciente línea jurisprudencial que viene manifestando aunque más bien como *obiter dicta*, su preferencia por la tesis germanista con cierta confusión con otra teoría que realmente es la seguida por las mismas sentencias que la ignoran. Esta otra teoría llamada por muchos intermedia, aunque no lo es, ha explicado de modo coherente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que la sentencia que anotamos se ha apartado, con el único apoyo en anteriores *obiter dicta*.

Esta sentencia en efecto ha acogido plenamente, la tesis germanista de la irrevindicabilidad mobiliaria, aceptando, así, la regla «posesión de buena fe equivale a título de dominio», salvo en los casos de pérdida o privación ilegal, término, este último, entendido en su acepción restringida de robo o hurto. (*R.D.R.*).

## 5. DERECHO DE FAMILIA

**37. Capitulaciones matrimoniales que determinan la disolución de la sociedad de gananciales. Rescisión por fraude de acreedores.**—Pese a la referencia del artículo 1335 en cuanto que remite la invalidez de las capitulaciones a la normativa sobre reglas generales de los contratos, ello no obsta para que tenga que rechazarse la vía específica impugnatoria ejercitada por los actores, en base del ejercicio de la acción rescisoria del artículo 1111 CC, pues, como es sabido, éste puede ser uno de los cauces a través de los cuales se verifique la adecuada tutela de los terceros acreedores cuando, a resultas de un cambio capitular, y sobre todo por el uso en general de esta forma se altere la solvencia de uno o de ambos cuando se transite del régimen ganancial preexistente a un régimen de separación de bienes y, en especial, cuando se adjudica al cónyuge deudor los bienes que perfectamente podían ser objeto de la garantía que cubre las relaciones con estos terceros acreedores, al amparo de la universal sanción prevista en el artículo 1317 CC: «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros», y es que dentro de la práctica forense cabe adoptar varios caminos para esa tutela, bien directamente impugnando dichas capitulaciones matrimoniales o bien ejercitando cualquier otra acción específica tendente a preservar la garantía de los créditos perjudicados por ese cambio capitular.

**Acción rescisoria: subsidiariedad.**—Se ha acreditado, en debida forma, la subsidiariedad, y por lo tanto, la viabilidad de la acción rescisoria, ya que, por la Sala que juzga, y lo cual es una «*quaestio facti*» no revisada, se ha manifestado la inexistencia de otros bienes por parte de los deudores en los que pudiera encontrar satisfacción el actor, por lo que estos apartados han de rechazarse. (*STS de 15 de junio de 1992*; no ha lugar).

**HECHOS.**—Se ejercita la acción pauliana por vía del artículo 1111 CC en relación con la rescisoria por fraude de acreedores del artículo 1291-3.º CC por la entidad actora en base a que, por el cambio de régimen económico matrimonial efectuado por los esposos a través del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, se adjudicó una finca a la esposa del codemandado-avalista, en una obligación de la que era acreedora la parte actora, por lo cual, habiéndose incurrido en fraude de acreedores, se solicita la rescisión de la citada venta o adjudicación.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.).

**38. Capitulaciones matrimoniales que determinan la disolución de la sociedad de gananciales. Improcedencia de la acción rescisoria por fraude de acreedores. Aplicación del artículo 1317 CC.**—Uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindir por razón de fraude, está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (artículo 1291-3.º CC), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el artículo 1294 del mismo cuerpo legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, requisito que no se da en este caso, pues, si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio —en las que se modificó el régimen económico del matrimonio y se adoptó el de separación absoluta de bienes (artículo 1392)— no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (artículo 1317 CC), si el artículo 1401 de este texto legal dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan su derecho 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 extrajudicial, y si el artículo 1402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tiene en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias, es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no se hubiera formulado debidamente inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiere formulado (artículo 1084), en el presente caso, no puede afirmarse que el acreedor demandante no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria; de otra parte, la normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la persecución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos, pues el artículo 144-2 del Reglamento Hipotecario, previniendo expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiese dirigido contra los respectivos adjudicatarios; en tal sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias de 15 y 17 de febrero y 13 de junio de 1986, 17 de noviembre de 1987 y 25 de enero de 1989. (STS de 7 de noviembre de 1992; ha lugar).

**HECHOS.**—En la demanda se solicitó que se declarase la nulidad o, en su caso, rescisión de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los demandados por ser simuladas o realizadas en fraude de acreedores, ya que a través de las mismas sustituyeron el régimen de la sociedad de gananciales por el de separación de bienes, con adjudicación a la esposa de los inmuebles y dos turismos y al esposo que contrajo la deuda de dos autocares viejos y dos administrativas de autobuses.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial acogió parcialmente el recurso, declarando la rescisión por fraude de acreedores de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas por los demandados. El Tribunal Supremo considera pertinente el recurso de casación, anulando la sentencia impugnada. (A.C.S.).

