

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVI
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
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 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	
ALBALADEJO, Manuel: <i>Sobre si el contador-partidor puede rectificar ajustándolas a la Ley las disposiciones testamentarias que la violen</i>	1689
DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis: <i>¿Una nueva doctrina general del contrato?</i>	1705
PANTALEON, Fernando: <i>Las nuevas bases de la responsabilidad contractual</i>	1719
CASAS VALLES, Ramón: <i>Las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio (Sobre el art. 132 del Código de Sucesiones de Cataluña)</i>	1747
PEREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen: <i>La facultad patrimonial de exposición pública de las creaciones intelectuales en Derecho francés y en Derecho español. Análisis comparativo</i> ..	1785

Información Legislativa

- A cargo de Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH y Luis Miguel
LÓPEZ FERNANDEZ..... 1823

Vida Jurídica

- BOTANA GARCIA, Gemma y LOPEZ AZCONA Aurora: *Congreso internacional sobre la reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores (Zaragoza, noviembre 1993)* .. 1831

Bibliografía

LIBROS

- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: *Propiedad y constitución de servidumbres*, por Hemán Corral Talciani.—CABALLO ANGELATS Lluís: *La ejecución provisional en el proceso civil*, por Joan Pico i Junoy.—CAVANILLAS MUGICA, Santiago y TAPIA FERNANDEZ, Isabel: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, por Carolina Fons Rodríguez.—COLLART DUTILLEUL, François y DELEBECQUE, Philippe: *Contrats civils et commerciaux*, por Gabriel García Cantero.—MCGREGOR, Harvey: *Contract Code. Draw up on behalf of the english law commission*, por Gabriel García Cantero.—STEIN, Peter: *Incontro di Studio su «Il futuro Codice europeo dei contratti»*, por Gabriel García Cantero.—WITZ, Claude: *Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, por Regina Gaya Sicilia 1849

REVISTAS ESPAÑOLAS

- A cargo de Isabel ARANA DE LA FUENTE 1875

Jurisprudencia del Tribunal Supremo:

Estudios Jurisprudenciales

- GONZALEZ PACANOWSKA, Isabel: *Notas sobre el justo título para usucapir y la sucesión mortis causa* 1899
- CORDERO LOBATO, Encarna: *La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular, el privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2.º del Estatuto de los Trabajadores* 1923

Sentencias Comentadas

- Antonio CABANILLAS SANCHEZ: *La responsabilidad por inmisiones industriales (Comentario a la sentencia del TS de 15 de marzo de 1993)* 1957

Sentencias

- A cargo de Antonio CABANILLAS SANCHEZ. Colaboran: Isabel ARANA DE LA FUENTE, Gema DIEZ-PICAZO GIMENEZ, Gabriel GARCIA CANTERO, Javier LARENA, Juan Antonio MORENO MARTINEZ, Virginia MURTULA LAFUENTE, Luis Felipe RAGEL SANCHEZ, Joaquín SANCHEZ CEBRIAN 1995

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

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

Periodicidad: Trimestral

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

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

CORRESPONDENCIA

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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XLVI
FASCICULO IV



OCTUBRE-DICIEMBRE
MCMXCIII

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

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

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

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

Depósito Legal: M-125-1958.

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

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

Sobre si el contador-partidor puede rectificar ajustándolas a la Ley las disposiciones testamentarias que la violen

MANUEL ALBALADEJO
Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: I. Planteamiento.— II. La facultad de interpretar del contador es ciertamente ajena a la discutida de rectificar.— III. La jurisprudencia.— IV. La doctrina.— V. Las disposiciones no rectificables por muy ilegales que sean.— VI. La rectificación sí es posible por consentimiento unánime de todos los interesados, pero entonces no se basa en poder del contador.— VII. Lo que sí puede hacer por sí solo el contador, no como rectificación disposiciones, sino como ajuste de la voluntad testamentaria a circunstancias sobrevenidas.— VIII. Los argumentos de razon a favor y en contra de la rectificabilidad por el contador de las disposiciones testamentarias que discrepen de la ley.

I. PLANTEAMIENTO

Al partir el contador debe de ajustarse al testamento y a las instrucciones que en este le dé el testador, y a la ley, aplicando directamente lo que proceda según el testamento, y supliendo sus deficiencias en lo que omita (si, por ejemplo, quedaron bienes del causante sin disponer, repartirlos según sus cuotas entre los herederos intestados, a tenor de lo que más tarde veremos). De modo que, desde luego, el papel del contador es *aplicar y suplir*. Pero si el testamento choca con la ley (así, si pretiere a un legitimario o le deja bienes que no cubren su legítima, como si instituye en la totalidad de la herencia por mitades a un hijo y a un extraño) ¿debe el contador partir, a pesar de todo, con arreglo al testamento, porque enjuiciar la legalidad o no de las disposiciones testamentarias corresponde a los Tribunales, o procede que lo haga acatando el testamento sólo hasta donde se ajuste a la ley, y a partir de ahí aplique ésta aun contra el testamento?

Este extremo de si el contador puede *rectificar* al partir el testamento que discrepe de la ley, es el único de que deseo ocuparme en el presente estudio. Por supuesto a nadie se le ha ocurrido defender que pueda apartarse del testamento que acate el Ordenamiento.

II. LA FACULTAD DE INTERPRETAR DEL CONTADOR ES CIER- TAMENTE AJENA A LA DISCUTIDA DE RECTIFICAR

Sobre la facultad que corresponde al contador de interpretar el testamento en lo que se refiera a la partición, ya he escrito antes, primero yo solo (1), y luego con Díaz Alabart (2). Por eso ahora remitiendo a allí, únicamente quiero poner de relieve que entiendo que en principio prevalece, en los términos entonces dichos, la interpretación que (salvo que se haya encomendado tal facultad, por ejemplo, a un cierto albacea, en cuyo caso partiendo habrá que estar a lo que éste haya resuelto) el contador haga al hacer la división. Pero obsérvese que una cosa es esto, y otra distinta que le corresponda interpretar las disposiciones que sea, para aplicarlas partiendo; por ejemplo, no resolverá si se dejó un cuarto de herencia a cada uno de dos herederos o bien un cuarto para los dos, si las expresiones del testador son confusas al respecto, porque tal extremo, aunque repercute, en el partir, no pertenece a ello, sino al disponer. Y si están unidas inseparablemente la interpretación de lo dispuesto y la de su ejecución, debe de resolver quien tenga aquella, que es generalmente el albacea, que siéndolo también, puede ser asimismo el contador; y en defecto de otro llamado a interpretar la disposición, corresponderá interpretarla al contador como medio para poder partir. Ahora bien, el tema de interpretar debe de ser separado cuidadosamente de la rectificación de las disposiciones testamentarias, pues una cosa es desechar expresiones que se entiende que no recogen el verdadero espíritu del testador, y decidirse por otro que no está literalmente bien manifestado, y otra que habiendo hallado el espíritu que se cree verdad, se pueda rechazarlo y poner en su lugar uno distinto que el contador considera más ajustado a la ley.

Todo lo que en este estudio digo sobre que el contador no puede rectificar o corregir las disposiciones testamentarias, queda fuera de su facultad de interpretar en tema de partición. Hacer esto sí puede, aquéllo no. Cuando la discusión verse sobre el sentido de algo referente a la partición, a él le compete dárselo. Teniendo un cierto sentido, no le pertenece a él preferir otro que considere mejor o más legal. Todo ello, por supuesto, dando por seguro que surgirán a veces dificultades prácticas para trazar la frontera entre un caso y el otro.

(1) En mi *Derecho civil*, V. 1.^o, 1979, p. 345.

(2) ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por mí, XIV, vol. 2.^o, 1989, p. 228 y ss.

III. LA JURISPRUDENCIA

Un examen superficial de las sentencias y de los autores podría dar la impresión de que tiene un cierto ambiente en la jurisprudencia y en la doctrina la teoría de que el contador-partidor puede apartarse del testamento en lo que éste sea ilegal. Pero como voy a demostrar en particular por lo que toca a la jurisprudencia, esa impresión sería falsa, porque aunque haya algún fallo que sí lo mantenga realmente, aparte de los que dicen lo contrario, muchos de los que se cree que defienden aquéllo no lo apoyan de verdad porque en realidad están dictados para otras hipótesis.

Las sentencias o resoluciones que afirman algo que sirva, o que parezca que sirve, en el tema presente, las recojo a continuación, y si es que realmente creo que no sirven, digo por qué:

La sentencia de 18 de octubre de 1890 es una de las falsamente defensoras de la facultad de rectificar el contador. Dijo que «la declaración que con error hace un testador en su última voluntad, consignando que en su matrimonio no ha habido gananciales, no puede perjudicar al cónyuge sobreviviente; ni esta declaración desmentida por otras pruebas han de aceptarla los testamentarios, que sólo vienen obligados a cumplir la voluntad del testador en cuanto las disposiciones de éste se conformen con las leyes».

En el caso, pues, propiamente, no se trataba de una *disposición testamentaria*, sino de no estimar privativos del testador bienes que realmente no lo eran, sino que eran en parte gananciales, lo que no dependía en absoluto de que el testador dijese en su testamento que en su matrimonio no había de éstos. Así, pues, de lo que la sentencia permitió apartarse al contador no fue de una disposición testamentaria.

La resolución de 20 de mayo de 1898, que citan algunos, realmente no viene a cuento en nuestro tema, porque lo que se discutió en su caso fue la validez de una disposición testamentaria, no de una partición de contador, y, además, la partición que había estaba hecha, no por contador, sino por los herederos, y como en ella se rectificó lo dispuesto en el testamento con el asentimiento unánime de todos los interesados, se estimó valer el acuerdo de estos, prevaleciendo sobre el testamento, y declarándose su accesibilidad al Registro. Pero ya se comprende que fue por este acuerdo y no por rectificación alguna de lo dispuesto en el testamento hecha por un contador inexistente; ni lo que dijo la resolución abona en absoluto que el mismo criterio de prevalecer la partición sobre el testamento, por el acuerdo en cuestión, valga para que prevalezca sobre el testamento la rectificación que de él haga el contador al partir.

La sentencia de 2 de julio de 1904 aun citada por alguno tampoco afecta a nuestro tema.

En cuanto a la resolución de 26 de septiembre de 1904, ni admite la validez de rectificación hecha del testamento por el contador en parti-

ción, y ni siquiera se refiere a partición de contador, sino que se refiere a testamento que a pesar de no consignar la hora de su otorgamiento, los interesados acataron partiendo según él, y frente a la nota del Registrador que denegó la inscripción por el defecto de la hora, la Dirección General ordenó que se practicase por subsanar tal defecto el acuerdo de todos los interesados.

Tampoco viene a nuestro caso la resolución de 30 de junio de 1910 en la que habiendo preterición de herederos, los instituidos, los preteridos y el contador, que lo había, partieron de común acuerdo todos, apartándose del testamento y subsanando la preterición. Contra la nota del Registrador alegando la discrepancia de la partición y el testamento, la Dirección General estimó la inscribibilidad por considerar deber procederse al reparto de los bienes según el acuerdo unánime de los interesados a pesar de no coincidir con el testamento. Pero, dicho lo anterior, hay que añadir dos cosas claras: una, que la razón de admitir la rectificación del testamento por la partición fue, no la decisión del contador, sino el acuerdo de todos los interesados; otra, que, como es sabido ya (2 bis), no es partición de contador la que aunque lo haya no hace este solo, así que lo que se diga para tal caso no vale para la verdadera partición del contador.

Ni vienen a cuento las resoluciones de 31 enero 1913 y 10 mayo 1950 ambas dos que para casos de preterición declaran inscribibles las particiones hechas por todos los interesados si de común acuerdo aceptan los instituidos compartir la herencia con los preteridos. El común acuerdo vuelve a ser la base de poder apartarse del testamento. Y si hubiese habido contador conforme con los herederos y partiendo en concurrencia con éstos, no habría, como dije antes, partición de contador.

La resolución de 18 de diciembre de 1951 sí que es un fallo que verdaderamente se proclama contrario a que el contador-partidor pueda apartarse del testamento.

Sostuvo que los contadores-partidores, en el uso de sus facultades, han de sujetarse de forma «estricta al testamento, que constituye la norma fundamental de la sucesión, y sin que tales facultades alcancen a declarar por sí nulo e ineficaz un testamento del causante o alguna de las cláusulas en que ordene la distribución de la herencia, ni a prescindir de los derechos sucesorios concedidos por el padre al hijo ilegítimo, como se hace en el presente caso, ya que tales cuestiones corresponden a los Tribunales de justicia».

En el caso se trataba de que ante dos testamentos del causante que eran compatibles, en uno de los cuales instituía a sus hijos legítimos y en el otro reconocía con los mismos derechos que a aquéllos a uno ilegítimo no natural, el contador-partidor limitó a recibir alimentos los derechos del ilegítimo. Luego lo que persigue la resolución es que no valga la decisión del contador de reducir la cuota que el testador dejó

(2 bis) Véase ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIV, vol. 2.º, 1989, p. 185 y ss.

al hijo ilegítimo, cuando se la pudo dejar sin chocar con la ley. Mas, aunque como no había choque entre testamento y ley, lo que el Tribunal Supremo dice no es específico para decidir que aun en el caso de que lo haya ha de atenerse el contador al testamento, sin embargo, está bien claro que la resolución se inclina en general por que en todo caso el contador ha de atenerse pura y simplemente al testamento.

La sentencia de 11 de febrero de 1952, es una que está a favor de poder el contador-partidor apartarse del testamento.

Recaída en un caso de testamento otorgado en España por un súbdito francés que falleció dejando un hijo y cuatro nietos, hijos de otro hijo premuerto, a los cuales el testador atribuyó como mejora y prelegado los dos tercios de su herencia, los albaceas contadores formalizaron la partición asignando a los nietos por aquellos conceptos de liberalidad un solo tercio del caudal por aplicación de los artículos 913 y 920 del Código civil francés que prohíben toda liberalidad *inter vivos* o *mortis causa* que exceda el tercio de la herencia en supuesto como el de autos, y, ante esta actuación de los contadores, una de las cuatro nietas del testador promovió contra su tío y hermanas el presente pleito solicitando la declaración de nulidad o inexistencia de las operaciones particionales por estimar, esencialmente, que los albaceas contadores carecían de facultad para alterar la voluntad del causante, reduciendo a un tercio la mejora y prelegado que el testador había extendido a los dos tercios de su herencia.

Pues bien, el Tribunal Supremo declaró que «si el testador se extralimitó distribuyendo sus bienes en cuantía no permitida por su ley nacional en cuanto a la mejora y prelegado que dispuso, los contadores que en la partición se atuvieron al estatuto personal del causante, subsanando la transgresión en que éste había incurrido, procedieron correctamente y actuaron de acuerdo con el espíritu que informa el artículo 901 del Código civil, porque si bien son ejecutores de la voluntad del testador a efectos de la partición de su herencia, se deben ante todo al cumplimiento de la ley prohibitiva, que tiene fuerza vinculante para el testador y para los contadores, con rango imperativo superior o preponderante a la voluntad de aquél y de éstos».

La resolución de 14 de agosto de 1959 en otro caso de preterición admitió que el contador podía partir en discrepancia con el testamento, pero ello, si todos los interesados estaban conformes en admitir derechos hereditarios distintos de los dispuestos por el testador.

Y no cito ya más fallos en los que lo que se dice es que con acuerdo de todos los interesados se puede cambiar lo dispuesto por el testador, porque evidentemente tales fallos admiten el cambio por el acuerdo en cuestión, no porque el contador pueda rectificar.

La sentencia de 8 de marzo de 1954, niega al contador partidor la facultad de apartarse del testamento. Literalmente afirma que el contador no está autorizado «para alterar los derechos que se derivan del testamento».

La sentencia de 22 de abril de 1967, en la que se dice que en la ya recogida de 18 de octubre de 1890 se «llega a eximir incluso al albacea de la obligación de cumplir la voluntad del testador cuando sus disposiciones no se ajusten a las leyes».

Mas la verdad es que ya se vio en qué caso hace esta afirmación la de 1890, y además es que la de 1967 tampoco la hace ante caso de atenerse el contador no al testamento, sino a la ley que éste contradiga, sino simplemente a fin de reforzar la idea de que para impugnar una disposición testamentaria no hay que esperar a que se le dé ejecución por el albacea contador-partidor que aún no ha realizado la partición, «pues es indudable —dice la sentencia—, de una parte, que ha de poder ser anulada la cláusula testamentaria y aun un testamento en su totalidad sin necesidad de haber sido previamente ejecutado, cuando existan razones legales para ello», y agrega la sentencia como argumento a mayor abundamiento a favor de esta tesis que «es más, la sentencia de octubre de 1890 llega a excluir incluso al albacea de la obligación de cumplir la voluntad del testador cuando sus disposiciones no se ajusten a las leyes».

Con lo que queda claro que la sentencia de 1967 ni resolvió caso de contador-partidor que partiese acogiéndose a la ley de la que el testamento discrepase, ni sirve para apoyar que pueda o deba hacerse así.

La sentencia de 24 de febrero de 1968, que dio por bueno lo hecho por los contadores-partidores y dijo que «en todos estos puntos [los discutidos] se limitaron los susodichos contadores-partidores a subsanar o corregir los defectos o transgresiones de la voluntad testamentaria que tenían ciertamente la obligación de respetar, pero —como ya dijo esta Sala en la sentencia de 11 de febrero de 1952— nunca de un modo ciego y automático, sino ajustándose siempre a lo dispuesto en la ley y subsanando en este sentido los defectos y omisiones de aquélla».

Pero es que en el caso de la sentencia se trataba de discusión relativa a la existencia de ciertos bienes gananciales o a la ganancialidad de algunos otros descubiertos aparte de los mencionados en el testamento, en que el testador habría hecho partición él mismo en ciertos extremos, estimando el Tribunal Supremo que lo hecho por los contadores no tenía sentido que excediese de lo que permiten las reglas de interpretación de los artículos 1.281 y 1.285 ni que pudiese estimarse que significase «apartamiento de la ley particular de la partición el hecho de que se excluyesen bienes de que el testador había dispuesto después del otorgamiento de su última voluntad, o se distribuyesen con la misma proporción ordenada saldos de cuentas y valores mobiliarios de que el causante no había hecho atribución concreta e incluso se incluyesen como bienes gananciales del primer matrimonio dos casas sitas en la ciudad de Cartagena —al margen por completo de su valor económico— que no había mencionado dicho testador, pero que según resultó de la inscripción existente en el Registro de la Propiedad, fueron adquiridas a título oneroso vigente al primer matrimonio [el testador

era bínubo], quedando, por tanto, incursas en la catalogación de ganancialidad del número 1.º del artículo 1.401 del Código civil».

Todo lo que significa que realmente no se juzgó un caso en el que en rigor los contadores no aplicasen lo dispuesto por el testador, sino que prefiriesen a ello y aplicasen en la partición preceptos legales que aquello infringiese.