**39. Modificación del régimen económico matrimonial en virtud de capitulaciones.**—En cuanto a los artículos 1291, 1294 y 1335 CC sólo ha de decirse que, como es obvio, la parte demandada no ha ejercitado acción rescisoria por fraude sino que se ha limitado a oponerse a la tercera argumentando que en las capitulaciones matrimoniales se pretendió eludir el pago de la indemnización por despido, y lo que es más esencial para la desestimación del motivo examinado, la Sala de instancia no se basó en que aquéllas fueran rescindibles por la razón expresada sino, como ya se ha dicho, fundamentalmente en lo previsto en el artículo 1317 CC.

**Inoponibilidad de la modificación del régimen económico matrimonial en capitulaciones.**—Independientemente de cuáles fueran los fines perseguidos al otorgarse las capitulaciones matrimoniales, lo cierto es que se adjudicó a la esposa un crédito del marido —el posteriormente embargado por la Magistratura de Trabajo— y al actuarse así se perjudicó al señor M., tanto si se entiende que era acreedor de la sociedad de gananciales (artículo 1362-3.º CC) como si lo era sólo del marido, y esto contraviene el artículo 1317, por lo que ha de estarse a la situación anterior a la modificación del régimen económico matrimonial por las capitulaciones, en la cual el señor M. podía hacer efectivo, con cargo a la suma obtenida por el señor M. como precio de la finca vendida, el importe de la indemnización que le correspondía por haber sido despedido.

**Artículo 1214 CC.**—Por su carácter general, no puede servir de apoyo a un recurso de casación (Sentencia de 18 de junio de 1991, reiterativa de constante doctrina anterior).

**Incongruencia.**—La sentencia no adolece de incongruencia, dado que: a) Según constante doctrina jurisprudencial, las sentencias absolutorias o desestimatorias de la demanda no son incongruentes, salvo que dicha absolución haya sido determinada por la estimación de una excepción no alegada ni apreciada de oficio, circunstancia esta no concurrente; b) Ha de recordarse asimismo que una sentencia es incongruente sólo cuando su fallo no se acomoda a los términos de la súplica de la demanda y no con relación a las bases fundamentales expuestas en los razonamientos jurídicos (STS de 21 de mayo de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—Doña María Josefa F., hoy recurrente, promovió una tercera de mejor derecho por haber sido embargado, en ejecución de la sentencia dictada, con fecha 6 de mayo de 1986, por la Magistratura de Trabajo núm. 1 de Córdoba por despido de don Clemente M.B. un derecho de crédito de dicha señora frente a don Antonio L. que derivaba el pago del precio aplazado por compraventa de una finca que había transmitido su marido, don Fernando M.P. de las I. en escritura pública otorgada el día 11 de diciembre de 1985, el cual crédito había sido adjudicado a la señora F. en capitulaciones matrimoniales formalizadas con fecha 24 de enero de 1986. Sobre esta base se sostiene en la demanda que el embargo no era procedente, porque asiste a la actora un mejor derecho a cobrar los pagos aplazados y solicita que sea levantado.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la tercera, que fue confirmada en apelación. No prospera el recurso de casación. (A.C.S.).

**40. Necesidad de probar la adquisición de una nueva vecindad civil. Determinación del régimen económico matrimonial.**—El lugar de residencia de los cónyuges al tiempo de contraer matrimonio no asegura que éstos hubieran adquirido, con anterioridad a la celebración del matrimonio, la vecindad civil de dicho lugar.

«El hecho de que el matrimonio se contrajera en Palma de Mallorca, sin que conste hubieran adquirido (los cónyuges) con anterioridad la vecindad civil balear, no altera su sujeción al régimen de derecho común, que es el de la sociedad de gananciales, toda vez que no se otorgaron capitulaciones matrimoniales».

**Extinción de la sociedad de gananciales por la libre separación de hecho.**—Es doctrina jurisprudencial (Sentencias de 13 de junio de 1986, 26 de noviembre de 1987 y 17 de junio de 1988) que «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, pues entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso de derecho que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil)».

**Régimen regulador de la sucesión del causante. Derechos del cónyuge viudo.**—La sucesión ha de regirse por el derecho civil correspondiente a la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento, por tanto, no puede admitirse el derecho de la viuda a la cuota usufructuaria establecida en el artículo 834 del Código civil, cuando han de aplicarse como derecho sucesorio los preceptos del derecho civil especial de Cataluña. (STS de 23 de diciembre de 1992; ha lugar).

**HECHOS.**—Habiendo adquirido la vecindad civil catalana por residencia, el causante, que había vivido separado de hecho de su cónyuge durante al menos cuarenta años, y formado una nueva familia extramatri-



monial en la que tuvo dos hijos, los demandados, otorga testamento nombrando herederos y legatarios.

El cónyuge supérstite y los hijos nacidos de tal matrimonio formularon demanda contra los hijos extramatrimoniales, suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declare la nulidad de los cuatro testamentos otorgados por el causante, por adolecer de vicios de fondo y forma, se decrete la apertura de sucesión intestada y, alternativamente, en el supuesto de que se debiera respetar la «Voluntas Testatoris», se otorgue la adjudicación a la viuda del 50% de los bienes gananciales y la cuota usufructuaria correspondiente, y se divida por cuartas partes los bienes del causante constituidos por su 50% de bienes gananciales, condenando a los demandados a estar y pasar por este pronunciamiento. Mediante Otrosí, la parte actora solicita se proceda al inventario y aseguramiento de los bienes relictos y se designa administrador judicial de la herencia yacente.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, con la anulación del primer testamento, y, respetando la voluntad del testador, no accede a las restantes pretensiones. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación. Prospera el recurso de casación. (R.D.R.).

## II. DERECHO MERCANTIL

**41. Error de hecho en la apreciación de la prueba. Requisitos para su estimación.**—Es inexcusable para que prospere este medio impugnatorio, hoy ya suprimido por la reforma efectuada en la Ley 10/1992 de 30 de abril, que, «sin necesidad de acudir a la formulación de inferencias, deducciones o hipótesis, el documento o documentos invocados, por su propia literalidad, evidencien de modo patente, directo e inequívoco (litosuficiencia) el error denunciado».

**Interpretación contractual. Inaplicación de los artículos 1281 y 1286 del Código Civil a los contratos verbales.**—Los artículos 1281 y 1286 del Código Civil se refieren a contratos por escrito y no son de aplicación a los verbales, dado que en éstos «no hay términos, ni sentido literal, que puedan ser objeto de interpretación conforme a esas normas» (Sentencias de 22 de febrero de 1988 y 30 de julio de 1991).

**Interpretación contractual. Facultad privativa de los Tribunales de Instancia.**—El resultado de la interpretación contractual, función propia del Tribunal de Instancia, debe prevalecer y permanecer en casación, a menos que sus conclusiones se muestren «ilógicas, desorbitadas, erróneas o conculcadoras de preceptos legales».

**Contrato de mediación o corretaje. Concepto. Cumplimiento. Determinación del momento en que surge el derecho al cobro de honorarios.**—«[...] el contrato de mediación o corretaje es un contrato innominado “facio ut des”, principal, consensual y bilateral, por el que una de las partes (el corredor) se compromete a indicar a la otra (la comitente) la oportunidad de concluir un negocio

jurídico con un tercero o a servirle para ello de intermediario a cambio de una retribución».

Se entiende cumplida la obligación del corredor, cuando, por su mediación, el contrato cuya gestión se le había encomendado, haya quedado perfeccionado, perfección que se produce desde que las partes contratantes se ponen de acuerdo sobre la cosa y el precio, en el contrato de compraventa, aunque no se haya realizado la entrega de ninguno de ellos (artículo 1450 del Código civil).

«[...] el derecho del agente o corredor al cobro de sus honorarios ha de nacer desde el momento en que quede cumplida o agotada su actividad mediadora [...], a no ser que en el mencionado contrato de corretaje se haya estipulado expresamente que se retrasará el pago de honorarios hasta que el contrato objeto de la mediación haya quedado consumado, en caso de compraventa, cuando el vendedor-comitente haya cobrado íntegramente el precio de la venta (sentencias de 16 de abril de 1952, 10 de enero de 1922, 5 de junio de 1946, 11 de junio de 1947, 28 de noviembre de 1956, 7 de abril de 1926 y 1 de diciembre de 1986), pacto que no cabe deducirse de un convenio verbal por el que el corredor conceda al comitente la facilidad de abonar sus honorarios profesionales gradualmente, a medida que fuera cobrando el precio aplazado de los contratos celebrados, no suponiendo tal pacto, más que una mera tolerancia y no una condición del derecho al cobro de dichos honorarios. (STS de 22 de diciembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—D. Francisco S.O., agente de la Propiedad Inmobiliaria, formuló demanda contra la entidad mercantil «J.S.E., S.A.», suplicando al Juzgado dicte sentencia condenando a la parte demandada al pago de determinada cantidad, en concepto de honorarios pendientes e IVA, por sus servicios profesionales como mediador o corredor y cumplimiento de la gestión encargada.

Se estima la demanda en Primera Instancia y la Audiencia Provincial confirma íntegramente la sentencia apelada. No prospera el recurso de casación. (R.D.R.).

**42. Cláusula penal: Función. Arras penitenciales.**—Para la existencia de la cláusula penal se requiere, según ha afirmado la sentencia de 22 de octubre de 1990, «bien una función coercitiva o de garantía, consistente en estimular al deudor al cumplimiento de la obligación principal, ante la amenaza de tener que pagar la pena, ya una función liquidadora del daño, o sea la de evaluar por anticipado los perjuicios que habría de ocasionar al acreedor el incumplimiento o cumplimiento inadecuado de la obligación, ora una función estrictamente penal consistente en sancionar o castigar dicho incumplimiento, atribuyéndose consecuencias más onerosas para el deudor que las que normalmente lleva aparejada la infracción contractual»; por su parte, la sentencia de 28 de diciembre de 1946 dice que “mientras la pena convencional aparece *in obligatione*, si bien con el carácter de condicional y accesoria, el “dinero de arrepentimiento” no se halla en igual

caso, pues solamente surge la obligación de pagar la cantidad señalada cuando existiendo la reserva del derecho de resolución a cambio de esa prestación pecuniaria se hace uso de tal facultad por su titular, siendo de observarse un reflejo de la apuntada diferencia en nuestro Código Civil, si se compara el efecto de las arras penitenciales, al que se refiere el artículo 1454, con lo dispuesto respecto a la pena convencional en el artículo 1152 y debiendo tenerse en cuenta, por último, que aún facultado el deudor para liberarse de la obligación pagando la pena — caso previsto en el artículo 1153— el hecho de hacer uso de esa facultad no implica, por sí, la resolución del contrato”».