La resolución de 14 de abril de 1969 que dio por buena la reducción de un legado dispuesto por el testador hecha por el contador-partidor, con lo que se apartó del testamento, pero porque en la partición tenía incidencia la determinación de qué bienes poseían el carácter de reservables, para lo que el contador-partidor está facultado, amén de que se trató de ajustar la adjudicación de bienes al valor total posible de la manda que se dispuso.

Y, por último, el más reciente fallo, la resolución de 1 de diciembre de 1984, contundentemente contrario a que el contador-partidor pueda apartarse del testamento.

Según esta resolución «el contador-partidor tiene la obligación de interpretar la voluntad testamentaria, sin que tenga facultad alguna para declarar por sí su nulidad o ineficacia total o parcial, cuestión que corresponde a los Tribunales de justicia a solicitud de los herederos que procedan a su impugnación».

Hasta aquí los fallos en cuestión. De ellos, según lo expuesto, resulta claro que aun no habiéndose contemplado en muchos de los mismos verdaderos choques entre disposiciones testamentarias y ley, sin embargo, ciertamente que el Tribunal Supremo o la Dirección General han venido a decir, a veces, que al partir los contadores-partidores no deben atenerse sólo al testamento de un modo ciego y automático, sino también a la ley, y que ésta tiene fuerza de obligar a los contadores con rango superior a la voluntad del testador, lo que significa que en el choque ley-testamento, el contador debería aplicar aquélla, y no éste, al partir, así, pues, que la partición que haga debe atenerse al testamento en tanto en cuanto que lo dispuesto en él sea legal, y en lo que no lo sea, a la ley, pero otras veces han dicho que los contadores deben atenerse siempre rigurosamente al testamento, y que si hay en él disposiciones que choquen con la ley no es misión de los contadores juzgar ese extremo sino de los Tribunales, pues aquéllos deben de limitarse a ejecutar lo que el testador dispuso.

IV. LA DOCTRINA

Lo anterior, por lo que toca a la jurisprudencia. En cuanto a lo que toca a la doctrina:

Roca Sastre (3) dice brevemente que «el comisario, cuando las disposiciones testamentarias no se ajusten a Derecho, deberá *dar preferencia a la ley*, pues la voluntad del testador debe de estar encuadrada dentro de los cauces legales».

Díez-Picazo y Gullón (4) recogiendo algunas de las sentencias citadas, dicen, usando sus expresiones, que «las facultades particionales han de ejercitarse conforme a la voluntad testamentaria. El contador-partidor ha de respetarla, pero no de un modo ciego y automático, sino ajustándose siempre a la ley, y subsanando en este sentido los defectos y omisiones del testador».

Y más o menos Clemente Meoro (4 bis) transcribe lo que dicen Díez-Picazo y Gullón.

Por el contrario Lacruz y Sancho (5) afirman, diferentemente, que «si en el testamento hay disposiciones contra ley, producirán o dejarán de producir sus efectos con independencia de la voluntad del comisario, pues si bien él tiene facultad de corregir errores y equivocaciones cometidos por el disponente, no puede hacer válidas las disposiciones nulas. No puede —agregan Lacruz y Sancho— el comisario ser juez de la legalidad de las disposiciones del causante y así considerar bien o mal hecha una desheredación o ilícita una condición, e incluso apreciar la existencia de preterición. Todo ello corresponde a los Tribunales, y sólo tras su pronunciamiento podrá el comisario (si está dentro de plazo, cosa improbable a menos que se entienda este suspendido por aplicación del artículo 904) dar cumplimiento al encargo del testador».

Y yo ya dije (6) que «en puridad de principios, como su papel [el del contador] es *dar ejecución* (en lo que respecta a la distribución de bienes) a lo dispuesto por el causante, no es misión suya ni la de corregir lo mal dispuesto por éste ni la de dar cumplimiento a la ley en vez de a la voluntad del difunto cuando lo que este ordenó es ilegal. Es decir, lo dispuesto indebidamente por el difunto padecerá de la invalidez que sea, y podrá ser atacado por quien corresponde, pero el contador no está para *legalizar la situación* a base de *no* aplicar lo que aquél estableció, sino lo que debiera haber establecido».

Posteriormente, igual opinión comparte Díaz Alabart conmigo (7).

(3) *Estudios de Derecho civil*, II, 1948, p. 409.

(4) *Sistema de Derecho civil*, IV, 4.^a ed. 1988, p. 554.

(4bis) En *Derecho de sucesiones*, coordinado por CAPILLA, LÓPEZ, ROCA, VALPUESTA y MONTÉS, 1992, p. 635.

(5) *Elementos de Derecho civil*, V, 1988, p. 154.

(6) *Derecho civil*, V, 1.^o, 1979, pp. 345 y 346.

(7) *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, vol. 2.^o, 1989, p. 263.

V. LAS DISPOSICIONES NO RECTIFICABLES POR MUY ILEGALES QUE SEAN

La verdad es que el apartarse el contador del testamento, podría caer que lo hiciese, burlando la confianza depositada en él por el testador, para realizar una partición quizás simplemente arbitraria o hasta posiblemente favorecedora de alguno de los herederos, que ni llevase a la práctica el testamento ni la ley en lo que aquél tuviese de ilegal. Ahora bien, ese caso de partición que, en todo o en algo, prescinde del testamento, pero no por acogerse a la ley, aunque posible, es insólito o aun habría que decir más, no se da absolutamente en la práctica, pues en la vida real lo que hay son particiones en las que el contador se aparta del testamento para ajustar la sucesión a una legalidad que aquél ha violado.

Y ¿es que para la ley hay infracciones testamentarias corregibles por el contador, es decir, disposiciones testamentarias infractoras ante las que este pueda encontrarse y no debe acatar?

Siendo su papel exclusivamente partir, es claro que sólo podrían ser las que se refieren a este extremo o hayan de aplicarse al partir o tengan influencia directa o indirecta en la partición a hacer, así que de entrada hay que dejar fuera el tema de la corregibilidad o no de otras disposiciones testamentarias posibles. De este modo no se plantea caso para la invalidez por falta de capacidad del testador, o la invalidez formal del testamento, etc., que no se refieren a la partición y a las que el poder del contador no alcanza en absoluto. Ante posibles invalideces del testamento procedentes de esas causas, el contador nada tiene que juzgar ni decidir, sólo que percatado del riesgo de invalidez, podrá llevar adelante la partición a pesar de todo o abstenerse de hacerla, pero en los mismos términos en que podría aun siendo válido el testamento.

Yo opino que también las disposiciones testamentarias afectantes a la partición son intocables aunque sean ilegales. Pero quiero hacer una relación *sin ánimo exhaustivo*, como se dice, que ya se sabe que significa con propósito de *enumerar todas las que sepa o se me ocurran*, pero sin que en virtud de la advertencia de no proponerme recogerlas todas, se me pueda acusar de que se me escapó alguna:

Ninguna de las que recojo es corregible en ningún caso: así que ni sí las de un tipo pero no las de otro, ni sí las importantes, pero no las menores, ni sí estas, pero no aquéllas.

Puesto que la partición que ha de hacer el contador engloba una serie de operaciones, inventariar los bienes, evaluarlos, liquidar las deudas, practicar la reunión ficticia, fijar las legítimas, establecer las reservas, colacionar, hacer los lotes y adjudicarlos, cualquier disposición del testador sobre alguno de esos extremos, o que incida en él aunque infrinja precepto legal, superando los límites permitidos, como si viola la legítima, debe de respetarla el contador, si bien cuando se trata de relación que de sus bienes que haga el testador, y resulte que omite

algunos o incluya de más, tal cosa no constituye una infracción legal sino una omisión o un exceso, y el contador deberá dar cumplimiento al testamento, si bien aplicándolo sólo a los verdaderos bienes hereditarios y a todos ellos.

Según digo, debe respetar el contador lo que toca a disposiciones testamentarias que violen la legítima, como si el causante valoró por alto o por bajo equivocadamente (sin que el error le autorice a corregirlo ni aun dentro de los límites en que permita impugnar las disposiciones testamentarias) o aun aposta bienes; dando así lugar a que quede sin cubrir la herencia forzosa de alguien, o ésto se produce por dejarle menos de la cuota que le corresponde, como debe respetar las disposiciones condicionales sin poder juzgar sobre la admisibilidad o no de la condición, como debe de respetar la disposición de bienes reservados que el testador destine a no reservatarios, o respetar la disposición que dispense, por supuesto improcedentemente, a ciertas donaciones de reunión ficticia, o de colación a un legitimario al que donó, quien con su *donatum* y *relictum* daña la legítima de otros, como debe respetar las imputaciones que el testador realice contra lo que la ley dispone, o las adjudicaciones que haga que no cubran o excedan la cuota en que instituyó al adjudicatario o corresponda a este de cualquier modo.

Siguiendo con la relación de lo en que el contador no puede rectificar el testamento, es decir, ha de acatarlo tal cual por muy ilegal que sea, cabe decir que:

No puede dejar fuera de la herencia excluyéndolo de la partición a un indigno no rehabilitado al que hubiese instituido el testador.

No puede dejar fuera de la herencia excluyéndolos de la partición a los incapaces relativos de suceder (arts. 752 y ss.) (8) que hubiese instituido el testador.

No puede hacer que sucedan incluyéndolos en la partición a los injustamente desheredados por el testador, y claro está que menos si fueron desheredados justamente, y en todo caso tampoco puede incluir en la partición a los descendientes del desheredado que conservan el derecho de éste a la legítima (C.c. art. 857) (9).

No puede excluir de sustitución fideicomisaria a un llamado más allá del segundo grado.

(8) Lo mismo en el caso de incapacidad relativa que en el de indignidad, entiendo CAMY (Contador-partidor y personas a quienes válidamente puede adjudicar bienes, en *R.D.P.* 1968, p. 324) que el contador tiene la facultad de excluir de la partición, es decir de rectificar el testamento, a los incapaces cuya incapacidad —dice— «no requiera la apreciación de pruebas de ninguna clase porque se derive de un hecho indiscutible».

Ello probablemente sea muy sensato en pura lógica porque evitará trámites y dilaciones, pero es lo cierto que privaría sin más de un derecho, todo lo claudicante que se quiera, por decisión del contador, cuando el favorecido debe tener la protección del testamento hasta que los tribunales decreten la invalidez de su institución.

(9) Lo contrario opina CAMY, *ob. cit.*, en *loc. cit.*, p. 322.

VI. LA RECTIFICACIÓN SÍ ES POSIBLE POR CONSENTIMIENTO UNÁNIME DE TODOS LOS INTERESADOS, PERO ENTONCES NO SE BASA EN PODER DEL CONTADOR

Todas esas cosas no las puede hacer el contador por sí solo, aunque ciertamente valen si, como ya se ha visto y después insistiré, las hace con el consentimiento unánime de todos los interesados que hayan acordado regular la sucesión, no como el testamento, sino como el contador la parte, en cuyo caso la fuerza de la partición no le proviene de ella misma a pesar de no ajustarse al testamento, sino que tal fuerza procede de aplicar una sucesión que aunque no esté dispuesta por el testador se ha acordado por los interesados y a ella se ajusta la partición. O si es que sin previo acuerdo de todos los interesados sobre la sucesión el contador partió, discrepando del testamento pero con intervención de todos aquéllos de común acuerdo, entonces la partición valdrá, pero no como partición del contador. Y si, por último es que el contador sólo partió en discrepancia con el testamento, y luego todos los interesados aprueban lo que hizo, esto valdrá como partición de contador, pero no por valer tal partición discrepante del testamento, sino por darle fuerza el acuerdo unánime de los interesados de acatarla.

De modo que, en estos casos vistos, en definitiva, nunca obliga de por sí la partición del contador que se aparte del testamento y aplique la ley en vez de las disposiciones de aquél, pues sólo obliga por el acuerdo de aceptarla los afectados (10).

VII. LO QUE SÍ PUEDE HACER EL CONTADOR POR SÍ SOLO, NO COMO RECTIFICACIÓN DE DISPOSICIONES, SINO COMO AJUSTE DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA A CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS

Lo que sí puede y debe hacer el contador al partir, porque ello no es *rectificar* el testamento, es introducir las modificaciones que en la sucesión procedan de la propia aplicación del testamento a una situación que ha cambiado de la inicial contemplada por el testador, o ha seguido un desarrollo que lleva a consecuencias nuevas siempre que el resultado arranque o se origine de llamamientos principales o subsidiarios hechos por el testador y concluya dentro de lo dispuesto por éste. Así que hacer estas cosas no es *rectificar* disposiciones testamentarias, lo que está prohibido al contador, sino *ajustar* las disposiciones a un contexto

(10) Es útil para los extremos anteriores el estudio de GARCÍA GARCÍA. *Inscripción de la partición conjunta de contador y herederos y de la partición de contador con la aprobación de los herederos o con intervención de éstos a otros efectos*, en R.C.D.I., 1977, p. 287 y ss.

nuevo, lo que le está permitido porque *ejecuta*, en vez de *arrumbar* la voluntad testamentaria.

Por poner un ejemplo que aclare el sentido del anterior párrafo quizás no muy concreto, diré: si, se trata de testamento que contiene una sustitución vulgar y ha muerto el instituido, el contador dividirá sin más, adjudicando la parte de éste al sustituto porque es claro que el testamento contenía la delación a favor de éste subsidiariamente a la de aquél.

En virtud de esa aplicación del testamento lo mismo en sus disposiciones directas que subsidiarias, pero aplicación siempre de lo establecido aun no en primer término en él, y nunca en su contra, el contador puede sin más y simplemente ejercitando sus facultades que le provienen del testamento que ejecuta:

Cuando se dé caso de acrecimiento, atribuir la parte del llamado que falte a quien o quienes tengan derecho a que engrose la suya.

Cuando no herede el instituido, atribuir su parte al sustituto vulgar que el testador le haya nombrado.

Cuando no herede el fiduciario, atribuir la herencia al fideicomisario.

Cuando falte el fideicomisario atribuir al fiduciario definitivamente la herencia libre de fideicomiso.

Cuando no herede el instituido atribuir su parte al representante testamentario que el testador le haya nombrado o que le nombra la ley en el caso del art. 814, párrafo antepenúltimo (el descendiente de otro descendiente no preterido que no suceda, representa a éste en la herencia testada del ascendiente de ambos), en cuyo caso le basta al contador la constancia de ser descendiente del descendiente el sucesor al que le va a adjudicar la parte de aquél, sin tener que obtenerse declaración de herederos.

Además, en todos esos casos le puede corresponder resolver si el que procede es uno de ellos o el otro, porque habiendo duda su solución pertenezca, en los términos que dije *supra*, ap. II, a la interpretación del testamento que es del contador.

No le corresponde cuando después de morir el testador fallezca el instituido sin haber aceptado ni repudiado, atribuir su parte a sus transmisarios, y no le corresponde porque éstos serán los herederos del instituido premuerto, pero herederos del mismo o abintestato o por otro testamento distinto de aquél cuya herencia parte el contador, así que la constancia de que sean tales herederos no la obtiene el contador del propio testamento que él ejecuta, sino de unir este a la declaración de los transmisarios como herederos abintestato o por testamento, de modo que precisará el contador basarse en este testamento o declaración de herederos, y no obrar sólo por el del causante inicial que le confió su partición.

Igual cabe decir para si por falta de alguno de los instituidos o de todos, la herencia llega a corresponder en parte o por completo a la sucesión intestada. Entonces el contador que recibió el encargo de partirla cuando era testada, lo conserva (salvo voluntad contraria) al pasar a intestada, pero no puede resolver por sí solo quiénes sean los herederos intestados a quiénes corresponde el puesto del testado que falta, así que partirá previa obtención de la oportuna declaración de quiénes son éstos. De cualquier modo, véase la resolución de 14 de agosto de 1959. Que tal cosa deba de ser así, se sigue de un argumento palpable, que es: si, como puede, aunque sea insólito, el testador, sin instituir herederos, nombra un contador para que divida su herencia intestada, es claro que para partirla se deberá obtener antes la declaración de herederos; así que lo mismo, si la falta de herederos testados procede, no de que no se nombraron, sino de que aun nombrados no sucedieron.

En ambos casos, de sucesión *iure transmissionis* y de intestada, lo que sí puede corresponder al contador (aunque, desde luego pueda ser impugnado) es decidir interpretando el testamento, en los términos que dije *supra*, ap. II, si realmente proceden aquellas o más bien la herencia debe de seguir otro camino, como el acrecimiento, la sustitución vulgar, etc.

Examinadas las delaciones vistas y advertidas las facultades del contador en el derecho de representación en la sucesión testada, del de la sucesión intestada, no hay que decir sino que obviamente también necesita la declaración de herederos de quienes lo sean por representación para que parta entre ellos el contador al que insólitamente se hubiese encargado la división de la herencia.

Todo lo expuesto, ciertamente queda demasiado conceptual. Pero la verdad es que me parece como lo he dicho, aunque pueda pensarse que resulta sofisticado en exceso el que sea a tenor de ello como caiga el caso que sea dentro o fuera del grupo en el que hay facultades totales del contador.

VIII. LOS ARGUMENTOS DE RAZÓN A FAVOR Y EN CONTRA DE LA RECTIFICABILIDAD POR EL CONTADOR DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS QUE DISCREPEN DE LA LEY

Los argumentos posibles a favor de la rectificabilidad del testamento por el contador podrían ser bien sencillos, y a primera vista atractivos y hasta convincentes, resumiéndose en:

1.º Ser más efectivo, rápido, cómodo y económico corregir ya al aplicarlo lo que está mal, que aplicarlo a pesar de lo mal que esté, obligando así a seguir después un procedimiento para deshacer lo mal hecho.

2.º El contador debe rectificar porque no puede ejecutar algo ilegal, la disposición testamentaria que lo sea. No puede hacerlo porque no le corresponden facultades contrarias a las leyes (C.c. art. 901, *in fine*), y lo sería la de ejecutar una disposición ilegal. Argumento que quizás tiene la respuesta de que el art. 901 está pensando en que se den al contador facultades que en sí rehace la ley, y no en las de ejecutar lo dispuesto (legalmente o no) por el testador.

Ahora bien, a esas razones pro rectificabilidad, cabe oponerles otras de más peso, en mi opinión, como son:

1.º El contador está para *ejecutar* (el testamento en lo que toca a la partición), no para *corregir* o *juzgar* lo que ha de aplicar.

2.º La confianza que le otorga el testador es para que cumpla lo que le confía, no para que rectifique lo que dispuso que se hiciera, luego para esto no tiene poderes del testador, poderes que le serían necesarios para hacerlo (11).