**Fianza mercantil. Carácter solidario.**—El carácter mercantil de la fianza, al estar constituida por una entidad crediticia dentro de las actividades de su tráfico mercantil, «determina su carácter solidario “según la práctica mercantil y la jurisprudencia —sentencias de 4 de diciembre de 1950, 7 de diciembre de 1968, 25 de abril de 1969 y 16 de junio de 1970—, siendo su consecuencia que el fiador mercantil carece de los beneficios de excusión y de división de que goza el fiador civil. [...], al amparo del art. 3, párrafo 1, del Código Civil, dada la necesidad de garantías firmes en las transacciones mercantiles y el auge que tiene la obligación solidaria en otros ámbitos jurídicos [...], precisamente en beneficio de la seguridad jurídica en la realidad social de nuestro tiempo caracterizada por la complejidad y multiplicadas de variantes en las relaciones jurídicas, tanto dentro del comercio como fuera de él” (sentencia de 20 de octubre de 1989)».

**Novación modificativa. Efectos: no extingue la obligación.**—No puede entenderse extinguida la obligación de afianzamiento por la novación meramente modificativa y no extintiva de la obligación principal, cuando tal novación «no supone agravación de las obligaciones asumidas por el fiador, sino, al contrario, una duración menor del tiempo durante el cual resultaba obligado». (STS de 7 de marzo de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—La entidad mercantil «I.C., S.A.» formuló demanda contra la entidad «P, S.A.» y la entidad «C.I.A.C.», suplicando al Juzgado dicte sentencia condenando solidariamente a las entidades demandadas al pago de determinadas cantidades, por incumplimiento contractual, la primera, y la condición de avalista de la segunda.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia estimó en parte el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por los demandados. (R.D.R.).

**43. Contrato de seguro voluntario de responsabilidad civil. Ley 50/1980. Art. 76: Acción directa del perjudicado frente al asegurador. Contenido y extensión. Art. 3: Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados.**—Ya con anterioridad a la publicación de la Ley 50/1980, sobre Contrato de Seguro, la Jurisprudencia había declarado la acción directa del perjudicado contra el asegurador para exigir el resarcimiento del daño, obligación de carácter

solidario con la del asegurado (sentencias de 23-6 y 18-2-1967 y 14-10 y 25-11 de 1969) que «tiene su fundamento y límite en el contrato mismo, cuyo contenido, si de una parte es fuente del derecho del asegurador y del tercero frente al asegurado, de otra permite a éste hacer valer ante ambos cualquier contenido limitador» (sentencia de 16-10-1984 que ratifica esta doctrina).

El artículo 76 de la mencionada Ley 50/1980, consagra legalmente dicha acción directa del perjudicado contra el asegurador en el seguro voluntario, y dispone, además, que esta acción «es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado». En relación con determinadas cláusulas contractuales de exclusiones del riesgo, la doctrina científica más unánime y la última corriente jurisprudencial, han entendido que la inoponibilidad al perjudicado de las excepciones referidas en el artículo 76 de la Ley hay que aplicarla «a las excepciones personales; que el primero albergue contra el segundo, y no a aquellas eminentemente objetivas, emanadas de la Ley o de la voluntad pactada de las partes» (Sentencia de 28 de enero de 1985). Límite objetivo que encuentra justificación en el marco contractual señalado en los artículos 1.º y 73 de la mencionada Ley del Seguro: «dentro de los límites pactados» o «dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato». Pero, la función hermenéutica jurisprudencial matiza su admisión de estas cláusulas objetivas al señalar, «que la exclusión de la cobertura del riesgo frente al tercero perjudicado sólo podrá ser efectiva, cuando la excepción objetiva contemplada en la póliza tenga una relación directa, o sea un factor determinante del evento dañoso, y no en cualquier caso; con lo que resultan perfectamente garantizados los derechos del tercero que sufrió el daño, sin desconocer los límites del pacto contractual (sentencia de 18-9-1986 y 7-5-1987, Sala 2.ª, y 28-1-1985, 13-5-1986, 10-6-1991 y 29-11-1991 de la Sala 1.ª)». (STS de 31 de diciembre de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—La entidad mercantil «TE, SL» y la esposa e hijos del conductor del vehículo siniestrado, fallecido a consecuencia de accidente de circulación, causado por la falta de pericia de éste al carecer del correspondiente permiso de conducción, como parte actora formulan demanda suplicando se dicte sentencia por la que se condene solidariamente a la entidad aseguradora; la entidad «TM, SL» y los herederos de Dña. A.G.G. y D. E.G.M., a que abonen las indemnizaciones señaladas para los respectivos perjudicados, en concepto de valor del vehículo siniestrado y por la muerte del esposo y padre de los demandantes.