3.º Permitiendo rectificar al contador, se le faculta, no ya para operar en su campo, que es la partición, sino hasta en el de, saliéndose de su misión, las disposiciones testamentarias, para que partiendo según las que el contador configure, no resulte una partición como habría correspondido a la disposición rectificadora. Ahora bien, me parece sumamente irregular que se pueda defender que a quien cuando está en su simple papel de contador, no se le deja salirse de las fronteras de la partición, se le puedan dar en algún caso facultades no ya de partir sino de modificar las disposiciones según las que va a partir, para las que ni siquiera tiene poder de interpretación.

4.º Si en el cumplimiento de su misión de partir, por muchas ilegalidades que pueda cometer el contador partiendo, la partición se mantiene creando un estado de derecho hasta que sea impugnada, no veo cómo pueda pensarse que sea de menor categoría el testamento, cuyas disposiciones podrían ser despreciadas por el contador sin impugnarlas.

5.º No cabe rectificar las disposiciones testamentarias ilegales por la partición del contador, cuando si hay que pasar por la partición ilegal del testador hasta impugnación, más hay que pasar hasta impugnación por sus disposiciones testamentarias ilegales.

6.º El testamento y sus disposiciones podrán ser impugnadas por los interesados, pero entretanto hay que acatarlos por todos, y también por el contador, lo que le obliga a ejecutar lo dispuesto por el testador tal cual lo dispuso, naturalmente a riesgo de que se impugne después tanto la partición como la disposición si chocan con la ley, pero antes de esto no puede tomarse el contador por sí y ante sí la iniciativa de rectificar nada.

7.º Por supuesto, si al contador le parece ilegal lo que debe ejecutar, le cabe abstenerse de partir, bien no aceptando el cargo, bien renun-

(11) Y aun eso dando por bueno que no lo impidiese el art. 670.

ciando si ya lo había ocupado, pues sin duda podría estimarse justa causa (C.c., art. 899) verse obligado a cumplir disposiciones ilegales.

8.º También le cabe al contador tomar otra medida en vez de meterse a rectificar por su cuenta, la medida de convocar a los interesados para que por unanimidad resuelvan sustituir la disposición irregular por un acuerdo que no choque con la ley y sea así ejecutable sin reparos por el contador.

Este es el verdadero argumento que quita dramatismo al 1.º de los a favor de la rectificabilidad, pues no puede negarse que forzar a los perjudicados por el testamento a su impugnación para ajustarlo a Derecho y luego aplicarlo al partir, es mucho más incómodo que dar por bueno los favorecidos por la partición lo que haya hecho el contador acoplándose al testamento en lo legal y a la ley en lo ilegal, siempre, se sobreentiende, en tanto estén conformes los interesados o en tanto no acudan a los Tribunales. De este modo se arreglará todo con más prontitud y economía, aunque me parece innegable que queriendo el favorecido por la disposición ilegal del causante, que la partición se haga conforme a ella, podrá impugnar la disconforme. Si bien entonces se encontrará que, en el oportuno procedimiento judicial, lo que le opondrán los demás es que lo que se debe hacer es invalidar en lo ilegal la disposición del causante para no tener que aplicarla en la partición.

De modo, pues, que con esos peso y contrapeso de conveniencias, los interesados ellos mismos, procurarán evitar un litigio, llegando de antemano al acuerdo de lo que con toda probabilidad dirían después de aquél los Tribunales, y así no habrá que llegar a rectificación unilateral del contador, sino que habrá rectificación por acuerdo de todos los interesados, que será el que dé base a que la partición no aplique la disposición ilegal.

9.º Si se concediese al contador la facultad de rectificar por sí solo, se le habría hecho juez del caso, y dejado depender su decisión de su solo criterio; lo cual es evidentemente más arriesgado que mantener la disposición testamentaria tal cual, y que el interesado que la considere ilegal la impugne si es que quiere para que si procede y después de un juicio se la invalide con muchas más garantías.

10.º Por mucho que se dijese que sólo cabría rectificar cuando haya precepto legal claramente infringido en el testamento, resultaría por lo menos con frecuencia, quedar en manos del contador la apreciación de los hechos para estimar si eso se da en el caso. Amén de que, por otro lado, una infracción clara e innegable no se comprende cómo no pueda esperar algo para ser declarada por los Tribunales, que siendo tan segura, sin duda la declararían.

11.º Permitir que rectifique el contador es invertir sin razón las posturas de las partes, que de tener que ser demandado el favorecido por el testamento para impugnar los derechos que éste le concede, pasaría a tener que demandar él si tales derechos se le niegan por el con-

rador que no ajusta su partición al testamento. Lo cual es totalmente arbitrario.

12.º Y para acabar, permitir que rectifique el testamento por sí solo el contador, por muy ilegal que sea la disposición que deseche, me parece muy fuerte que sea cosa que esté autorizada por la ley a una persona a la que el testador lo que le ha encomendado es «la *simple facultad* de hacer la partición».

Después de todo lo expuesto pienso que se puede estimar que sólo habría una razón de puro hecho para tolerar la rectificación del contador, la razón de que a los interesados no solerá serles útil reclamar contra ella, ya que su reclamación no conseguiría nada definitivo si contra tal reclamación se invoca la ilegalidad de la disposición del testador. Pero una cosa es eso, y el que quiera que lo haga, y otra que en el rigor de los principios sea correcta la rectificación del contador.

Para acabar, una cosa creo: que incluso aceptando la posibilidad de rectificar, más parece que hacerlo no sería un deber del contador, sino una simple oportunidad que podría utilizar o no.

¿Una nueva doctrina general del contrato?

L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN

(*)

Los organizadores de este Congreso me han adjudicado un tema que se encuentra, como ustedes podrán comprobar, entre interrogantes. Temo mucho que después de mi intervención los interrogantes subsistirán. La pregunta parece dirigirse a averiguar si es posible y si, al mismo tiempo, es necesaria, una reconstrucción de la categoría tradicional del contrato. La pregunta sólo es legítima si uno se mantiene en las coordenadas de lo que se puede llamar una concepción tradicional del contrato, que lo piense como un negocio jurídico bilateral o, por decirlo con otras palabras, un acuerdo de las voluntades libres de los contratantes, que expresan, a través de su acuerdo, su autonomía privada, estableciendo entre ellos libremente una determinada relación obligatoria y creando la regla de conducta o el precepto, por el que tal relación se ha de regir en el futuro.

Si las cosas se miran despacio, la pregunta que ahora nos hacemos no es nueva. En los años inmediatamente posteriores a la gran crisis económica de 1929 en la guerra mundial y en la postguerra, que se encontraban marcados por una economía de escasez y de penuria, las necesarias intervenciones de las autoridades gubernativas produjeron figuras que eran anómalas desde el punto de vista de la concepción tradicional del contrato. En los años treinta Nipperdey había acuñado la expresión de «contrato dictado» y en una serie de escritos que se publicaron como homenaje a G. Ripert, algunos civilistas franceses hablaron de contratos impuestos. No es casual que dichos escritos fueran recopilados con el título de «El Derecho Privado en la mitad del S. XX». Yo mismo, cuando empecé a reflexionar sobre temas jurídicos y a escribir sobre ellos, quise abordar esta cuestión y me propuse escribir sobre ella una tesis doctoral que nunca fue escrita por la dificultad misma

(*) El texto que se publica es la ponencia presentada por el autor al Congreso de Derecho de Contratos, celebrado en la Facultad de Derecho de Zaragoza en noviembre de 1992.

que el tema tenía y por mi propia incapacidad. Me limité a escribir diez o doce páginas en el Anuario de Derecho Civil de 1954. Voces mucho más autorizadas anunciaban entonces, y aún proclamaron años después, la crisis del contrato, la decadencia del contrato o, decididamente, la muerte del contrato.

Probablemente, la cuestión era insoluble. Porque si se mantenía la concepción tradicional del contrato, todas aquellas cosas que pasaban (contratos forzosos, etc.) no eran contratos o había que construir una figura de contrato que nunca llegó a ser construída. El nudo podía romperse pensando que en lugar de los genuinos contratos, había formas anómalas o paracontractuales. O, como yo propuse, relaciones obligatorias idénticas a las contractuales, pero creadas por otro tipo de actos que en muchos casos eran actos administrativos.

Con unos rasgos indiscutibles mucho más agudos el problema surgió también en lo que se pueden llamar contratos planificados, que eran los propios de los que recibieron la denominación de los países del socialismo real, que, para algunos augures, sin duda equivocados, constituían un futuro deseable e irreversible.

Cualquiera que fueran los problemas teóricos, lo cierto es que el mundo de la economía intervenida nos acostumbró a multitud de intervenciones estatales, que, según el modo común de entender las cosas, no atenaban a la esencia del concepto del contrato, por no aludir a las figuras de rígidas intervenciones administrativas en la distribución de bienes a través de sistemas de cupos y por colocar la cuestión en un plano más próximo a todos nosotros, pueden citarse tres puntos en los que la manipulación estatal no pareció que alterara la esencia misma del contrato.

El primero es la reaparición, también a finales de los años veinte y principios de los años treinta, de la llamada cláusula «*rebus sic stantibus*» que trataba de resolver el problema de la modificación sobrevenida de las circunstancias cuando éstas suponían una situación de onerosidad desproporcionada y rompían el equilibrio contractual y la economía del contrato o hacían que éste perdiera sentido como reglamentación. La intervención mínima fue considerar que, con tales requisitos, las partes quedaban desligadas de su reglamentación contractual, porque ésta había sido su voluntad implícita o porque la causa del contrato había desaparecido sobrevenidamente. Sin embargo, y sin entrar en estos momentos en esta discusión, porque sería impertinente, también se admitió que la decisión del juez podía restablecer el equilibrio contractual reajustando las prestaciones y acomodándolas a sobrevenidas circunstancias.

En muchos casos se trataba, como es lógico, de un reajuste de los precios. Es claro que el contrato así reajustado dejaba de ser en puridad un contrato, porque había dejado de ser un precepto de autonomía privada y, por decirlo con palabras bruscas, se había convertido en una mezcla de elementos de autonomía privada con otros procedentes de la autoridad.

El problema ha sido el mismo cuando ha habido que afrontar la cuestión de nulidad parcial del contrato, sobre todo por haber quedado desajustado respecto de las prescripciones gubernativas (p. ej.: precios tasados). En estos casos, la lógica contractual tendría que haber conducido a la nulidad total. Las partes querían el contrato en unas determinadas condiciones y, si ello no era posible, por contravenir alguna disposición legal o reglamentaria no existía acuerdo de las partes. El ordenamiento que había regulado la nulidad parcial, la había admitido únicamente en aquellos casos en que salvando aquellos casos en que la nulidad parcial no resultaba contraria a la voluntad de las partes y al fin económico propuesto por ellas, porque, en caso contrario, nos encontraríamos con el mismo problema antes afrontado: se impone a las partes como regla de conducta algo que no emana de su autonomía.

La economía intervenida nos acostumbró también a considerar como contratos aquellos que poseen contenido rígido e imperativamente predeterminado por el legislador o establecido por vía reglamentaria. En estos casos la libertad contractual queda reducida a la opción entre contratar y no contratar, pero si se opta por contratar, no existe margen para establecer regulación alguna.

Por último, nos fuimos habituando a lo que se puede llamar el aumento de vías de integración del contenido contractual. El art. 1135 del Código civil francés había establecido que «las convenciones obligan no sólo a lo que se encuentra expresado en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a las obligaciones según su naturaleza». Para comprender que este concepto sólo podía ser leído en clave voluntarista, basta recordar las breves palabras que le dedica un comentarista tan preciso como Demolombe (XXIV, 1.º p. 376). Dice así:

«No hacemos aquí otra cosa que mencionar esta disposición, reservándonos el volver sobre ella, a fin de evitar repeticiones, cuando expongamos en la Sección V las demás reglas que la Ley ha dado sobre la interpretación de las convenciones».

No parece pues, señalarse, en ese momento otra cosa que las consecuencias establecidas por el uso, por la buena fe o por la equidad fueran otra cosa que desarrollos de la voluntad contractual de las partes. Las concepciones sociales e intervencionistas fueron poco a poco objetivando las vías de integración, sobre todo con deberes *ex bona fide* (v.g. el de no hacer concurrencia del comprador de una empresa) que significaban también yuxtaponer a la autonomía privada reglas ajenas a ella.

Las intervenciones estatales en la contratación, de que estoy haciendo memoria, tenían como objetivo unas veces organizar una economía de escasez y otras la protección de lo que entonces se conocía con la fórmula de los «económicamente débiles», entendiendo por tales a personas que por su situación personal no se encontraban en condiciones de competir en un mercado que funcionara en condiciones de

libertad. Algunas otras de las medidas que he mencionado, como la aplicación de la llamada cláusula «*rebus sic stantibus*», o del incremento de las vías de integración del contrato, trataban de buscar un sistema de justo equilibrio de prestaciones.

En los años setenta y ochenta de este siglo, hemos asistido a un nuevo auge de la libertad económica, que ha supuesto un duro mentís para los augures de la decadencia o de la muerte del contrato. Estos años han dado lugar a un renacimiento esplendoroso de la figura central del contrato como instrumento básico de las relaciones económicas. Se ha consagrado como principio de la libre competencia y se ha ido produciendo la supresión de las regulaciones que coartaban la libertad contractual. Ello ha supuesto la multiplicación de los contratos atípicos, que, del campo estricto del intercambio de bienes, han ido trasladando el centro de gravedad del sistema económico y de la contratación al campo de los servicios, en los que se ha ido produciendo una cada vez más acentuada diferenciación (consultoría, comprobación de contabilidades o auditoría, servicios informáticos, asesoramiento de especies diferentes, nuevas formas de comisión y de agencia). Han ido apareciendo también formas inéditas de lo que hoy se llama en la jerga empresarial productos financieros y las entidades de crédito han ido abandonando sus tradicionales campos de trabajo y ocupando otros nuevos. Desde el punto de vista jurídico, el problema no es nuevo, porque los contratos atípicos han sido conocidos de antiguo. Su legitimidad, por lo general, es indiscutible y la labor de una jurisprudencia constructiva consiste, en este punto, en reconocer legitimidad social a toda esta masa de nuevos contratos que han penetrado en el tráfico y dar solución a los problemas que se puedan plantear a través de las conocidas tesis de la combinación y de la absorción, o, dicho de otro modo, a través de los principios rectores de las obligaciones.

En los mismos años, se ha ido produciendo la aparición de un conjunto de normas cuyo objetivo era la protección de los consumidores, categoría esta que viene a sustituir a la vieja de los llamados económicamente débiles. El consumidor es el ciudadano no empresario que contrata bienes o servicios producidos en masa por organizaciones económicas. No se trata de una condición personal y no hay inconveniente en considerar consumidores a los empresarios cuando contratan bienes o servicios que no se destinan al proceso económico cuya titularidad detentan.

Es difícil saber si este principio de protección de los consumidores es neoliberal o es social-democrático. Los optimistas piensan que en un Estado social y democrático, que ha sido llamado también Estado de bienestar, el ciudadano debe ser protegido en cuanto consumidor, porque con ello se protegen algunos de sus más importantes aspectos vitales o condiciones necesarias para la obtención de lo que también ha sido denominado la calidad de venta. La idea de consumo cobra una dimensión extraordinaria y termina refiriéndose, prácticamente, a la mayor parte de las actividades económicas que el ciudadano realiza: la

compra de su vivienda o de su automóvil, sus relaciones bancarias, los seguros, las compras en los grandes almacenes, la contratación de servicios de ocio o de turismo.

Frente a la tesis, que he calificado de optimista, se puede pensar que la idea de protección de los consumidores encuentra su fundamento en la necesidad económica de ir sustituyendo la producción masiva e indiferenciada por la calidad. Una clase empresarial poderosa concreta sus objetivos en la calidad, porque esta es la única vía posible para desplazar del mercado a aquellos agentes que no pueden proporcionarla. Se puede pensar que, cuando lo ajustado de los costos no permite la competencia en los precios, la calidad es, en efecto, la única vía de competir. La oferta de productos o de servicios de calidad acarrea, casi necesariamente la calidad de las negociaciones, es decir, la garantía de seriedad y la ausencia de fraudes, de sorpresas o de situaciones parecidas.

Sean unas u otras las causas, o, lo que es más probable es, que exista una confluencia de unas y de otras, lo cierto es que en los últimos veinte años han venido apareciendo los llamados estatutos de consumidores, que se ocupan de la protección de los ciudadanos en cuanto adquirentes o aspirantes a la adquisición y al disfrute de bienes y de servicios. Con estos estatutos se cubre una gran parte de la contratación privada, y se hace evidente que estos estatutos de consumidores y sus directrices influyen decisivamente en la consideración que nos debe merecer el actual Derecho de contratos.

En nuestro país, por influjo de la Constitución portuguesa probablemente, el art. 51 de la nuestra establece que «los poderes públicos aseguran la defensa de consumidores y usuarios protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». Es verdad que este precepto no se encuentra situado en el capítulo que la Constitución dedica a los derechos fundamentales, de manera que, en mi opinión, es erróneo considerar que existe un derecho constitucional a la protección de los consumidores. La Constitución ha colocado el precepto al que me he referido entre los preceptos dedicados a los principios rectores de la política económica y social, lo que significa que sólo aquellas reglas deben inspirar la legislación y la acción de los poderes públicos pero sin otorgar por sí solos especiales medidas de protección a los ciudadanos. En todo caso, es cierto que el art. 51 de la Constitución ha facilitado la aparición de esa legislación, que se encuentra constituida por la Ley de 19 de julio de 1984.

Debe señalarse que también la Comunidad Económica Europea ha ido creando un acervo de reglas que pertenecen, rigurosamente, a un Derecho de consumo o consumidores. Formalmente, la Comunidad ha fundado su competencia para regular estas materias sobre la idea de que la igualdad de concurrencia en el Mercado Común exige una igualdad jurídica en este punto, porque, en efecto, regulaciones jurídicas distintas pueden dar lugar a costos distintos para los empresarios que

desequilibran la igualdad en la concurrencia. Sin embargo, más allá de los problemas competenciales de la Comunidad, lo cierto es que este acervo de Derecho del consumo europeo ha ido poco a poco apareciendo.

La existencia de este conjunto de normas de protección de consumidores ha abierto una polémica en punto a si, en estos momentos, es posible pensar una categoría jurídica que se configure como un Derecho especial, del mismo tipo del que en su día fueron el Derecho Mercantil o el Derecho Laboral. No es mi intención -sería además impertinente- terciar ahora en esa polémica, aunque debo decir, de pasada, que mi vieja enemistad por los Derechos especiales me induce a colocarme en la banda de los que niegan que existan principios que permitan construir un Derecho de Consumo. Sin embargo, no puede discutirse, que, en materia de contratos, la figura de los contratos de consumidores o contratos con consumidores posee hoy unos perfiles muy acusados que obligan a estudiarla separadamente.