El Juez de Primera Instancia, teniendo en cuenta la cláusula objetiva excluyente, aceptada expresamente por el asegurado; y que figuraba en la póliza del contrato previendo las circunstancias acontecidas en el presente caso, acoge las excepciones de falta de legitimación pasiva de la entidad aseguradora y falta de personalidad de los demandados, y estima parcialmente la demanda condenando a la entidad «TM, SL» y a Dña. G.G.M., a la correspondiente indemnización. La Audiencia Provincial confirma íntegramente la sentencia apelada. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso de casación. (R.D.R.).

**44. Ley de 17 de julio de 1951 de régimen jurídico de las Sociedades Anónimas. Procedimiento de impugnación de acuerdos sociales.**—«El socio impugnante debió verificar judicialmente tal investidura social por el único cauce procesal adecuado cual es el del procedimiento declarativo ordinario, y no el especial del artículo 70 de la ley de 17 de julio de 1951 que es la vía apropiada, pero exclusiva, para los supuestos prevenidos en el artículo 67 párrafo primero con la restricción excluyente marcada en el segundo párrafo del artículo 68, que evidentemente no es el caso que denuncia el alegato del motivo. (...) Tanto el artículo 64 como el artículo 51 de la Ley especial sustantiva mencionada son disposiciones de «*ius cogens*» que no pueden verse alteradas. Aunque en Sentencias como la de 14 de marzo de 1973 se mantuviera la tesis de que el incumplimiento de las normas del artículo 64 no produce la nulidad automática, quedando la declaración de ésta a la prudencia de los Tribunales, es lo cierto que Sentencias como las de 7 de febrero y 25 de mayo de 1984, 14 de mayo de 1986 y 4 de junio de 1987 determinan nítidamente que tanto la lista de asistentes como el caudal social de que sean nominalmente titulares aquellos por virtud de las acciones que posean son imprescindibles, máxime en primera convocatoria, para poder definir el montante subjetivo y patrimonial de los que en la Junta adopten acuerdos sociales que puedan ser vinculantes para la Entidad y los socios que la integran, lo que obviamente no acontece aquí en este caso, cuya llamada Junta no puede tener más efectos que los de unos acuerdos asamblearios cuya virtualidad jurídica no puede dilucidarse por la vía del artículo 70 de la citada Ley, toda vez que no puede estimarse como Junta de una sociedad de este tipo en la forma que lo ha sido, con olvido de las normas de los artículos 64 y 51, lo que comporta en consecuencia su nulidad radical.» (STS de 29 de enero de 1992; ha lugar).

HECHOS.—El actor, socio fundador de la mercantil demanda, al amparo del artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, y por el procedimiento del artículo 70 de dicho texto legal, promovió demanda impugnando la Junta General extraordinaria de dicha Sociedad, celebrada el 10 de diciembre de 1987, pretendiendo la declaración de nulidad de su convocatoria y de los acuerdos adoptados en la misma. El Juzgado estimó la excepción de inadecuación de procedimiento articulada por la Sociedad demandada absolviendo en la instancia a la misma. La Audiencia revoca tal resolución y, entrando a conocer del fondo del asunto, desestima totalmente la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación estimando sustancialmente las pretensiones del recurrente. (P-J-F.L.).

**45. Derechos de propiedad industrial. Marcas.** No se ha infringido el art. 30 de la Ley de Marcas, en cuanto ni se ha tratado, ni discutido, acerca del derecho a una u otra marca registrada, sino de las consecuencias, que en orden al tráfico mercantil, en relación íntima con el consumidor, e incluso con el titular de la marca de la actora recurrida, pueda producir la gran distorsión que la demandada-recurrente, ha realizado en el grafismo de la marca por ella registrada, dada la

confusión que puede con ello producirse en dichos ambientes y personas. (STS de 6 de marzo de 1992, no ha lugar).

**HECHOS.**—Brasseries Krönenbourg, interpuso demanda contra una empresa fabricante de cervezas, en reclamación de derechos de propiedad industrial, por entender que el denominativo Kronen Braun, con gráfico en las botellas y letras de cerveza, que comercializa la demandada, es susceptible de generar confusión entre los consumidores, con las cervezas elaboradas por la actora, amparada en sus marcas internacionales. El Juez de Primera Instancia desestima la demanda. El recurso de apelación prospera. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (P.C.A.).

### III. DERECHO PROCESAL

**46. Recurso de casación en ejecución de sentencia: Deuda indemnizatoria como deuda de valor:** Como tiene reconocida una consolidada doctrina de esta Sala, las deudas indemnizatorias conducentes a la reparación de daños y perjuicios tienen el carácter de deudas de valor por los que su cuantía ha de determinarse con referencia, no a la fecha en que se produjo la causa originadora del perjuicio, sino a aquélla en que se liquide el importe en ejecución de sentencia que no podrá exceder, por respeto al principio de congruencia, de lo que el demandante haya fijado en el suplico de su demanda.

**Incongruencia:** Al no haberse atendido la Sala de instancia al contenido del suplico de la demanda, fijando la indemnización en una cantidad muy superior a la que resultaría de aplicar las bases aceptadas por los autores en su escrito de demanda, bases que no pueden ser ignoradas por aquéllos al formular la relación de daños y perjuicios presentada para la ejecución de la sentencia reclamando mayor cantidad que la inicialmente demandada, se ha infringido el principio de congruencia, que debe ser respetado en todas las fases procesales.

**Adecuación de la indemnización al valor de la moneda: No pedida en la demanda:** La adecuación de la indemnización al poder adquisitivo de la demanda en razón al lapso de tiempo transcurrido, es cuestión no planteada en la instancia ni decidida en la sentencia, y como dice la s. de 21 marzo 1991, ante caso análogo, «las razones de justicia equitativa, también invocadas en el auto recurrido, de ser ciertas, podrían haberse tenido en cuenta en la sentencia, pero no deben operar modificando el sentido de lo resuelto ya que, de lo contrario, se crearía una situación de indefensión a los demandados que consintieron la sentencia y ahora verían agravada su responsabilidad» (STS de 4 febrero de 1992: Ha lugar).

**NOTA:** En estricta aplicación del principio dispositivo la presente sentencia resulta correcta, pero si se atiende a que la primera sentencia dictada en estos autos es de 1978, parece más equitativo el auto de ejecución de sentencia dictado en 1987. ¿Puede exigirse a los actores la previ-

sibilidad de que la indemnización iba a hacerse efectiva quince años después de dictada la sentencia de primera instancia? (G.G.C.).

**47. Tercería de mejor derecho: Preferencia del crédito salarial:** El plazo de un año del art. 32.6 de la Ley 8/1990, de 10 de marzo, está referido al ejercicio de la acción que empezará a contarse desde el momento en que debió percibirse el salario o el concepto sustitutivo del mismo, y que la preferencia queda definitivamente en el crédito cuando se ejercite reclamación ante la Magistratura de Trabajo dentro del indicado plazo, así como que en los supuestos de subrogación del Fondo de Garantía Salarial, ello acontece, no en el ejercicio de una acción ya agotada, sino en la ejecución de la sentencia dictada como consecuencia del meritado ejercicio; esta doctrina no puede entenderse desvirtuada por la s. de 10 de julio 1989, en cuanto que la lectura de ésta no permite establecer una clara diferenciación entre el reconocimiento del crédito y el ejercicio de la preferencia (STS de 19 febrero de 1992: No ha lugar). (G.G.C.).

**48. Nulidad de actos judiciales por quebrantamiento de forma. Requisitos.**—«[...] el criterio establecido por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, es limitar al máximo las posibles declaraciones de nulidad, de los actos judiciales, como acertadamente razonó el Tribunal «a quo», en cuanto que sus artículos 238.3 y 240.1 vienen a exigir ausencia total y absoluta de las normas esenciales procedimentales y de los requisitos indispensables en punto al que los actos procesales alcancen su fin, precisándose, en cualquier caso, la realidad de una efectiva indefensión, circunstancia que también requiere el inciso final del ordinal 3.º del artículo 1692».

**Formas esenciales del juicio. Dictamen de peritos: la falta de ratificación ante el Juez no provoca indefensión.**—La omisión de la ratificación pericial, en la forma establecida por los artículos 627 y 628 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no obstaculiza la finalidad del informe suscrito, cual es ilustrar al juzgador sobre el extremo a que corresponde, cuando el contenido es claro y categórico en sus conclusiones y no precisa de explicaciones complementarias; «y por otro lado, y como así fue recogido en la Sentencia de 30 de enero de 1987, el hecho de haberse prescindido de las partes para la práctica de la prueba pericial, dando cumplimiento al artículo 340, no puede admitirse que implique infracción del artículo 24.1 de la Constitución, toda vez que según tiene declarado el Tribunal Constitucional, “no puede estimarse como consecuencia necesaria del artículo 24, que la práctica de las diligencias para mejor proveer haya de realizarse, en los procesos gobernados por el principio dispositivo, con intervención de las partes, pues ello convertiría a tales diligencias en un nuevo y extemporáneo plazo de prueba”».

**Condena en costas. Criterio del vencimiento.**—El artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil consagra, para la imposición de costas, el principio objetivo del vencimiento, situación que surge siempre que la pretensión actora se estime íntegramente en la sentencia, rechazando la oposición manifestada en la contestación a la demanda, y no concurren circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición; no considerando desvirtuada la oposición del demandado

por el hecho de su colaboración en la investigación judicial. (STS de 31 de diciembre de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—La actora, tras el nacimiento de su hija, inscrita en el Registro Civil con su mismo nombre y apellidos y en la condición de «natural», por el estado de soltería de la madre y la situación matrimonial del demandado, con quien mantuvo relaciones de las que fue fruto la niña, y ante el abandono que sufrieron ambas al conocer la parte demandada el estado de gestación, y las infructuosas gestiones amistosas realizadas por la parte demandante, formuló demanda suplicando al Juzgado dictase sentencia declarando la paternidad del demandado y condenando a éste a la correspondiente prestación alimenticia.

El Juzgado de Primera Instancia estimó por completo la demanda y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (R.D.R.).