¿Cuáles son las características, que, de acuerdo con los preceptos legales dibujan, esta nueva especie de contrato? Sin pretender alcanzar la exhaustividad, cren que pueden establecerse las siguientes:

1.^a- En algunos casos, se considera no justa la vinculación contractual, producida por un acuerdo de voluntades, y se otorga al consumidor una excepcional facultad de arrepentimiento siempre que se ejercite en un plazo perentorio. Este es el sistema aplicado por la directiva de la Comunidad Económica Europea y por la Ley española, en relación con los contratos con consumidores, llevados a cabo fuera de los establecimientos mercantiles, Las prácticas comerciales, existentes en estos campos, especialmente agresivas, colocan a los consumidores ante presiones de las que les resulta muy difícil escapar y es frecuente que para poner término a la presión concluyan un contrato que en realidad no deseaban. La verdad es que estas presiones no llegan constituir genuinos vicios de la voluntad con el significado tradicional de esta categoría, pero el buen sentido aconseja estimar justa la corrección de las mencionadas prácticas y favorecer la situación de los consumidores.

No resulta fácil si lo que se puede llamar «facultad de arrepentimiento» constituye una especial facultad de determinar la ineficacia, por libre voluntad, de un contrato que había llegado a tener existencia o si, por el contrario, como parece más probable, la ley otorga un espacio para deliberar y adoptar una decisión más libre, de manera que las declaraciones emitidas habrían quedado sujetas a la condición suspensiva de su posterior corroboración, aún cuando ésta pueda hacerse mediante el puro silencio.

2.^o- En el momento actual, forman parte, entre nosotros, del sistema de protección de los consumidores, la regulación de los requisitos de inclusión de condiciones generales y la regulación de las cláusulas abusivas, con la solución de nulidad parcial. De esta regulación forma

parte también la regla de interpretación *contra proferentem*, la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales y la de la condición más beneficiosa.

Es también discutible si esta regulación de las condiciones generales debe pertenecer o no al sistema de protección de los consumidores. Este sería también el sistema seguido por la Comunidad en la directiva de principios de este año, aunque en el Derecho Comunitario la cuestión se encuentre muy determinada por la idea de que la emanación de estas normas forman parte de la igualación de las condiciones de concurrencia en el Mercado Común.

La tesis contraria propende a la elaboración de una normativa de condiciones generales, con independencia de que el contrato en que se inserten sea o no un contrato de consumidores. En el fondo, las razones que aconsejan regular el fenómeno y proscribir las cláusulas abusivas hacen aconsejable una regulación general. No se ve razón especial para que no puedan resultar protegidos los pequeños empresarios, comerciantes o industriales, y aún los grandes, cuando no han podido discutir el contenido contractual.

El problema de las condiciones generales de la contratación era hasta hace poco una aporía en relación con una idea de contrato basada en la autonomía de la voluntad. Es muy antigua la observación de que en los llamados contratos de adhesión, la autonomía falta, ya que las posibilidades del cliente son sólo aceptar y rechazar. Y esta idea falta muchísimas veces por la necesidad absoluta del producto o servicio y por el hecho de que, aun cuando haya concurrencia en el momento, la mayor parte de las condiciones serán muy similares.

La vieja polémica entre civilistas y mercantilistas tenía que resolverse, en el sentido de que las condiciones generales o son contenido contractual o no son nada, aunque, para reconocerlas como contenido contractual, el hilo de sutura tradicional con la noción del contrato fue siempre extraordinariamente sutil y corría siempre el riesgo de romperse.

En mi opinión, las regulaciones legales que en esta materia se han ido produciendo, significan que la Ley reconoce a las condiciones legales el carácter de una fuente de integración del contrato, siempre que expresen reglas de conducta que estén en consonancia con la buena fe y con el justo equilibrio de las prestaciones contractuales. A cambio de ello, el legislador y los jueces proscriben las cláusulas abusivas. Parece existir, una vez más, una producción de la confianza y un control de la interna justicia del contrato.

3.º- La Ley española regula (art. 8 LGCU) regula lo que ella misma llama la «oferta, promoción y publicidad de productos o servicios».

La regla primera señala que estas actividades, que, en rigor, técnicamente se denominan «invitaciones *ad offerendum*» deben —dice el precepto— ajustarse a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad». El párrafo es especialmente prólijo, pero parece in-

dicar que en las ofertas y actividades de promoción deben cumplirse la regla de la veracidad y la completa información. El desajuste no aparece especialmente sancionado en la ley, pero, dada la existencia de la norma, parece posible detectar especiales deberes precontractuales de información, que, de no ser cumplidos, podrán determinar la anulación del contrato si han recaído sobre elementos esenciales o, en los demás casos, una especial responsabilidad precontractual.

El precepto continúa diciendo, aunque lo dice con otras palabras, que las prestaciones contenidas en la publicidad y en las actividades de promoción forman parte del contrato y determinan derechos de los consumidores, aún cuando no hayan recibido expresión o no hayan sido mencionadas en el documento contractual, salvo que en este aparezcan cláusulas o condiciones más beneficiosas.

Esta solución legal tiene algunos antecedentes en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el caso que decidió la Sentencia de 14 de junio de 1976, una sociedad había vendido al demandado una máquina separadora y centrifugadora para que el demandado la utilizara en su fábrica de salazones y harina de pescado. No se trataba por ello, en puridad, de un contrato de consumidor, sino de un contrato entre empresarios. Frente a la demanda de la empresa suministradora, que reclamaba el precio, el demandado formuló reconvencción pidiendo que se retirara de su fábrica la máquina remitida y se le remitiera otra de la misma marca, que tuviera determinadas características y que, además, proporcionara un determinado rendimiento. El Juez de Primera Instancia había estimado la demanda y desestimado la reconvencción. En cambio, la Audiencia de Madrid confirmó la estimación de la demanda, pero estimó también la reconvencción y condenó al demandante en los términos solicitados. El recurso de casación lo había interpuesto el demandante y se fundaba en la inaplicación del art. 1271 del CC. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestimó el recurso, sobre la base de que, aunque la máquina servida era del modelo contratado, existía incumplimiento al no dar la máquina:

«... el rendimiento que se anunciaba en la propaganda fotográfica unida a los autos, que cumple la función de una oferta, que vincula al vendedor, en la que se afirmaba un rendimiento de dos mil a tres mil litros, oferta por la que se guió el comprador: sin que afecte al caso lo que diga en cuanto a su rendimiento la placa unida a la máquina, que era desconocida por completo por su adquirente hasta el momento de llegar a su poder: ya que aquél se atuvo exclusivamente, como ocurre siempre en estos casos, a los datos consignados públicamente en la oferta, sin duda con ánimo de captación a través de la propaganda; oferta que no ha sido cumplida.

En la Sentencia de 27 de enero de 1977 el demandante era el comprador de un piso en el que había observado determinados defectos y, además, la falta de determinadas instalaciones, como era en particular el aire acondicionado.

El Juzgado había desestimado la demanda íntegramente, pero la Audiencia rechazó las peticiones relativas a las instalaciones complementarias. Interpusieron recurso de casación las dos partes y el Tribunal Supremo rechazó el recurso de la sociedad demandada y, en cambio, estimó el del demandante.

El demandado alegaba la aplicación indebida de los artículos 1.256 y 1.258 y la violación de los artículos 1.255, 1.281 y 1.282. La argumentación básica del recurrente era que había cumplido el contrato concertado con el actor, atendidos los términos del mismo y que no era vinculante para ella la propaganda, por lo que no le incumbía responsabilidad en este punto. El Tribunal Supremo rechaza esta argumentación.

«Siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el art. 1.258 del Código Civil, al creerlos con todo fundamento vinculantes para la empresa.

Significa todo ello, por consiguiente, que la integración del contrato, según la buena fe, obliga a entender incluidas en él las promesas vertidas en la publicidad, aunque no hayan sido incorporadas en el texto contractual, cuando razonablemente guiaron el ánimo del otro contratante y éste podía esperar su cumplimiento».

En este sentido, debe hacerse una lectura reductora del art. 8 de la LGCU. En este precepto se declara exigible la oferta, lo que es algo que no hay necesidad de decir cuando la oferta ha sido aceptada y que resulta falso en el caso contrario, por lo menos entendido absolutamente. Lo que el precepto quiere decir es que las promesas contenidas en las declaraciones de promoción y publicidad, aunque no se hayan incorporado a un documento contractual, quedan integradas en el contrato, en aplicación del principio de buena fe, siempre que razonablemente los consumidores debieran esperar su cumplimiento.

Mas si esto es así, de nuevo nos encontramos situados en un terreno muy próximo a aquél en que nos colocaba en el régimen de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. La buena fe es un criterio de primer orden para determinar el contenido contractual.

4.º.- Para concluir el examen de las novedades que, en materia contractual introduce la Ley de Consumidores no es posible dejar de mencionar lo que puede llamarse la garantía del producto o servicio. La Ley lo configura como un documento contractual «entregar una garantía») facilitado por el empresario al consumidor. Sin embargo, se puede entender como un derecho legal e imperativo, que determina también un nuevo contenido contractual. El empresario asegura la naturaleza, las características, condiciones, utilidad o finalidad, calidad o nivel de prestación del producto y responde en el caso de que tales requisitos no concurren en las cosas entregadas.

La garantía del producto otorga al consumidor como mínimo dos facultades: la de obtener una reparación gratuita de los defectos y la de obtener la sustitución del objeto por otro de idénticas características.

Para concluir el examen que hemos tratado de ir realizando y para tratar de ir extrayendo alguna conclusión, conviene todavía hacer referencia a la evolución moderna de algunas materias que guardan relación con la válida formación de un contrato, pero que influyen también en su contenido.

Se encuentran, en primer lugar las reglas que el Convenio de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías adoptado en Viena en 1990 (Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, publicado en el BOE el 30 de enero de 1991) dedica a la formación del contrato. Estas reglas son herederas de las que contenía la Ley Uniforme sobre la formación del contrato de venta internacional de bienes inmuebles corporales, aprobado por un Convenio de La Haya del año 1964, aunque en el Convenio de Viena, tras los trabajos de la Uncitral, se han introducido algunas novedades, que parecen importantes y a las cuales paso a referirme brevemente.

a) Era una regla consolidada en el Derecho Europeo Continental la del carácter completo de la oferta de contrato, que significa que en ella deben encontrarse establecidos todos los elementos del futuro contrato que se propone. Sin embargo, el art. 14 del Convenio sustituye ese principio tradicional del carácter completo de la oferta por el que se puede llamar de una suficiente precisión. El problema tiene especial importancia por lo que se refiere a los llamados «precios implícitos», que, tras una especial discusión en los trabajos preparatorios y algún compromiso en cuanto a la redacción, fue recogido en el art. 14. Es verdad que esta solución había sido ya acogida en el art. 212 del Código Suizo de las obligaciones, según la cual el comprador puede hacer un pedido formal sin indicación del precio, en cuyo caso se presume que la venta se concerta por el precio medio del día y lugar de ejecución. En el Código de Comercio Uniforme de los EE.UU., se permite que las partes pueden concluir un contrato de venta sin determinar el precio y que éste pueda ser formado por el vendedor o el comprador

siempre que esta determinación sea hecha de buena fe. El art. 14 del Convenio de Viena considera suficientemente precisa una oferta de contrato si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad o el precio o prevé un medio para determinarlos.

b) En segundo lugar, el Convenio consagra para todas las declaraciones emitidas en la fase de formación del contrato (oferta, revocación de la oferta, aceptación, etc.) los que entre nosotros se conoce con el nombre de «teoría de recepción», de manera que las declaraciones son eficaces y el contrato se entiende celebrado con tal que lleguen al destinatario, aunque sin exigir ningún especial conocimiento de éste.

c) Era también principio generalmente aceptado por la doctrina del Derecho Contractual que una respuesta a una oferta de contrato que contuviera modificaciones, significa una falta de aceptación de la oferta y se convierte en contraoferta. Se trataba de lo que se pudo llamar el principio de la total coincidencia de la aceptación con la oferta, que era denominada por los anglosajones como la «*mirror image rule*».

Alguna fisura en esta regla tradicional había supuesto algún caso dedido en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán, que interpretó el parágrafo 150, II del BGB en clave de buena fe. En un caso en que la contraoferta no había sido aceptada expresamente, pero había sido parcialmente ejecutada, se llega a la conclusión de que, aunque las partes habían puesto de manifiesto con sus conductas que existían un parcial desacuerdo entre ellas respecto de los términos del contrato, este hecho no debía impedir considerar formado el contrato.

En esta materia han sido de especial relevancia las reglas establecidas por el Derecho Norteamericano, especialmente en el llamado *Restatement of Contrats* y en el Código de Comercio Unificado, que ha estudiado con especial brillantez Durany y Pich (Anuario de Derecho Civil 1992).

En el Código Comercio Unificado se preceptúa que, aunque en la aceptación de una oferta existan términos adicionales o diferentes de los establecidos en la oferta, se considera que hay aceptación, salvo que la propia oferta condicione expresamente el asentimiento a los términos de ésta. Los elementos adicionales que, deben estar concebidos como propuestas de adición al contrato, pasan a formar parte del contrato, a menos que modifiquen la oferta de forma sustancial o que el oferente formule de inmediato una objeción. Esta es la solución acogida en el párrafo segundo del art. 19 del Convenio de Viena, según el cual, la propuesta a una oferta, que pretenda ser aceptación, pero que contenga elementos adicionales diferentes, que no alteren sustancialmente los de la oferta, constituirá aceptación, a menos que el oferente, sin demora justificada objete verbalmente la discrepancia no envíe una comunicación en tal sentido.

El Convenio no ha resuelto algunos problemas similares a los que se enfrenta el art. 19, aunque surgieron en los trabajos preparatorios. Me refiero a la llamada batalla de los formularios (*battle of the forms*). La cuestión surge cuando la oferta se ha hecho con el envío de un formulario del oferente y la aceptación se lleva a cabo con otro formulario parcialmente distinto del destinatario de la oferta. Si la contradicción entre los formularios recae sobre los elementos sustanciales y el rechazo se produce antes de haber dado comienzo a la ejecución del contrato, la solución debe encontrarse en la llamada regla de la última declaración, de manera que el formulario del destinatario constituye contraoferta. La cuestión no puede ser resuelta igual cuando las variaciones no son sustanciales y cuando, no obstante ser sustanciales tales variaciones, ha existido comienzo de ejecución. En tales casos, resulta muy difícil entender que no se ha formado un contrato. El problema no es de formación de contrato, sino de determinación del contenido. Una solución puede ser considerar formado un contrato cuyo contenido quede constituido por aquella parte en que las condiciones generales de ambos contratantes coincidan y, en la otra, por el Derecho dispositivo, los criterios generales de integración de los contratos y, en particular, los usos de los negocios y la buena fe.

d) El último de los puntos sobre los que conviene hacer alguna referencia es el de la aceptación tardía, que regula el art. 21 del Convenio. Por aceptación tardía se entiende aquella que llega al oferente después de la conclusión del plazo marcado para tal aceptación por el oferente en la oferta. El principio tradicional derivado de la concordancia de las voluntades, es que una aceptación tardía resulta ineficaz para formar un contrato y que, por consiguiente, sólo hay contrato si se produce una aprobación del oferente. Sin embargo, la regla se invierte, cuando se trata de aceptación tardía que tiene este carácter por un retraso no imputable al aceptante sino a los medios de comunicación empleados y cuando no eran reconocibles para el emitente las eventuales causas del retraso. En este supuesto, según el art. 21 del Convenio, si es reconocible para el oferente que la comunicación del aceptante fue enviada en circunstancias tales que, si su transmisión hubiera sido normal, hubiera llegado el oferente en el plazo debido, la aceptación, a pesar de ser tardía, surte sus efectos como aceptación, a menos que de inmediato y sin demora, el oferente formule un rechazo o una oposición.

De todas estas reglas parecen deducirse dos principios cardinales, que nos alejan mucho del dogma de la voluntad y de la idea de una concurrencia perfecta de voluntades. El principio es que un contrato puede quedar formado cuando, dadas las condiciones en que han sido emitidas las declaraciones de voluntad de las partes, la buena fe exige que el contrato se encuentre formado. El segundo principio es que, por lo menos en muchas ocasiones, el contenido contractual se forma con crite-

rios distintos de aquellos sobre que las partes quisieron vincularse, de manera que, en este punto, el principio de buena fe posee un gran margen de actuación: un contrato debe presentar aquel contenido que las partes, según la confianza razonable, podían esperar que tal contrato tuviera.

Las nuevas bases de la responsabilidad contractual (*)

FERNANDO PANTALEÓN
Universidad Carlos III de Madrid

1. Aunque el título de la ponencia que se me ha asignado es «*Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*», espero no contrariar los deseos de los organizadores por haberla extendido a todos los remedios o medios de tutela del acreedor frente al incumplimiento. Frente al incumplimiento *contractual* más exáctamente, porque advierto ya que las reflexiones que siguen se contraen al incumplimiento de las obligaciones y deberes que tienen su fuente en los contratos, desde mi íntima convicción de que, en materia de responsabilidad por incumplimiento, un tratamiento conjunto de las obligaciones contractuales y legales, o es sólo aparentemente unitario, o si lo es en realidad, resultará en buena medida inadecuado. Pensemos en una norma como la del inciso primero del artículo 1107.I CC («Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de *constituirse la obligación*»): o bien se la considera exclusivamente aplicable a la responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones nacidas de contrato, que es lo congruente con sus antecedentes históricos y su *ratio*, o aparece como una norma injustificable, salvo etéreas apelaciones a la equidad para con los «incumplidores no dolosos», que han inducido a algunos a defender su aplicación en el ámbito de la responsabilidad extracontractual en sentido estricto, hasta confundirla de forma manifiestamente errónea con el criterio de la causalidad adecuada (1). No podrá extrañarnos, en-

(*) Se trata, con algunas modificaciones, de la ponencia presentada por el autor al *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la Protección de los Consumidores*, Zaragoza 15-18 de noviembre de 1993.

Los profesores Caffarena, Morales, Paz-Ares, Rojo Ajuria y Salvador leyeron el original y me hicieron valiosas sugerencias, a las que ninguno de los errores que pueden permanecer en el texto puede ser justamente imputado.

(1) El «Comentario del artículo 1.107 del Código Civil» realizado por M. YZQUIERDO TOLSADA para los *Estudios de Derecho Civil en homenaje al prof. Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, I. Barcelona 1992, pp. 843-868, constituye un acabado compendio de los errores interpretativos indicados, por lo demás frecuentes en la doctrina fran-

tonces, que un precepto semejante no aparezca en el Código Civil alemán, donde la idea de una teoría de las obligaciones verdaderamente general se tomó verdaderamente en serio (2); y que lo mismo quepa predicar de los Códigos más recientes que, como el portugués o el holandés, han seguido fielmente al BGB a dicho respecto, con una disciplina aplicable a toda obligación indemnizatoria, cualquiera que sea su fuente. Mientras que sí aparece en los artículos 82 y 86 de la Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de Mercaderías [en lo que sigue, LUV], en el artículo 74 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías [CNUV], en el artículo 7.4.4 de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT [PCCI] (3), y en el artículo 4.503 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos elaborados por la Comisión sobre Derecho Europeo de Contratos [PDEC] (4): contra las premisas de una teoría general de las obligaciones, el criterio de la limitación de la responsabilidad del deudor a los daños previsibles al tiempo de contratar se ha consolidado como una regla de lo que podríamos denominar «Derecho común» del incumplimiento contractual.