**49. Incongruencia. La estimación de las peticiones de la demanda supone una implícita desestimación de las alegaciones de los demandados.**—«Es doctrina de esta Sala en lo que a la congruencia o incongruencia de las sentencias se refiere; a) Que estimándose totalmente las peticiones de la demanda, ello supone una implícita desestimación de lo alegado por la oposición de quien aparece como demandado (Sentencias de 29 de noviembre de 1985 y las en ella citadas), por ello en el fallo que estima la demanda y desestima la contestación no hay incongruencia (Sentencia de 10 de mayo de 1983); b) Que la congruencia no requiere acomodación literal al contenido de lo suplicado (Sentencia de 19 de enero de 1984), ya que la esencia de la congruencia radica en que el fallo tenga eficacia suficiente para dejar resueltos todos los puntos del debate (Sentencias de 20 de junio de 1983, 19 de enero y 30 de mayo de 1984, 9 de mayo de 1985 y 27 de abril de 1989); c) Que no es por lo tanto incongruente el fallo que prevee el cumplimiento por equivalencia del pronunciamiento condenatorio (Sentencias de 4 de noviembre de 1983 y 27 de junio de 1986)». (STS de 26 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—Habiéndose celebrado un contrato de compraventa de apartamentos entre las partes, los demandantes reclaman judicialmente la entrega de los apartamentos que respectivamente les correspondían, de las características más aproximadas, o bien, en su defecto, una indemnización de daños y perjuicios. El juez de primera instancia absuelve a dos de los demandados y condena a los otros cuatro. La Audiencia revoca parcialmente dicha resolución al absolver a dos de los condenados en primera instancia, confirmando en el resto la sentencia recurrida en apelación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (P-J.F.L.).



**50. Competencia Territorial. Derogación del Privilegio o Fuero especial de la Abogacía del Estado (art. 7 del R. Decreto de 21 de enero de 1925) en caso de colisión con la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial.**—«Puede suceder —y el artículo 447.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial previene el supuesto— que el organismo autónomo en cuestión encomiende su defensa no al Abogado del Estado sino a abogado colegiado especialmente designado al efecto de acuerdo con lo que reglamentariamente se disponga, problema de orden interno a resolver o decidir, según sus facultades, por la junta de gobierno u órgano rector de dirección o administración de aquel organismo, caso en el que ninguna razón existe para la pervivencia del privilegio o fuero especial establecido en el artículo 7 del R.D. de 21 de enero de 1925 en contra del juez natural o predeterminado; y lo que no puede exigirse al particular demandante de derechos civiles es que espere, para concretar cuál sea el órgano jurisdiccional competente, a saber si el organismo autónomo usa en uno u otro sentido de la facultad que le otorga dicho artículo 447.1 de la LOPJ, por la razón de que ello sería posterior en el tiempo al ejercicio de la acción y la competencia territorial devendría cambiante, lo que constituye un absurdo; así pues, si ambas normas de contenido procesal o procedimental, con independencia del texto legal en que se encuentren insertas y de su jerarquía, se muestran en colisión, ha de darse prevalencia a la Ley Orgánica del Poder Judicial que deroga cuantas leyes y disposiciones se opongan a lo en ella establecido (*lex posterior derogat anterior*), máxime cuando la Constitución trata de establecer principios igualitarios en contra de todo privilegio o excepcionalidad y desaparece la base fáctica que los sustentaba. (...) La derogación del fuero territorial de la Abogacía del Estado favorece y no perjudica los principios procesales de igualdad y contradicción de las partes así como el derecho de todos los ciudadanos al juez ordinario predeterminado por la ley en las normas de competencia territorial.» (STS de 25 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Emplazado el Consorcio de Compensación de Seguros por el Juzgado de Primera Instancia de Guernica, en procedimiento sobre reclamación de cantidad, interesada y costas, el Sr. Abogado del Estado planteó cuestión de competencia por inhibitoria ante los juzgados de igual clase de Bilbao en base a que dicho Consorcio es organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y bajo la dependencia de la Dirección General de Seguros, y, por tanto, debiera regirse por lo dispuesto en el artículo 7 del R.D. de 21 de enero de 1925 (Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso y Cuerpo de Abogados del Estado). El juzgado denegó el requerimiento de inhibición que se le solicitaba y su auto fue confirmado por otro de la Audiencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*P-J.F.L.*).

**51. Derechos Fundamentales. Tutela judicial efectiva. Alcance.**—La plena efectividad de la tutela judicial exige una interpretación de las normas procesales inspirada en el principio «*pro actione*» y presupone que el mismo principio debe inspirar su aplicación (Sentencia de 21 de junio de 1991). Por otro lado,

el respecto a la tutela judicial efectiva requiere obviar que injustificadamente se impida un pronunciamiento sobre el fondo del asunto oponiéndose a los fines del proceso (Sentencia de 18 de junio de 1991), y en definitiva, aquella tutela se obtiene incluso cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente (Sentencias de 1 de diciembre de 1989 y 29 de enero de 1990). Así, pues, cuando la sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos se aceptaron íntegramente en apelación, desestimó la excepción de falta de legitimación activa razonadamente y previa cita del precepto legal aplicable, es evidente que no conculcó el derecho fundamental reconocido constitucionalmente en el artículo 24.1 sino que se ajustó a la doctrina jurisprudencial reseñada.

**Subsanación de presupuestos procesales. Intervención de procurador.**—«Siendo un requisito subsanable la intervención de procurador y la prueba fehaciente de la representación que diga ostentar (Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1991), producida la subsanación, desaparece cualquier duda sobre la concurrencia de aquel presupuesto procesal». (STS de 18 de febrero de 1992; no ha lugar).

**HECHOS.**—El demandante, designado presidente del Consejo de Administración de «Autorepuestos Suárez SA» en junta general extraordinaria celebrada al efecto con carácter universal, inicia juicio declarativo de menor cuantía en el que reclama del demandado la suma adeudada a la sociedad de 21.648.149 pesetas más los intereses legales y costas. Posteriormente, también en junta general, se acuerda ratificar la escritura de poder a procuradores formalizada ante notario por el demandante en su calidad de consejero delegado de la Sociedad, cuyo cargo ostentaba en el momento del otorgamiento del poder, y, por error involuntario, se omitió consignar en el aludido poder que actuaba en tal representación, ya que el repetido demandante era el único accionista de la sociedad. El juzgado estima íntegramente la demanda. La Audiencia confirma el fallo de primera instancia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*P.J.F.L.*).

**52. Apreciación y valoración de la prueba.**—Es doctrina de esta Sala, reiterada y constante, que la Ley de Reforma Urgente de la de Enjuiciamiento Civil no ha alterado la doctrina legal anterior en el sentido de que no permite al recurrente un nuevo examen y valoración de la prueba practicada y valorada en la instancia para extraer consecuencias subjetivas y parciales contrarias a las allí sentadas, pues la reforma aludida no ha introducido una impugnación abierta y libre que haya de prevalecer sobre lo acordado y resuelto por el Tribunal de apelación que, en principio, es soberano en la apreciación de la prueba, salvo que aquella resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica, extremo que en modo alguno concurre en el caso debatido, en el que ambos juzgadores de instancia coinciden en la apreciación y valoración de la prueba, sin necesidad de acudir a la de presunciones, medio supletorio de prueba,

a falta de la directa (Sentencias de 4 de mayo, 4 y 21 de octubre, todas de 1982) y cuya aplicación no puede exigirse al Juzgador a menos que hubiera sido propuesta por las partes y discutida en el pleito (Sentencias de 21 de octubre y 9 de diciembre de 1982 y 26 de junio de 1984), siendo excepcional que pueda impugnarse en casación haberse omitido su empleo; en definitiva, la recurrente está haciendo supuesto de la cuestión, al intentar sustituir el criterio valorativo de la Sala de instancia por el suyo propio, lo que no es admisible en casación, recurso extraordinario que no puede convertirse en una tercera instancia, máxime cuando las apreciaciones de la Audiencia no han sido, ni quedado, impugnadas por la vía casacional adecuada (Sentencias de 16 y 19 de febrero, 18 de marzo, 15 de julio, 11 y 14 de octubre, 3 y 30 de noviembre de 1988, 16 y 27 de enero, 13 de marzo, 13 de abril, 22 y 26 de mayo, 19 de junio, 4 y 13 de julio, 26 de septiembre, 8 de noviembre y 15 de diciembre de 1989, 8 de junio, 3 de julio y 22 de octubre de 1990).

**Cuestión nueva.**—Se prohíbe también, al implicar indefensión para la parte contraria, privándola de oportunidades de alegación y prueba, con transgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al verse sorprendida la contraparte por unas alegaciones que no fueron objeto de debate, lo que ocurre con el pretendido fraude de ley, cuando sólo se alegó simulación por falta de elementos esenciales del negocio, haciendo siempre supuesto de la cuestión. (**Sentencia de 18 de abril de 1992**; no ha lugar). (A.C.S.).

**53. Jurisdicción competente.**—La jurisdicción ordinaria atribuye y atrae al conocimiento de los Jueces y Tribunales de esta clase, cuantos negocios civiles se susciten en territorio español, y no estén exceptuados por algún precepto especial; los Tribunales contencioso-administrativo tienen una función revisora de los actos administrativos, constituyendo estos actos el presupuesto procesal indispensable; dentro de los actos administrativos deberán incluirse las disposiciones de carácter inferior a la ley y la validez de las actuaciones administrativas; en la revisión de los actos procedentes de la Administración pública se necesita, para que corresponda su conocimiento a la jurisdicción especializada, que esta Administración actúe con sujeción al Derecho administrativo, y no como cualquier otro sujeto de derecho, es decir, actuando para satisfacer una necesidad pública, y no como persona jurídica privada. (**STS de 25 de junio de 1992**; no ha lugar).

NOTA.—El caso no guarda relación alguna con la materia sometida legalmente a la jurisdicción contencioso-administrativa: se trata de dos personas jurídicas privadas; no existe acto alguno de la Administración que sea objeto de revisión; la relación jurídica puesta en discusión es un contrato mercantil de suministro; y la investidura de la prerrogativa o del atributo de poder en alguna de las partes litigantes aparece totalmente ausente (ver sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992). (A.C.S.).