2. La primera premisa de un Derecho del incumplimiento contractual congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de *una disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual*: de un conjunto de remedios o medios de tu-

cesa o italiana tradicional. Mis opiniones al respecto en F. PANTALEÓN, «El sistema de responsabilidad contractual. Materiales para un debate», ADC 1991, pp. 1025-1032.

(2) La diferencia esencial con la regla del inciso primero del § 254.II BGB se ha señalado ya en otra sede (PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1028-1029), aunque con frecuencia puedan conducir al mismo resultado; *cf.* D. KÖNING, «Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung (zu Art. 82, 86, 87 EKG)», en H. LESER/W. VON MARSCHALL, *Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das deutsche Schuldrecht. Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst von Caemmerer*, Karlsruhe 1973, pp. 94-97; H.-J. MERTENS, en *Soergel Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., II, Stuttgart-Berlin-Colonia 1990, § 254, Rz 63-64.

(3) La última redacción de estos *Principles for International Commercial Contracts (Draft text and comment)* se halla en el documento UNIDROIT 1993, Study L-Doc. 52, Roma, mayo 1993, por el que se citará en lo que sigue. La duodécima versión (1992), ya muy semejante a aquélla, puede encontrarse en 40 *Am. J. Comp. L.* 703-728 (1992). Las páginas 671 a 675 del mismo número contienen varios trabajos explicativos del sentido y líneas maestras de dichos *Principles*: M. J. BONELL («Unification of Law by Non Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts»), U. DROBNIG («Substantive Validity»), M. FONTAINE («Content and Performance»), D. MASKOW («Hardship and Force Majeure»), M. P. FURMSTON («Breach of Contract»), y D. TALLON («Damages, Exemption Clauses, and Penalties»).

(4) El profesor P. Salvador Coderch, miembro de dicha *Commission on European Contract Law*, ha tenido la amabilidad de proporcionarme, para la redacción de esta Ponencia, la versión de mayo-junio de 1992 de la Parte 1, «*Performance and Non-performance of Contracts*» de los citados *Principles of European Contract Law*. Conste mi más profundo agradecimiento. Sobre el sentido de dichos Principios, O. LANDO, «Principles of European Contract Law: An alternative to or a Precursor of European Legislation?», 40 *Am. J. Comp. L.* 573-585 (1992).

tela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevenida u *originaria*, mora y cumplimiento defectuoso, incluyéndose en éste *la evicción y las cargas o los vicios ocultos de la cosa vendida, los defectos de calidad o de cabida* del inmueble vendido, y los llamados «vicios ruínógenos» en el contrato de obra. Ello requerirá modificaciones de bastante entidad en nuestro Código Civil; pero la mayoría, para «legalizar» lo que son ya muy reiteradas líneas jurisprudenciales, y las restantes, claramente justificables. Veámoslo, no sin señalar que en la posición que aquí se defiende se han situado el Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (5) —no pudiendo olvidarse que el Convenio de las Naciones Unidas es ya Derecho vigente en España— y el Nuevo Código Civil holandés [en lo que sigue, NBW; art. 296 del libro 3; arts. 74, 262, 263 y 265 del Libro 6; arts. 9, 15, 17 y 20-23 del Libro 7]; y en ella se sitúan también los Principios de UNIDROIT (arts. 3.3, 7.1.1, 7.2.3, 7.3.1 y 7.4.1 PCCI) y de la Comisión sobre Derecho Europeo de Contratos (art. 3.101 PCDE), así como el Informe Final de la Comisión para la Revisión del Derecho de Obligaciones alemán (6).

a) Como demuestra claramente el artículo 1.529.I CC—no es nulo el contrato de cesión de un crédito inexistente—, ni la norma del artículo 1.460.I CC ni, en general, una lectura del número 2.º artículo 1.261 CC en el sentido de la nulidad de pleno derecho de los contratos sobre prestaciones originariamente imposibles, son exigencias ineludibles de la razón jurídica. Antes bien, una justa tutela del contratante acreedor de la prestación imposible, que no la sabía tal, exige no excluir absolutamente que pueda mantener el contrato (no resolverlo, si continúa interesándole desprenderse del bien objeto de su prestación) y, lo mantenga o no, reclamar a la otra parte una indemnización (menor o mayor según se resuelva o no el contrato, pero) en la medida del interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, cuando la otra parte haya conocido la imposibilidad de la prestación que prometía, o quepa imputarle haberla prometido ignorando su imposibilidad. Y la solución de la nulidad del contrato imposibilita lo primero, e impele a restringir la responsabilidad por daños a la medida del interés contrac-

(5) Lo ha subrayado reiteradamente, proponiendo su imitación por el Derecho alemán, U. HUBER, «Zur Dogmatik der Vertragsverletzungen nach einheitlichem Kaufrecht und deutschem Schuldrecht», en *Festschrift für E. von Caemmerer*, Tübinga 1978, pp. 837 y ss.; «Leistungstörungen», en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Colonia 1981, pp. 647, 751 y ss.; y en *von Caemmerer/Schlechtriem Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, Munich 1990, Art. 45 CISG, Rn. 8-9 [en lo que sigue, se citará este Comentario como en él se indica].

(6) Publicado bajo ese mismo título: *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesanzeiger, Colonia 1992, pp. 29-32, y *passim*. En lo que sigue, los párrafos propuestos por la Comisión se citan como en el propio Informe: por su número proyectado, seguido de las letras BGB-KE.

tual negativo (7). En fin, respecto de la imposibilidad originaria relativa nuestra más autorizada doctrina ha mantenido que «la tesis de la equiparación entre la responsabilidad por imposibilidad relativa originaria y por imposibilidad sobrevenida, recogida en algunos de los preceptos legales, sobre todo los que regulan supuestos de evicción, parece la que pondera mejor el conjunto de intereses en juego» (8).

b) El hecho de que, frente al resultado más probable que arrojan los antecedentes históricos y los datos normativos, haya alcanzado no poco predicamento doctrinal y jurisprudencial entre nosotros la tesis de que, por virtud del contrato de compraventa —al menos, del socialmente típico, interpretado integradoramente en atención a los usos del tráfico (v. art. 1.258 CC)—, el vendedor queda obligado a transmitir al comprador la propiedad de la cosa vendida (9), no se explica sólo por la evidente desaparición de las razones que justificaron la contraria solución romana, sino sobre todo por lo jurídicamente razonable que parece que el comprador de cosa ajena tenga de inmediato a su disposición los remedios generales frente al incumplimiento: en especial, la resolución del contrato; pero también, la *exceptio non adimpleti contractus* y la pretensión de cumplimiento. Además, lo dispuesto en el artículo 1.478 CC no parece

(7) La mejor doctrina no ha dudado de que el Derecho uniforme sobre compraventa excluye la sanción de la nulidad del contrato en los supuestos de imposibilidad originaria de la prestación: H. STOLL, en *Dölle Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, Munich 1976, Art. 74 EKG, Rdnr. 51-52 [en lo que sigue este Comentario se citará como en él se indica]; P. SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Viena 1986, p. 33; SCHLECHTRIEM/HERBER, Art. 4 CISG, Rn. 13, SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 46 CISG, Rn 7; SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 79 CISG, Rn. 21; en contra TALLON, en C. M. BIANCA/M. J. BONELL, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán 1987, Art. 79, § 2.4.3, con evidente error. Cfr. también el *Abschlussbericht...*, cit., pp. 145-146. Y el tenor artículo 3.3 PCCI es rotundo:

(1) *The mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect the validity of the contract.*

(2) *The mere fact that at the time of the conclusion of the contract a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates does not affect the validity of the contract.*

Entre nosotros ha sostenido A. CARRASCO, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* Edersa, XV-1, Madrid 1989, pp. 431-432, que la nulidad por imposibilidad originaria de la prestación es compatible con la indemnización de todo el interés de cumplimiento. Véase en cambio M. P. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid 1991, pp. 190-192.

(8) L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 4.^a ed., Madrid 1993, p. 208.

(9) Cfr. Díez-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, 6.^a ed., Madrid 1989, pp. 284-285; y también J. L. LACRUZ/F. RIVERO, *Elementos de Derecho Civil*, II-3, 2.^a ed., Barcelona 1986, pp. 13-15. Pero comp. A. LÓPEZ LÓPEZ y A. M. MORALES MORENO, en *Comentario del Código Civil M. Justicia*, II, Madrid 1991, pp. 887 y 934, siguiendo a M. ALBALADEJO, «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», RGLJ 1947, pp. 409 y ss. y en *Estudios de Derecho Civil*, Barcelona 1955, pp. 141 y ss.

digno de ser mantenido. ¿O es acaso razonable que el comprador pueda exigir del vendedor el valor de la cosa al tiempo de la evicción y sus frutos o rendimientos (indemnización en la medida del interés contractual positivo; nótese bien, incluso cuando la ignorancia por parte del vendedor de la ajenidad de la cosa obedezca a circunstancias que en modo alguno puedan serle imputadas), y conjuntamente los gastos del contrato? (10). No tengo dudas, en fin, de que nadie entre nosotros lamentará la supresión del artículo 1.483 CC y la aplicación al supuesto en él descrito de las reglas generales (11); que, por cierto, no pienso que tengan que ir en el sentido de que la inscripción de la carga en el Registro de la Propiedad exonera en todo caso al vendedor.

c) Es bien sabido que nuestra jurisprudencia ha dejado sin campo de juego el régimen del saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida, toda vez que ha mantenido la aplicación en dicha hipótesis de las normas sobre el incumplimiento contractual: bien sosteniendo sin empacho la plena compatibilidad de los remedios edilicios con los generales por incumplimiento; bien utilizando la más técnica pero inaprensible distinción entre vicio oculto y *aliud pro alio* sistemáticamente a favor del segundo de los términos de la alternativa (12). Los resultados a que conduce esa jurisprudencia, con seguridad objetable de *lege lata*, tienen muy buen sentido. Es absolutamente irrazonable no conceder al comprador de cosa con vicios la pretensión de cumplimiento: de reparación del defecto o de entrega de otro objeto de iguales características (véase ya arts. 11.3 LGDCU y 46.2-3 CNUV). Nada más lógico que la absorción de la actual redhibitoria por la resolución por incumplimiento, una vez bien sentado que no es condición de esta

(10) La solución italiana de la —más aparente que real— «duplicidad de remedios» (v. arts. 1478-1480, 1483-1488 CC italiano) no parece digna de ser importada. Otra discusión es si el conocimiento de la ajenidad de la cosa ha de exonerar o no en todo caso al vendedor: v. por ejemplo, el inciso primero del artículo 41 CNUV (SCHLECHTRIEM/I. SCHWENZER, Art. 41 CISG, Rn. 17-18) y el § 442 BGB-KE (*Abschlußbericht...*, *cit.*, p. 226).

(11) Tal supresión resulta especialmente urgente, ya que se ha hecho dominante la tesis de que el precepto sólo es aplicable, o al menos también lo es, cuando la carga no estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad al tiempo de la venta (referencias en I. DÍAZ DE LEZCANO, «Saneamiento por gravámenes ocultos. Análisis del artículo 1.483 del Código Civil», ADC 1993, pp. 137-144); siendo a mi juicio claro, como enseñó R. DE ANGEL, «Algunas consideraciones en torno al artículo 1.483 del Código Civil», RCDI 1971, pp. 1345 y ss., que precisamente que la carga estuviera inscrita al tiempo de la venta, y pese a ello no fuese (ni aparente ni) conocida por el comprador, es la única posible justificación de la breve duración de los remedios que el precepto en cuestión concede al comprador. En igual sentido DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, *cit.*, pp. 301-303.

(12) *Cfr.* por todos, MORALES, «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», ADC 1982, pp. 672-680; CARRASCO, en *Comentarios al Código Civil...*, XV-1, *cit.*, p. 396; y últimamente, L. PRATS, «La entrega de cosa diversa de la pactada (*aliud pro alio*) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo». RGD 573 (1992), pp. 5081 y ss.

última la imputabilidad del incumplimiento al deudor (13). La reducción del precio (la vieja acción estimatoria o *quanti minoris*) puede generalizarse, con las dudas en cuanto a sus límites que más adelante se exponen, como medio de tutela del acreedor frente al cumplimiento defectuoso, incluido el parcial, también independiente de la imputabilidad del incumplimiento al deudor. No es nada razonable que en los casos que nos ocupan la plena responsabilidad contractual del vendedor sólo entre en juego en el supuesto de conocimiento por su parte de los vicios o defectos ocultos (cfr. arts. 1.486.II y 1.488.II CC), y nuestra mejor doctrina ha hecho serios esfuerzos para evitarlo (14). Por lo demás, resultaría sensato disponer, como luego se reiterará, que en caso de resolución del contrato por incumplimiento debido a una circunstancia ya existente al tiempo de contratar, aun cuando la ignorancia de la misma no sea imputable al deudor, el acreedor podrá exigir de éste el abono de los gastos del contrato que haya satisfecho (15).

d) Esto último valdría también para la resolución por defectos de cabida o de calidad de inmuebles (16). Que no hay por qué conceder sólo ni siempre por diferencias de más del diez por ciento: nada perdería nuestro derecho con la supresión de los artículos 1.469 y 1.471.II CC (17), pues,

(13) Además, de este modo no la tendría a su disposición el comprador cualquiera que fuese la entidad del vicio oculto, mientras que ahora, según la opinión dominante, aquél puede optar libremente entre la redhibitoria y la estimatoria: MORALES, en *Comentario del Código Civil...*, II, *cit.*, p. 961.

(14) MORALES, ADC 1982, pp. 628 y ss. Conviene, además, terminar con el riesgo de que el inciso final del artículo 1.486.II CC haga creer que el no contemplar juntas la acción *quanti minoris* y la indemnizatoria obedece a alguna oscura razón de incompatibilidad (así, M. R. LLACER, «El dolo en el saneamiento por vicios ocultos», ADC 1992, pp. 1517-1518), cuando no se le puede sensatamente atribuir otro sentido que el de la inutilidad práctica del ejercicio conjunto de ambos remedios (MORALES, en *Comentario del Código Civil...*, II, *cit.*, p. 961; los comentaristas del Derecho uniforme de venta no tienen dudas sobre tal compatibilidad teórica: cfr. DÖLLE/H. STUMPF, Art. 46 EKG, Rdnr. 5; M. WILL, en BIANCA/BONELL, *Commentary...*, *cit.*, Art. 50, § 2.2; SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 50 CISG, Rn. 20).

(15) No sólo en los casos de vicios de la cosa, fácticos (v. arts. 1.486.I y 1.487 CC) o jurídicos, sino en todos los supuestos de imposibilidad originaria, absoluta o relativa, total o parcial, de la prestación: por ejemplo los que hoy contempla el artículo 1.460 CC.

(16) Véanse, para los defectos de cabida, los artículos 1.621 CC francés y 1.539 CC italiano. Sobre el párrafo tercero del artículo 1.469 afirma GARCÍA GOYENA que se tomó directamente del Derecho romano. Y probablemente se explica desde la convicción de aquél de que las normas del saneamiento por vicios ocultos del Proyecto de 1851 sólo eran aplicables a las compraventas de bienes muebles (véase su glosa al art. 1.406). Una tesis que, por cierto, me sorprende que no haya tenido mayor éxito en la interpretación del vigente Código Civil.

(17) El artículo 1.470 CC contempla un caso de «error común» a ambas partes, para el que con notable acierto se prevén los remedios propios de la desaparición de la base o causa (aquí, subjetiva) del negocio: el reajuste del contrato —elevación proporcional del precio—, y cuando ello no sea exigible a una de las partes —cuando tal elevación sea superior al 5%—, la resolución del contrato. Aunque la letra del artículo parece indicar lo contrario, quien en realidad «podrá desistir del contrato» es el vendedor (que también podrá no hacerlo y conformarse con una subida de sólo el 5%) en caso de no aceptar el comprador la mayor elevación del precio.

con toda seguridad, únicamente porque no se le ha solicitado con frecuencia su aplicación no ha sentido nuestro Tribunal Supremo la necesidad de afirmar su compatibilidad con las normas generales sobre incumplimiento contractual. O incluso, como ha declarado la jurisprudencia en materia de vicios ocultos, con las reglas sobre el error (18). Jurisprudencia ésta que, dicho sea de paso, induce a predicar la incorporación a nuestro Código Civil de un precepto tan razonable como el que prevé el artículo 3.7 PCCI: «*A party is not entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which he relies afford, or could have afforded, it a remedy for non-performance*» (19). Con acierto no se prevé lo mismo para la anulación por dolo (art. 3.8 PCCI).

e) Nuestro Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que el remedio indemnizatorio previsto en el artículo 1.591 CC es compatible con los remedios generales frente al incumplimiento, incluidos la pretensión de cumplimiento *in natura* —la reparación o correcta reconstrucción de la obra— y la resolución del contrato con base en el

Se preguntará algún lector porqué no he escrito lo mismo para los defectos de cabida que regula el artículo 1.469.I. La razón es simple, aunque nuestra doctrina y jurisprudencia dominantes parezcan no haber reparado en ella; para dichos defectos de cabida, el legislador otorga indudablemente al comprador el derecho de reclamar al vendedor la cabida expresada en el contrato («tendrá obligación el vendedor de entregar al comprador, si éste lo exige, todo cuanto se haya expresado en el contrato»; comp. art. 1.537.I CC italiano). Parece claro, así, que nuestro legislador no trata el supuesto como uno de error, sino de verdadero incumplimiento. Cabría sostener que, desde las concepciones del Código Civil, ello significa parificar equivocadamente la venta específica de inmueble a razón de un precio por unidad de medida y la venta genérica de determinado número de unidades de medida de cierta tierra. Pero lo cierto es que el resultado es de gran modernidad: se otorga la pretensión de corrección de lo que, atendida la voluntad contractual, puede ser considerado un vicio o defecto fáctico del inmueble vendido.

En cualquier caso, lo mejor es eliminar los artículos 1.469 a 1.472 CC (exceptuado, si se quiere, el párrafo primero del art. 1.471, a la supresión de cuyo malhadado párrafo segundo creo que nadie se opondrá); con lo que los defectos de cabida (como los de calidad) serán tratados como cumplimientos defectuosos sujetos a disciplina general sobre incumplimiento contractual. E incorporar a nuestro Derecho una nueva norma sobre la desaparición de la base del contrato [(v. *infra*, 4.c)] que contemple la falsa representación o error común sobre ella (*cf.* § 306.II BGB-KE; y *Abschlussbericht...*, *cit.*, pp. 146-152), en la que encajaría el supuesto de hoy artículo 1.470 CC.

(18) Sobre este tema, por todos, MORALES, «El alcance protector de las acciones edilicias», ADC 1980, pp. 671-678.

(19) Es mayoritaria la tesis de que la disciplina sobre responsabilidad por los vicios o defectos de las mercaderías en el Derecho uniforme sobre la compraventa internacional excluye el juego de las normas nacionales que permiten la anulabilidad de la venta por error en las cualidades de la cosa: SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales...*, *cit.*, pp. 33 y 75; SCHLECHTRIEM/HERBER, Art. 4 CISG, Rn. 13; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, Art. 41 CISG, Rn. 23, Art. 42 CISG Rn. 27; SCHELECHTRIEM/HUBER, Art. 46 CISG, Rn. 85-86; J. O. HONNOLD, *Uniform law for International Sales under the 1980 UN Convention*, 2.^a ed., Deventer-Boston 1991, §§ 238-240 y 266.1. La opinión contraria es defendida por los juristas austríacos, en cuyo Derecho interno, a diferencia de en el alemán, se admite generalmente la compatibilidad: v. por todos, R. LESSIAK, «UNCITRAL-Kaufrechtsabkommen und Irrtumsanfechtung», *östJurBl* 1989, pp. 487 y ss.

artículo 1.124 CC, no sometidos al plazo decenal de garantía (20). La propuesta doctrinal de restringir, tras la recepción de la obra, el juego de los preceptos generales sobre incumplimiento a los «vicios no determinantes de ruina» (21), además de no compadecerse con dicha jurisprudencia, comporta una flagrante contradicción de valoración: reservar el plazo decenal, que se entiende establecido en beneficio del contratista (22), precisamente para los vicios de construcción más graves, frente a los que, además, no cabría ni la pretensión de cumplimiento ni la resolución por incumplimiento. ¿Cambiaría, entonces, algo a peor en nuestro Derecho si el artículo 1.591 CC desapareciese? (23). Si en un futuro se estableciese un plazo de prescripción razonablemente breve, por ejemplo de tres años, bien (como yo considero más atinado) para cualquier acción cuya fuente sea un contrato, bien para las acciones derivadas de cumplimiento defectuoso, tendría buen sentido instaurar un plazo de prescripción más largo, por ejemplo de cinco o incluso diez años, para los defectos de construcción de los edificios en beneficio de los dueños de éstos (v. § 195 BGB-KE); pero no reiterar una norma cuya letra, como la del hoy artículo 1.591 CC, parezca excluir remedios como la pretensión de cumplimiento, la resolución por incumplimiento, la reducción del precio o la *exceptio non (rite) adimpleti contractus*. Y aunque se dejase muy claro que no los excluye (v. arts. 1.669 CC italiano y 1.255 CC portugués), ¿qué justificaría limitar al remedio de la responsabilidad por daños al régimen más favorable que, en materia de prescripción, se quiere para el comitente de edificio?

Las reformas propuestas hasta aquí no requieren adoptar un nuevo concepto de incumplimiento. Exigen muy poco más que desechar los prejuicios «naturalistas» y logicistas que alientan tras preceptos como el artículo 1.460.I CC, y reconocer legalmente que el programa típico-económico de prestación del vendedor incluye hacer al comprador propietario libre de cargas de una cosa de la calidad, cualidades o propiedades pactadas o, en defecto de pacto, de las adecuadas al uso a

(20) Referencias en P. SALVADOR CODERCH, en *Comentario del Código Civil...*, II, *cit.*, pp. 1191-1193.

(21) Defendida, por ejemplo, por A. CABANILLAS, «La evolución de las responsabilidades en la construcción», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, I, Madrid 1990, p. 353.

(22) A diferencia de lo que resulta de la interpretación sugerida por MORALES, ADC 1982, p. 681; pero véase, por todos, R. GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La responsabilidad civil de los promotores, constructores y técnicos por los defectos de construcción*. Barcelona 1990, pp. 132-136.

(23) Resulta evidente que la labor jurisprudencial de extensión de las legitimaciones activa y pasiva y de establecimiento de la solidaridad de las responsabilidades no descansa en la letra del artículo que nos ocupa (ni en una calificación como «extracontractual» de la responsabilidad que prevé). Y no es dudoso que mejoraría el artículo 1.909 CC, cuya patente injusticia (¿nadie responderá del daño sufrido por tercero a consecuencia de ruina acaecida por defecto de construcción después de los diez años del art. 1.591 CC?) trató ya de paliar J. CADARSO PALAU, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid 1976, pp. 108-109.

que normalmente se destina (v. arts. 30, 35 y 41 CNUV, insistimos, Derecho vigente en España).

3. Los medios de tutela frente al incumplimiento de que, a mi juicio, ha de disponer el acreedor pueden clasificarse así:

a) *Pretensión de cumplimiento*, incluyéndose la *reparación de los vicios o defectos* o la *sustitución del objeto*, y cualquier otra forma de corregir la prestación defectuosa [v. arts. 1.096, 1.098 y 1.099 CC, 924.I y 926 LEC, 11.3 LGDCU (24), 46 y 62 CNUV, así como jurisprudencia sobre reparación de defectos de construcción].

b) Remedios sinalagmáticos: *resolución del contrato* (entre muchos, cfr. arts. 1.124, 1.486-1.489, 1.504 y 1.505 CC, y 26, 45, 49, 61, 64, 75, 76 y 81-84 CNUV), *reducción del precio* (cfr. arts. 1.486 CC y 50 CNUV), y *exceptio inadimpleti contractus* (cfr. arts. 1.466 CC y 58.1 CNUV). Puede añadirse la resolución anticipada del contrato [cfr. arts. 1.503 CC (25) y 72 CNUV] y la que podríamos llamar «excepción de riesgo de incumplimiento» (cfr. arts. 1.467 CC y 71 CNUV).

c) Remedios indemnizatorios: en los que cabría diferenciar la *responsabilidad contractual* en sentido estricto, condicionada a que el incumplimiento dañoso sea imputable al deudor (cfr. arts. 1.101-1.108 CC y 45, 61, 74-77 y 79 CNUV) y la *indemnización de los gastos del contrato* satisfechos por el contratante que resuelve por el incumplimiento de la otra parte debido a una circunstancia ya existente al tiempo de contratar, aunque la ignorancia de ella no sea imputable al incumplidor (cfr. arts. 1.486.I y 1.487 CC) (26).

(24) Véase, por todos, G. GARCÍA CANTERO, en R. BERCOVITZ/J. SALAS (coord.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid 1992, pp. 355, 381 y ss., y allí otras referencias.

(25) En la interpretación que lo entiende aplicable a las compraventas con precio aplazado, frente a la de que tan sólo establece una excepción a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 1.124 (por todos, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema...*, II, *cit.*, p. 310; J. A. MARTÍNEZ SANCHIZ, en *Comentario del Código Civil...*, II, *cit.*, p. 984). Que tiene un nítido apoyo en la letra del precepto, que dispone que el vendedor «podrá promover inmediatamente la resolución de la venta», y no que «podrá promover la resolución inmediata o de pleno derecho de la venta» (comp. art. 1.432 Proyecto 1851).

(26) Se hubiera añadido el número 4.^o del artículo 1.478 CC, si no fuera porque nuestro Código no configurara el saneamiento por evicción como una resolución de contrato (cfr. art. 1.483 en relación con el art. 1.479 CC italiano) sino como un híbrido incomprensible.

¿No sería sensato extender la indemnización a los gastos necesarios y útiles realizados por el contratante que resuelve en el bien que tiene que restituir (v. art. 1479.III CC italiano)? No, en mi opinión: cuestión distinta y general para toda resolución de contrato es la de su posible cómputo, y en qué medida, en el debe del otro contratante en la liquidación contractual que la resolución comporta [v. *infra*, 5.d)].

Una vez asumida la aplicación en los casos de vicios de la cosa de las reglas generales sobre responsabilidad contractual, y que, como se verá, los criterios de imputación de responsabilidad al deudor no se limitan al dolo y la negligencia, en especial para el vendedor-fabricante (v. ya PANTALEÓN, ADC 1991, p. 1.071), no hay razón para llevar la «indemnización de gastos» a otra partida que la contemplada por los antecedentes históricos: los gastos del contrato pagados por el comprador, como algo para él «económicamente equiparable» al precio (MORALES, ADC 1982, pp. 613-624; y en *Comentario del Código*

d) *Pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado* obtenido por el deudor a costa del acreedor (cfr. arts. 1.186, 1.683 1.777 y 1.778 CC, y 136.II, 138, 288.II y 613 CCom).

4. Por lo que respecta a la *pretensión de cumplimiento*:

a) Procede seguir reconociendo esta pretensión al acreedor sin otros límites —junto a la imposibilidad física, jurídica o práctica (a la luz de la naturaleza y contenido del contrato; cfr. § 275 BGB-KE) de la prestación— que los generales al ejercicio de los derechos subjetivos (art. 7.º CC), sobre los que nos detendremos enseguida. La solución del *common law* —no conceder al acreedor la *specific performance*, que sólo procede, en principio de forma excepcional, como remedio *in equity* (27)— no merece ser seguida entre nosotros: responde a una peculiar concepción del contrato, no como fuente de obligaciones de dar, hacer o no hacer, sino de la obligación de pagar una cantidad de dinero como indemnización, si no se da, no se hace o se hace algo (28). En los artículos 7.2.1, 7.2.2 y 7.2.3 PCCI y 4.101 y 4.102 PDCE parece ser regla general la del *civil law*; pero la excepción prevista en la letra (a) del artículo 4.101(2) PDEC [acreedor de dinero que, no habiendo realizado aún la prestación que le incumbe y que la otra parte ya no desea, puede concluir un razona-

Civil..., II. *cit.*, pp. 960-961; LLACER, ADC 1992, pp. 1527-1531). Bien podría defenderse incluso la eliminación de dicha indemnización [que no contemplan ni el Derecho uniforme de compraventa, ni el NBW; aunque sí los §§ 439.(3) y 637.(3) BGB-KE], que aquí hemos propuesto conservar por respeto a una tradición que no carece de sentido económico, y extenderla a otros casos valorativamente equivalentes.

Es obvio que la admisión de dicha indemnización de gastos presupone negar, pues de otro modo sería superflua, que deba entenderse que todo contratante asume siempre la garantía de su posibilidad originaria de cumplir, por lo que nunca podrá exonerarle de su ordinaria responsabilidad contractual una circunstancia ya existente al tiempo de contratar. Sobre la cuestión en el Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías, por todos, DÖLLE/STOLL, Art. 74 EKG, Rdnr. 50; SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 79 CISG, Rn. 20; y en el Derecho alemán para la *anfängliches Unvermögen*, SOERGEL-M. WOLF, § 306, Rz. 26; V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 3.ª ed., Munich 1991, § 4.II.2.c).

(27) Cfr. por todos, G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, 8.ª ed., Londres 1991, pp. 895 y ss., 902 y ss. En el *Uniform Commercial Code*, J. J. WHITE/R. S. SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, 3.ª ed., St. Paul Minn. 1988, §§ 6.6, 7.2-7.5. En el Derecho uniforme sobre compraventa internacional, la regla del reconocimiento al acreedor de la pretensión de cumplimiento ha tenido que combinarse con excepciones como las previstas en los artículos 16, 25 y 61.II LUV (DÖLLE/G. REINHART, Art. 16 EKG, Rdnr. 1 y ss.; DÖLLE/HUBER, Art. 25 Rdnr. 1 y ss., DÖLLE/VON CAEMMERER, Art. 61 EKG, Rdnr. 1 y ss.), y 28 CNUV (LANDO, en BIANCA/BONELL *Commentary...*, *cit.*, pp. 232 y ss., SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 28 CISG, Rn. 1 y ss., HONNOLD, *Uniform Law...*, *cit.*, §§ 195 y ss.).

(28) «*The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law make the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses*» (O. W. HOLMES, *The Common Law* [1881, reed. 1963], p. 236).

ble negocio de cobertura sin esfuerzo o gasto significativo (29)], y la que se contempla en la letra (c) del artículo 7.2.2 PCCI y la letra (d) del artículo 4.102(2) PDEC [acreedor que razonablemente puede obtener de otra fuente un bien como el objeto de la prestación prometida por el deudor (30)] son claramente incompatibles con la concepción continental del contrato (31).

b) Ha de continuar siendo un remedio *independiente de la imputabilidad o no del incumplimiento al deudor* (32) y la causación o no de daño al acreedor. La primera idea se ve oscurecida en los apartados 4 del artículo 7.1.7 PCCI y 2 del artículo 3.101 PDEC, a tenor de los cuales todos aquellos impedimentos que exoneran de responsabilidad contractual al deudor excluyen la pretensión de cumplimiento del acreedor. Cometiendo un error que se evitó, por fortuna, en el apartado 5 del artículo 79 (CNUV (33): no es razonable que únicamente la imposibilidad absoluta pueda liberar al deudor de responsabilidad; o no lo es que la pretensión de cumplimiento se extinga, siempre e *ipso facto*, por la imposibilidad relativa, la inexigibilidad o la excesiva onerosidad de la prestación (cuestión diferente es que el deudor pueda oponer, en

(29) inspirada en el artículo 61.II LUV; compárese con el artículo 62 CNUV, sobre el cual, SCHLECHTRIEM/G. HAGER, Art. 62 CISG, Rn. 1 y ss. La excepción de la letra (b), que las circunstancias hagan irrazonable que el acreedor de dinero continúe cumpliendo su prestación a cargo del deudor que ya no la quiere, está claramente conectada con el problema tratado en SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 28 CISG, Rn. 14-15; SCHLECHTRIEM/HAGER, Art. 62 CISG, Rn. 14; SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 77 CISG, Rn. 8-9; HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., § 419-3; problema éste, que en nuestro Derecho interno cabrá resolver con el artículo 1.594 CC.

(30) Característica del *common law* e incorporada al artículo 25 LUV, pero no al artículo 46 CNUV; *cfr.* SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 46 CISG, Rn. 1 y ss., HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., §§ 280 y ss.

(31) No es éste el momento oportuno para ocuparse de la carencia en nuestro Derecho de los instrumentos procesales necesarios para compeler al deudor al cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer (suficiente información en F. CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*. Fund. Univ. de Jerez, pp. 117 y ss., 251 y ss.). Pero sí para transcribir el artículo 7.2.4 PCCI: (1) *Where the court orders a defaulting party to perform, it may also direct that this party pay a penalty if he does not comply with the order.* (2) *The penalty shall be paid to the aggrieved party unless mandatory provisions of the law of forum provide otherwise. Payment of the penalty to the aggrieved party does not exclude any claim for damages.*

(32) En contra, F. BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia 1987, pp. 263-265.

(33) Véanse las distintas lecturas al respecto en SCHLECHTRIEM, *Uniform Sales Law...*, cit., pp. 102-103, LANDO, en BIANCA/BONELLI, *Commentary...*, cit., Art. 28, § 2.2; TALLON, en BIANCA/BONELLI, *Commentary...*, cit., Art. 79, §§ 2.9-2.10.4, quien una vez más demuestra una absoluta incomprensión del sistema, a la que parece que debe ser imputada la solución de los Principios de Derecho Europeo; HUBER, «Die Rechtsbehelfe der Parteien, insbesondere der Erfüllungsanspruch, die Vertragasaufhebung und ihre Folgen nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB», en P. SCHLECHTRIEM (ed.), *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht*, Baden-Baden 1987, pp. 204-207; SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 79 CISG, Rn. 16-17 y Art. 46 CISG Rn. 33-38; SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 79 CISG, Rn. 58-60 (que mantiene la posición a mi juicio más acertada); HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., § 435.5; MASKOW, 40 *Am. J. Comp. L.*, 664-665 (1992).

su caso, la excepción de modificación o de resolución del contrato por desaparición de la base del negocio), ni mucho menos, que dicha pretensión pueda verse afectada, por ejemplo, por la ignorancia por el deudor de su condición de tal o por un error suyo sobre la entidad de su deuda, que obedezcan a causas ajenas al ámbito de control del deudor o derechamente pertenecientes al ámbito de control del acreedor (34).

c) No es necesario codificar los casos en que el ejercicio de la pretensión de cumplimiento será abusivo: básicamente, cuando el muy elevado coste del cumplimiento resulte desproporcionado con la utilidad que proporcionaría al acreedor en comparación con otros posibles remedios (35). Pero parece existir cierto consenso [cfr. arts. 1.467 CC italiano, 258 Libro 6 NBW, 6.2.1-6.2.3 PCCI (36), 2.117 PDEC, § 306 BGB-KE (37)] sobre la conveniencia de una norma legal relativa a los supuestos de excesiva onerosidad de la prestación, o con más precisión, de *desaparición de la base (causa) del contrato*. A mi juicio, el supuesto de hecho de dicha norma debería abarcar al menos los tres grupos de casos atinadamente identificados por la doctrina y jurisprudencia alemanas —excesiva dificultad de la prestación, destrucción de la relación de equivalencia, frustración del fin (38)—, y jerarquizar así la consecuencia jurídica: adaptación o reajuste del contrato (preferentemente, por negociación entre las partes, que estarían obligadas a realizarla de buena fe), cuando resulte razonablemente factible, y si no, resolución. En fin, sería oportuno extender la referida norma a los supuestos de error común sobre la base o causa del contrato, salvo que se esté dispuesto a modificar la disciplina del error en el sentido de flexi-

(34) Cuando se identifican de modo absoluto el «hecho que exonera de la obligación de indemnizar el daño derivado de la falta de cumplimiento» y el «hecho que extingue (o suspende) la obligación originaria» se termina, o llevando la responsabilidad contractual más allá de lo sensato, o excluyendo pretensiones de cumplimiento que pueden ser perfectamente satisfechas o ejecutadas. Esta es una de las objeciones que pueden hacerse entre nosotros a F. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid 1987 (ya así en PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1044-1045). Que todavía resultaría más clara, si lo dispuesto en el artículo 1.778 CC (inexplicable desde la tesis criticada según demuestran los mismos seguidores italianos de Osti: JORDANO, *ibidem*, pp. 194-195) no fuese una excepción a un criterio general de imputación del «hecho propio» (en PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1056-1057, he afirmado que sí lo es en nuestro Derecho, aunque aplicable analógicamente a todos los deudores a título gratuito). O si cuando menos —como creo razonable sostener aquí— hubiera que señalar al criterio del «hecho propio» el límite del error sobre la condición de deudor o la entidad de la deuda que obedezca a causas ajenas al ámbito de control del deudor (p. ej., una ley aparentemente válida, pero que acaba declarándose inconstitucional) o derechamente pertenecientes al ámbito de control de acreedor.

(35) Cfr. PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1046-1047; y las letras (b) de los artículos 7.2.2 PCCI y 4.2.2(2) PCDE.

(36) Sobre los cuales, MASKOW, 40 *Am. J. Comp. L.* 658-663 (1991).

(37) Sobre el cual, *Abschlussbericht...*, cit., pp. 146 y ss.

(38) Por todos, H. HEINRICHS, *Palandt BGB*, 50.^a ed. Munich 1991, § 242, Rn. 110, 135 y ss. Y entre nosotros, Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, 4.^a ed., Madrid 1993, pp. 871, 883-884.

bilizar su consecuencia jurídica, dando cabida a adaptaciones o reajustes de los contratos, que eviten su anulación (cfr. art. 3.13 PCCI).

d) La reparación de los defectos y la sustitución del objeto de la prestación deben preverse expresamente como modalidades de la pretensión de cumplimiento; pudiendo dejarse al deudor la elección entre ambas, o excluir la sustitución si el defecto tiene, a la luz de lo pactado, escasa entidad [v. art. 46.2-3 CNUV (39); art. 22 Libro 7 NBW y §§ 438 y 635 BGB-KE (40)].

e) El cumplimiento ha de seguir siendo en principio, frente a los remedios alternativos del acreedor, *también un derecho del deudor*, incluso del que incumple por causa a él imputable. Ello ha de quedar patente en la disciplina de la resolución y la reducción del precio, pero también en que el acreedor no pueda optar desde luego por exigir el valor de la prestación como daño indemnizable por la vía de la responsabilidad contractual (41). Ahora bien, seguir dejando la solución de este problema al principio de que el acreedor ha de pretender el cumplimiento mientras sea posible y conserve interés en él, puede ser en ocasiones excesivamente duro para el acreedor y, sobre todo, es insatisfactorio desde el punto de vista de la seguridad del tráfico. Sería oportuna una norma al respecto cuya idea directriz fuese que el acreedor dispondrá de aquella opción *una vez transcurrido sin éxito un plazo adecuado* para cumplir que fije al deudor, o de inmediato cuando sea evidente lo infructuoso de cualquier fijación de plazo [v. art. 87 en relación con los arts. 82 y 83 Libro 6 NBW y § 283 BGB-KE (42)].

5. Por lo que respecta a la *resolución por incumplimiento* del contrato:

a) Debe configurarse —seguirse configurando, en la lectura del art. 1.124 CC mayoritaria entre nosotros (43)— como un remedio que *no opera de modo automático*, sino sólo mediante declaración recepticia [expresamente así, arts. 26 CNUV, 267.1 Libro 6 NBW y 7.3.2(1) PCCI; nada inclina hacia el sistema francés de resolución judicial], y que *no requiere que el incumplimiento sea imputable al deudor*. Una resolución automática es rechazable, incluso en el caso de imposibilidad absoluta y permanente de la prestación no imputable al deudor, porque provoca incertidumbres sobre cuáles son en cada momento los derechos y deberes de los contratantes, y desconsidera

(39) Por todos, SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 46 CISG, Rn. 47 y ss.

(40) *Abschlussbericht...*, cit., pp. 209 y ss., 251 y ss.

(41) Cfr. por todos CAPILLA, *La responsabilidad...*, cit., pp. 91 y ss., y allí otras referencias.

(42) Sobre el cual, *Abschlussbericht...*, cit., pp. 132 y ss.

(43) LACRUZ/J. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho Civil*, II-1, 2.^a ed., Barcelona 1985, pp. 271-273; V. MONTÉS PENEDÉS, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Edersa, XV-1, pp. 1224-1225, y 1230 y ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., pp. 655-656, 705 y 715 y ss.

los casos en que el acreedor preferirá mantener el contrato y pretender el *commodum representationis* a cambio de la contraprestación que le incumbe (44): el apartado 4 del artículo 4.303 PDEC me parece un grave error (45). Pese al favor con que cuenta en la doctrina francesa (46) y haber sido acogida por el Derecho italiano (cfr. arts. 1.453 y 1.463 en relación con el art. 1.256 CC italiano), una estricta bipartición entre resolución del contrato, para los incumplimientos imputables al deudor, y teoría de los riesgos, para los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación absoluta y permanente (o temporal, si desaparecido ya el interés del acreedor en la prestación) no imputables al deudor, me parece gravemente errónea: que el incumplimiento no sea imputable a la otra parte no es razón suficiente para mantener indefinidamente vinculado a un contratante, y amortizado así el bien objeto de su prestación, a la espera de que la contraprestación debida deje de ser objetivamente posible o de tener utilidad para el acreedor (47). La imputabilidad al deudor de la falta de cumplimiento no es y debe seguir sin ser —insisto— elemento del supuesto de hecho

(44) En su caso, proporcionalmente reducida en atención al valor del *commodum* (arg. art. 1.460.II CC).

(45) Criticando el efecto de «extinción automática del contrato» que el *common law* atribuye a la *frustration*, señala con acierto TREITEL, *The Law of Contract*, cit., p. 808, que ello puede conducir al paradójico resultado de que sea el contratante que no puede cumplir lo que incumbe el que solicite que se declare el contrato extinguido mientras el otro quiere mantenerlo. Y pone el ejemplo de un fletamento por tiempo en que el dueño del buque no puede cumplir por haber sido éste requisado por la Administración, cuando el justiprecio de la requisa es mayor que el flete convenido. En el Derecho alemán soluciona el problema el § 323.II BGB, aunque con alguna dificultad técnica: cfr. SOERGEL/H. WIEDEMANN, § 323, Rz. 46.

En PANTALEÓN, ADC 1991, p. 1048, realicé esta crítica a las tesis de JORDANO FRAGA, quien las reitera en *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código Civil*, Madrid 1992, p. 90, sin molestarse en explicarnos por qué el juego del artículo 1.186 CC tiene que restringirse al acreedor que no puede resolver (porque soporta el *periculum*). Acreedor éste que, en consecuencia, podrá llegar a estar mejor tratado que el que goza de la facultad de resolver por imposibilidad de la prestación que se le debe (dado que aún no soportaba el *periculum* o), incluso cuando esa imposibilidad haya sido provocada por un suceso imputable a la otra parte; lo que supone una incongruencia valorativa insoportable.

(46) Cfr. J. GHESTIN/M. BILLIAU, *Traité de droit civil. Les obligations. Les effets du contrat*, París 1992, nn. 515 y ss.

(47) Cfr. PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1048-1049, frente a las italianas tesis de JORDANO FRAGA, que las reitera en *La resolución...*, cit., pp. 88-90, 175-176, contra la notoria confirmación jurisprudencial de resoluciones de contrato *ex* artículo 1.124 CC en casos de largos retrasos en el cumplimiento no imputables al deudor (o sin que se considere relevante que lo sean o no) y que no han llegado a convertir en imposible ni en inútil para el acreedor la prestación retrasada. Para el Derecho alemán, cfr. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., § 19.II, y allí otras referencias. Véase también HUBER, en SCHLECHTRIEM (ed.), *Einheitliches Kaufrecht...*, cit., pp. 217-218, y *Abschlußbericht...*, cit., p. 19.

de la resolución del contrato. Cuestión distinta es que ésta no procederá por la pérdida o deterioro fortuitos de la cosa debida posterior al momento de traspaso del riesgo al acreedor; momento que, para la compraventa civil, determina en nuestro Derecho el artículo 1.452 CC, que seguramente merece ser modificado (comp. arts. 66-70 CNUV).

b) El presupuesto de la resolución es un incumplimiento de entidad y circunstancias tales que razonablemente, a tenor de la específica valoración contractual del concreto deber infringido y de las exigencias de la buena fe, ya no pueda seguirse exigiendo a la parte cumplidora o dispuesta a cumplir que continúe vinculada por el contrato. No obstante, una vez bien establecido que no todo incumplimiento justifica la resolución, una mayor certidumbre en las relaciones contractuales y el conceder a la parte incumplidora una nueva oportunidad de mantener el contrato que no dependa del arbitrio judicial aconsejan acoger en nuestro Derecho la regla de que la resolución sólo procederá por el *transcurso infructuoso de un plazo adecuado* señalado por el acreedor de tal modo que el incumplidor haya de contar con la resolución a su término; salvo que sea patente lo inútil de dicha fijación de plazo, o la obligación incumplida lo fuera a término esencial, o concurren otras razones excepcionales. El modelo a seguir es, a mi juicio, el § 323 BGB-KE (48) (v. también art. 265.2 en relación con arts. 82 y 83 Libro 6 NBW), preferible al mucho más complejo y riguroso sistema que forman los artículos 25, 47-49 y 63-64 CNUV, inspirador de los artículos 7.3.1, en relación con los 7.1.4 y 7.1.5, y 7.3.2(2) PCCI, y 4.301, en conexión con los 3.103, 3.104 y 3.106, y 4.303(2)-(3) PDEC. En mi criterio, la figura del *Nachfrist* es la más valiosa contribución de la ciencia jurídica alemana al Derecho del incumplimiento. Y normas como las de los artículos 1.124.III, 1.504 y 1.505 CC deben, en mi opinión, desaparecer de nuestro Derecho: la primera responde a la concepción «judicial» francesa de la resolución; la segunda, porque estimo insensato hacer imperativamente formal la notificación de la voluntad resolutoria; y la tercera, por su excesivo rigor para con el comprador, no justificable como regla de Derecho dispositivo (49).

(48) *Abschulßbericht...*, cit., pp. 162 y ss. Además, §§ 439, 637 BGB-KE (*ibídem*, pp. 214 y ss., 256 y ss.), donde se da acogida a la razonable idea —presente asimismo en el art. 11.3.b) LGDCU— de que no será precisa la fijación de plazo cuando se haya producido ya un intento fallido del deudor de corrección de la prestación defectuosa.

(49) Ya que me parece indudable que, salvo en condiciones generales de la contratación, las partes pueden configurar como les venga en gana el incumplimiento resolutorio. La notoria doctrina jurisprudencial que, en el ámbito de la compraventa de inmuebles, ha desactivado la eficacia del pacto contemplado en el artículo 1.504 CC recurriendo al artículo 1.124 CC como si, en cuanto a los requisitos del incumplimiento resolutorio, este precepto (su interpretación jurisprudencial) fuese Derecho imperativo, representa a mi juicio —insisto: excluidas las condiciones generales de la contratación— una intolerable restricción de la libertad contractual. Cuestiones diferentes son que el pacto sobre resolución de pleno derecho haya de ser adecuadamente

c) Debe quedar claro que la resolución *no produce el efecto de extinguir retroactivamente el contrato como si nunca hubiera existido*. Si se quiere seguir diciendo, como nuestra jurisprudencia, que la resolución tiene efectos retroactivos o *ex tunc*, sólo en el sentido de que, a excepción de los casos de relaciones duraderas, las partes han de restituirse recíprocamente las prestaciones ya realizadas (50), mi prevención es meramente terminológica. Pero no puede quedar lugar a dudas sobre que la resolución no afecta, por ejemplo, a las estipulaciones contractuales relativas a solución de litigios, o que disciplinan los derechos y deberes de las partes en caso de resolución; ni sobre que la resolución por incumplimiento es compatible con la responsabilidad contractual del incumplidor imputable *en la medida del interés en el cumplimiento* o interés contractual positivo del contratante que resuelve (51) [cfr. arts. 45.1 en relación con el 49, 45.2, 61.1 en relación con el 64, 61.2, 75, 76 y 81.1 CNUV, 269 y 277.1 Libro 6 NBW, 7.3.5 PCCI, y 3.101(1) y 4.305 PDEC]. No considero acertado, en cambio, conceder a éste la alternativa de exigir la indemnización en la medida de su interés de confianza o interés contractual negativo (cfr. en cambio § 325 BGB-KE (52)]. Cosa diferente es que juegue en favor del acreedor

interpretado; que las dudas en la interpretación deban decidirse en la línea del Derecho dispositivo y los principios de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones; y que el ejercicio de la facultad resolutoria contractualmente diseñada esté sujeta a los límites del artículo 7.º CC. Favorables, sin embargo, a aquella doctrina jurisprudencial, R. BERCOVITZ, en CCJC 1984, pp. 1307 y ss; J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Madrid 1993, pp. 538-539.

Es obvio que el legislador puede razonablemente restringir el libre juego de las cláusulas resolutorias, por ejemplo, en los contratos de trabajo, en defensa del trabajador; en los arrendamientos rústicos y de vivienda, en defensa del arrendatario; e incluso en las compraventas de vivienda (no de cualquier tipo de inmueble) en defensa del comprador. Pero sólo porque en tales casos existen poderosas razones, como la función social de la vivienda, que justifican la excepción al principio de autonomía de la voluntad.

(50) En este sentido Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., II, pp. 723-724 (comp. pp. 705-706).

(51) PANTALEÓN, «Resolución por incumplimiento e indemnización». ADC 1989, pp. 1143 y ss. (*adde*, ADC 1991, p. 1049, nt. 71); Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., II, pp. 725-727. Además CARRASCO, en CCJC 1989, pp. 891-894; pero para llegar a la falsa conclusión de que la disputa es nominal, desde la errónea premisa (quizás porque ha contemplado sólo la resolución del comprador o el comitente) de que conduce a resultados económicamente fungibles optar por la resolución o por el cumplimiento por equivalente; lo que acaso sea consecuencia de la fatigosa evolución de su pensamiento: «Restitución de provechos (II)», ADC 1988, p. 8; en R. BERCOVITZ (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid 1989, p. 1644; y en *Comentarios al Código Civil...*, XV-1, cit., pp. 389-391.

(52) *Abschlussbericht...*, cit., pp. 173-174. Y parece ser la opinión de CARRASCO, en *Comentarios al Código Civil...*, XV-1, cit., p. 390; y CCJC 1989, p. 893, en el sentido de un apunte de DELGADO ECHEVERRÍA, en CCJC 1986, p. 3784, inspirado en F. ESPINAR LAFUENTE, «Resolución e indemnización en las obligaciones recíprocas», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, II, Madrid 1969, pp. 111 y ss.

una presunción *iuris tantum* de rentabilidad de los gastos efectuados en la confianza del buen fin del contrato que, en el relativamente frecuente caso de dificultad de prueba del lucro cesante, le sirva para poder reclamar la indemnización de aquellos gastos como la cuantía mínima en que, salvo prueba en contrario del deudor, ha de cifrarse el interés contractual positivo; lo que viene a coincidir con la solución anglosajona de que el acreedor puede optar por el *reliance interest* o *reliance loss*, salvo que el deudor pruebe que aquél hizo un mal negocio (53).

d) El régimen de la liquidación de la relación contractual resuelta adolece entre nosotros de una gran oscuridad: ¿pierde la facultad de resolución quien ya no puede restituir lo que recibió del incumplidor, al menos si ello obedece a causa a él imputable?; ¿procede la recíproca restitución de frutos e intereses, o juega el artículo 1.120.I CC? ¿y son de aplicación las reglas de los artículos 451-455 CC?; ¿y *quid iuris* sobre los gastos realizados en la cosa a restituir? (54). Para todos estos interrogantes, considero modélica la regulación propuesta en los §§ 346 y 347 BGB-KE (55) (cfr. también arts. 7.3.6 PCCI y 4.306-4.309 PDEC; comp. arts. 81.2-84 CNUV, y arts. 272-276 Libro 6 NBW).

(53) Cfr. PANTALEÓN, ADC 1989, pp. 1167-1168, con referencias de la doctrina norteamericana. En la inglesa, H. MCGREGOR, *On Damages*, 15.^a ed., Londres 1988, §§ 45 y ss., 58 y ss., D. H. HARRIS, en *Chitty on Contracts. General Principles*, 26.^a ed., Londres 1989, §§ 1802 y ss.; TREITEL, *The Law of Contract*, cit., pp. 832-834. Y entre los juristas alemanes, STOLL, «Die bei Nichterfüllung nutzlosen Aufwendungen des Gläubigers als Maßstab der Interessenbewertung. Eine rechtvergleichende Studie zum Vertragrecht», en *Festschrift für K. Duden*, Munich 1977, pp. 641 y ss.; SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 74 CISG, Rn. 3; D. MEDICUS, en *Staudingers Kommentar zum BGB*, 12.^a ed., §§ 249-254, Berlín 1980, § 249, Rz 129-130; W. GRUNSKY, *Münchener Kommentar zum BGB*, 2. 2.^a ed., Munich 1985, Vor § 249, RdNr. 12.d; SOERGEL-MERTENS, Vor § 249, Rz. 106; SOERGEL-WIEDEMANN, Vor § 275, Rz. 42-44, y § 325, Rz. 51-53; PALANDT-HEINRICH, Vorbem v § 249 Rn. 32, y § 325. Rn. 15.

(54) Divergentes y fragmentarios apuntes en CARRASCO «Restitución de provechos (I)», ADC 1987, pp. 1116 y ss., 1120; DELGADO ECHEVERRÍA, en CCJC 1986, pp. 3784-3785; MONTÉS PENEDÉS, en *Comentarios al Código Civil...*, XV-1, cit., p. 1278, nt. 71; R. ALVAREZ VIGARAY, en *Comentario del Código Civil...*, II, cit., pp. 99-100; Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, II, cit., p. 723. A mi juicio, de *lege lata*:

a) La primera pregunta debe responderse negativamente (arg. art. 1.488 CC; frente a lo que opina MORALES, *Comentario del Código Civil...*, II, cit., pp. 964-965, por su prejuicio de la analogía con el art. 1.295 CC, me parece claro que la norma contempla una acción redhibitoria, no una estimatoria: cfr. la glosa de García Goyena al art. 1.410 Proyecto 1851).

b) Procede la recíproca restitución de frutos e intereses, aunque no por aplicación analógica del artículo 1.295.I, sino porque el artículo 1.123.I, relativo a la restitución recíproca, no se remite al artículo 1.120.I. También el contratante «poseedor de buena fe» está sujeto a tal restitución: la norma del artículo 451 CC es excepcional, en cuanto contraria al principio general de los artículos 353 y 354 CC.

c) Los gastos necesarios deben abonarse (arg. art. 453.I CC). Pero en cuanto las mejoras, no es fácil negar la aplicación de los artículos 487 y 488 CC, dada la remisión de la regla 6.^a del artículo 1.122 a la que se remite por su parte el artículo 1.123.II; aunque resulta más razonable la norma del artículo 1.652.I CC.

(55) *Abschlußbericht...*, cit., pp. 174 y ss.

6. Por lo que respecta a la reducción del precio:

a) Su ausencia entre los remedios ofrecidos al acreedor en los principios de UNIDROIT (sí aparece, en cambio, en el art. 4.401 PDEC) no debe inducirnos a su supresión en nuestro Derecho, a no ser que quisiera acogerse entre nosotros la regla del *common law* de que el deudor responde en todo caso de los daños causados por el cumplimiento defectuoso, porque entonces perdería su utilidad práctica (56). No siendo partidario de tal responsabilidad «absoluta», creo que este medio de tutela ha de conservarse: sobre todo, para las hipótesis de cumplimiento defectuoso no imputable al deudor; pero también compatible con la responsabilidad contractual (57).

b) Parece razonable condicionar como regla la facultad de reducción del precio al *transcurso de un plazo adecuado* en el que el deudor pueda rectificar lo defectuoso del cumplimiento; no, en cambio, a que el defecto tenga determinada entidad (cfr. §§ 440 y 638 BGB-KE) (58).

c) No cabe duda de que este remedio ha de preverse tanto para el contrato de compraventa como para el contrato de obra, y tanto para los vicios fácticos como para los defectos jurídicos; pero es muy dudoso que sea oportuno extenderlo al arrendamiento de servicios.

7. Es patente la conveniencia de sacar del estrecho marco del contrato de compraventa la *exceptio inadimpleti contractus*, la resolución anticipada del contrato y la «excepción de riesgo de incumplimiento». Una vez más, el modelo a seguir lo constituyen, en mi criterio, los §§ 320, 321 y 323(4) BGB-KE (59) (v. también arts. 7.1.3, 7.3.3 y 7.3.4 PCCI, y 3.105, 4.201 y 4.304 PDEC; comp. arts. 262-265 Libro 6 NBW).

8. En cuanto a la restitución del enriquecimiento:

a) Un precepto semejante al del artículo 1.186 CC debe, a mi juicio, conservarse, pese a su ausencia en el Derecho uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías (60). Forma cuerpo con el artículo 1.095 CC (configurando, si quiere decirse así, un *ius ad rem* del acreedor de cosa determinada) con el cometido de que nuestro Derecho no se diferencie sensiblemente, en las relaciones *inter partes*, de aquéllos en que la propiedad se transmite entre vi-

(56) Cabe comprender, así, los problemas que suscitó la existencia del (para los juristas del *common law* tan incomprensible como perfectamente inútil) artículo 50 CNUV. Pero véase WILL, en BIANCA/BONELL, *Commentary...*, cit., Art. 50, §§ 1.2 y 2.2; SCHLECHTRIEM/HUBER, Art. 50 CISG, Rn. 6-7; HONNOLD, *Uniform Law...*, cit., §§ 312-313 (parece contradecirse en § 427; comp. SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 79 CISG, Rn. 9-11).

(57) Expresamente así, el apartado (3) del artículo 4.401 PDEC; y véase *supra*, la nota 14 de este trabajo.

(58) *Abschlussbericht...*, cit., pp. 217 y ss., 258 y ss.

(59) *Abschlussbericht...*, cit., pp. 156 y ss., 170-171.

(60) Lo que explicó y lamentó E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, I, Berlín 1964 (1936), pp. 369-370. Véase además, SCHLECHTRIEM/STOLL, Art. 74 CISG, Rn. 56. Y sobre el tema en el moderno Derecho inglés, por ejemplo, TREITEL, *The Law of Contracts*, cit., pp. 570 y 825-826.

vos por el mero consentimiento, sin necesidad de tradición: por virtud de dichos preceptos el acreedor de cosa determinada tiene, frente al deudor, el monopolio jurídico de sus utilidades de uso y de cambio, como si fuera propietario.

b) Sería deseable otra redacción del hoy artículo 1.186 CC, que dejase claro que, siempre que el *commodum* lo sea «por razón de la cosa», la norma puede entrar en juego para cualquier tipo de incumplimiento, y no sólo en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación. Que para su aplicación es indiferente que, por ser el incumplimiento imputable al deudor, éste haya de responder [la indemnización se reducirá, en su caso, en el valor del *commodum*, que también puede superar los daños (61)], o que el incumplimiento permita al acreedor resolver el contrato (siempre que opte por no resolverlo). Y que no sólo el *commodum ex re* (cfr. art. 1.777 CC), sino también el *commodum ex negotiatione* (cfr. art. 1.778 CC) es exigible por el acreedor con base en dicho precepto (62). No sobraría aclarar también que el acreedor no adquiere automáticamente el *commodum*, sino que se le otorga una pretensión de entrega o de cesión frente al deudor: que es lo dogmáticamente consecuente y, sobre todo, lo adecuado a la posibilidad de optar el acreedor entre los distintos remedios (63).

c) Una extensión del ámbito de aplicación de la norma a las obligaciones de hacer o no hacer no es, vista su *ratio*, defendible. Otra cosa es lo que resulte de la interpretación integradora de los concretos contratos; como la que el legislador nos ha ahorrado el trabajo de realizar, para distintas obligaciones de no competir, en los artículos 1.683 CC y 136.II, 138, 288.II y 613 CCom (64).

9. Y por lo que respecta a la *responsabilidad contractual* en sentido estricto:

a) A la luz de las distintas disciplinas legales y propuestas doctrinales de construcción de los datos normativos que ofrece el panorama del Derecho comparado cabría esbozar, a mi juicio, tres concepciones-tipo de la responsabilidad contractual:

(61) No es así conforme al artículo 78.1 del Libro 6 NBW, pero véase el artículo 212.1 del mismo Libro para comprender por qué.

(62) Contra las ideas precedentes, CARRASCO, ADC 1988, pp. 143-144, incurriendo en la palmaria contradicción de valoración indicada *supra*, al final de la nota 45 de este trabajo.

(63) Sostienen tal solución J. ROCA JUAN, «Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al art. 1186 CC)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor F. de Castro*, II, Madrid 1976, pp. 543 y ss.; LACRUZ/DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-1, *cit.*, p. 261-262. En contra R. MOLINER NAVARRO, «La pérdida de la cosa debida», en *Centenario del Código Civil*, II, *cit.*, p. 1453; BADOSA, en *Comentario del Código Civil...*, II, *cit.*, p. 264.

(64) Sobre los cuales CARRASCO, ADC 1988, pp. 137-138; C. PAZ-ARES, en *Comentario del Código Civil...*, II, *cit.*, pp. 1421-1423.

Para la primera de ellas, la responsabilidad contractual es verdadero *cumplimiento* (por equivalente, caso de que se conceda al acreedor la pretensión de cumplimiento en forma específica): el deudor que infringe el programa de prestación acordado (exigible jurídicamente, o no) debe indemnizar los daños así provocados al acreedor *porque, al contratar, ha prometido hacerlo*; porque dicha obligación resarcitoria es verdadero contenido (o, incluso, el único contenido) de la promesa contractual. Desde esta concepción, que fue en su día la del *common law*, la responsabilidad por *breach of contract* tiene que ser en principio «absoluta»: donde hay contrato en vigor, hay responsabilidad. Resultará irrelevante que el *breach* sea o no imputable al deudor, a quien únicamente podrá exonerar la existencia de una cláusula contractual expresa o implícita (pero no sólo fingida al efecto por el juez) en el sentido de la extinción o suspensión del contrato en las circunstancias del caso (65). Y puesto que es el contrato mismo la fuente de la obligación de indemnizar, nada más lógico que el criterio básico de imputación objetiva del daño al *breach* causante del mismo sea el de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, imperante en el *common law* desde *Hadley v. Baxendale*.

Una segunda concepción ve la responsabilidad contractual, al igual que la extracontractual, como la *sanción de un acto ilícito*: la lesión de un derecho de crédito, en la contractual, y la lesión de un derecho absoluto, en la extracontractual. Desde tal concepción, dominante en la dogmática alemana e italiana de finales del siglo pasado y comienzos del presente, nada más lógico, en paralelo con la responsabilidad extracontractual, que sean solamente el dolo y la negligencia los criterios ordinarios de imputación subjetiva del incumplimiento al deudor. Y que también por lo que respecta a la imputación objetiva del daño estén parificadas ambas especies de responsabilidad, excluyendo así un criterio de imputación como el de la previsibilidad del daño al tiempo de

(65) Respecto del *common law*, cabe encajar en esta concepción tanto el primitivo período anterior a la aparición de la doctrina de la *frustration* como el de aplicación de esta doctrina según el «*implied term test*». No, el de aplicación de la referida doctrina según el «*construction test*»; momento en el que el Derecho anglosajón del incumplimiento contractual se aproxima a la tercera de las concepciones-tipo aquí esbozadas, mas sin responder a ella realmente: la obligación indemnizatoria sigue considerándose contenido (a veces único) de la promesa contractual; pero ese contenido no se determina sólo mediante interpretación subjetiva, sino también, y sobre todo, mediante interpretación integradora, mediante *construction of the contract*. Para la terminología utilizada, HARRIS, en *Chitty on Contracts...*, cit., §§ 1631 y ss.

Una lectura parecida de un sistema continental de responsabilidad contractual es la que realizó Osti de la normativa del Código italiano de 1865, que ha devenido con algún matiz interpretación dominante de la disciplina del Código de 1942 y que ha defendido entre nosotros Jordano Fraga. Lo que a mi juicio no termina de encajar es el papel de la culpa: ¿por qué la imposibilidad no culposa libera al deudor (extingue la obligación y excluye su incumplimiento) pese a que puede «cumplirse por equivalente» (aunque no en forma específica), exactamente lo mismo que cuando la imposibilidad es culposa?

contratar, sólo referible al ámbito estrictamente contractual (al margen del cual se sitúa la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales). Una u otra circunstancia se cumplen en el Derecho del incumplimiento del Código Civil alemán (66).

La tercera concepción-tipo coincide con la primera, frente a la segunda, en que es el contrato la fuente de la responsabilidad contractual, en que ésta es un efecto del contrato. Se diferencia de aquélla, en cambio, en que no concibe la obligación de indemnizar como «contenido de la promesa contractual», sino como *efecto que la ley liga al contrato, no contra la voluntad de las partes, pero sí sin ella*: cuando el deudor incumplidor ha de responder, no es así porque haya prometido responder si no cumple —lo que prometió fue dar, hacer o no hacer algo, y mientras sea posible, el acreedor puede pretenderlo sin otros límites que los generales al ejercicio de los derechos subjetivos, y el deudor tiene derecho a no prestar algo distinto—, sino que ha de responder porque, en defecto de pacto, el legislador ha estimado que las circunstancias del incumplimiento hacen razonable —en términos de justicia o de eficiencia— que sea imputado al deudor. Desde esta concepción, la responsabilidad contractual no podrá ser absoluta: requerirá que el incumplimiento sea imputable al deudor. Pero tampoco tendrá que ser, frente a la segunda concepción, «naturalmente subjetiva»: los criterios ordinarios de imputación no tienen por qué reducirse al dolo y la culpa-negligencia. Un alto nivel de «objetivación» de la responsabilidad contractual es, pues, plenamente congruente con esta última concepción. Que, en fin, coincidirá con la primera —es el contrato la fuente de la obligación de indemnizar— en cuanto al criterio básico de imputación objetiva del daño al incumplimiento: la previsibilidad del daño al tiempo de contratar (67). La regulación de la responsabilidad contractual en el Código Civil francés y sus imitadores refleja, a mi juicio, esta tercera concepción.

Esto mismo puede afirmarse de lo que hoy cabe considerar «Derecho común» de la responsabilidad contractual: artículos 74 y 79 CNUV; 7.1.7, 7.4.1 y 7.4.4 PCCI; y 3.108, 4.501(1) y 4.503 PDCE. Y

(66) Aunque no es ésta la única lectura que los juristas alemanes han hecho de su disciplina legal, ni siquiera la hoy mayoritaria. El más próximo a ella en los últimos años es E. PICKER, «Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo. Zur Problematik der Haftungen "zwischen" Vertrag und Delikt», AcP 183 (1983), pp. 369 y ss.; «Vertragliche und deliktische Haftung», JZ 1987, pp. 1041 y ss. En las antípodas se halla la visión de H. H. JAKOBS, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, Bonn 1969, encuadrable en la primera de nuestras concepciones-tipo. Los representantes más puros de esta segunda se hallan en la dogmática alemana e italiana de finales del XIX y principios del XX; pero siguen encontrándose también modernamente en la doctrina italiana: *cfr.* BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, 2.^a ed., Bolonia-Roma 1979, en «Commentario del codice civile Scialoja-Branca».

(67) Si bien esta concepción reclama, para juzgar de la previsibilidad del daño, un parámetro objetivo-típico (buen padre de familia), mientras la primera lo reclama subjetivo (concreto contratante). El paso de este a aquel parámetro puede no representar, sin embargo, el paso de una concepción a otra, sino simplemente, dentro de la primera, el paso de una interpretación puramente subjetiva a una *construction of the contract*.

del Código Civil español, si se acepta la reinterpretación que he propuesto recientemente de su artículo 1.105 a la luz del artículo 79 CNUV (68). En cualquier caso, las bases de una reforma legislativa en materia de responsabilidad contractual tendrían que ser, a mi juicio, las siguientes:

b) Suprimir aquellas referencias a la *culpa* que, como la del artículo 1.182 CC, puedan crear la impresión de que sólo responde contractualmente el deudor (doloso o negligente) (69). Y sustituir la redacción del artículo 1.105 CC por la del apartado 1 del artículo 79 CNUV (o del art. 7.1.7 PCCI, o del art. 3.108 PDCE), al efecto de dejar perfectamente claro que también son criterios *ordinarios* de imputación de responsabilidad los que podríamos llamar criterios de la «*esfera de control del deudor*» —del que son concreción, por ejemplo, los arts. 76 y 77 Libro 6 NBW (70)— y del «riesgo (externo a aquella esfera) *implícitamente asumido al contratar*».

c) Considero que no hay razón suficiente para conservar la regla de que el *deudor moroso* también responde de la pérdida o destrucción de la cosa debida ocurrida durante la mora cuando (el suceso directamente generador de la pérdida o destrucción es un «caso fortuito», es decir, no puede ser subjetivamente imputado al deudor mediante ninguno de los criterios del apartado anterior y) la pérdida o destrucción no es objetivamente imputable a la mora —no es «consecuencia necesaria» de la misma en el sentido del art. 1.107 CC—; por más que la mora haya sido condición *sine qua non* de la pérdida o destrucción, ya que ésta no se hubiera producido del mismo modo en los mismos lugar y tiempo (por el mismo caso fortuito) de haber cumplido el deudor tempestivamente. Creo, por tanto, que el último párrafo del artículo 1.096 y el inciso final del artículo 1.182 CC no merecen ser conservados (71). Y que es un claro acierto del Derecho uniforme sobre com-

(68) En ADC 1991, pp. 1059-1072.

(69) Por más que no exista, por ejemplo, mayor razón para afirmar que la «culpa» del artículo 1.182 CC —que sin duda incluye el dolo— es la misma que la del artículo 1.104, que para afirmar que es «lo contrario del caso fortuito» descrito por el artículo 1.105 (v. art. 1.183) y que hay una zona de supuestos intermedios, si se me permite decirlo así, entre los artículos 1.102-1.104 y el artículo 1.105 CC.

(70) Más «subjetivista» es el Informe Final de la Comisión alemana: §§ 276 a 279 BGB-KE; *Abschlussbericht...*, cit., pp. 121 y ss.

(71) Cuando la prestación deviene imposible en situación de mora del deudor, caben las siguientes hipótesis:

a) El suceso inmediatamente causante de la imposibilidad puede ser subjetivamente imputado al deudor. Este responderá del daño derivado de la imposibilidad según las reglas generales: igual que si no hubiese estado en mora.

b) El suceso inmediatamente causante de la imposibilidad es un caso fortuito, pero puede imputarse objetivamente a (es consecuencia necesaria de) la no prestación tempestiva del deudor. Este responderá del daño resultante de la imposibilidad, como de cualquier otro daño objetivamente imputable a la mora, según las reglas generales: los artículos 1.101 (morosidad) y 1.107 CC.

c) El suceso inmediatamente causante de la imposibilidad es un caso fortuito y no objetivamente imputable a la mora. El deudor sólo responderá del daño resultante

praventa internacional y de los Principios de UNIDROIT y del Derecho Contractual Europeo no contener ninguna norma así: que sería superflua (72), o reflejaría ideas punitivas ajenas a la función exclusivamente resarcitoria de la responsabilidad contractual (73).

Razonable me hubiera parecido la norma del artículo 1.096.III CC, si, aprovechando la remisión a ella del artículo 1.452.I CC, se hubiese interpretado exclusivamente como una excepción a la regla *periculum est emptoris*: el deudor-vendedor en mora o que hubiese vendido la cosa varias veces correría con el riesgo, perdería el precio en caso de pérdida o destrucción fortuita de aquélla; pero no respondería del daño que ello causara al acreedor. Una interpretación así, sin embargo, no ha sido defendida entre nosotros. Y de cualquier modo, de aceptarse reglas de traspaso del riesgo como las de los artículos 67 a 69 CNUV, bastaría una norma análoga a la de su artículo 70.

de la imposibilidad si una norma especial así lo dispone; y puede disponerlo de una de estas tres maneras:

ca) El deudor moroso responderá en todo caso.

cb) Responderá, salvo que *el mismo caso fortuito* hubiera afectado del mismo modo al bien objeto de la prestación en el ámbito del acreedor, de haber cumplido el deudor tempestivamente.

cc) Responderá, salvo que el bien objeto de la prestación se hubiese perdido o destruido en poder del acreedor por efecto del mismo caso fortuito *o de otro suceso que no hubiese dado lugar a responsabilidad de un tercero*, de haber cumplido el deudor tempestivamente.

La primera de estas tres opciones —responsabilidad «sin relación de causalidad», si de relación causal cupiera hablar con propiedad respecto de las omisiones— sólo la prevén algunos ordenamientos para la obligación de restitución nacida de delito (*cf.* arts. 1302.IV CC francés, 1221.II CC italiano y, más discutible, 1.185 CC español). La segunda —sólo se responde si la mora es *condicio sine qua non* del fortuito causante de la imposibilidad— es la que en nuestro Código prevén los artículos 1.096. III, 1.182 y, *a maiore ad minus*, 1.896.II. Y la tercera, que conlleva dar relevancia exoneradora a las «causas hipotéticas de daño», es la acogida, por ejemplo, en el último inciso del § 287 BGB; siendo opinión absolutamente dominante que no exonerarán aquellas causas hipotéticas que habrían provocado el daño en el ámbito del acreedor que hubiese recibido puntualmente el bien objeto de la prestación *después* de la efectiva pérdida o destrucción del mismo en el ámbito del deudor (*cf.* PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1058-1059 y nt. 94, y allí otras referencias a las que puede añadirse SOERGEL-WIEDEMANN, § 287, Rz. 4-6).

(72) Si se la interpretara como una simple concreción de las normas generales sobre responsabilidad contractual: así, DÖLLE/STOLL, Art. 79 EKG, Rdnr. 90 y DÖLLE/H. WEITNAUER, Vor Art. 82-89 EKG, Rdnr. 18, que yerran, a mi juicio, sobre el alcance de tales normas generales de la Ley Uniforme.

(73) No ha sido de esta opinión el legislador holandés (v. art. 84 Libro 6 NBW). También la Comisión alemana ha propuesto mantener el § 287 BGB, con un retoque insignificante; pero leyendo sus explicaciones resulta bien claro que ha partido de la premisa de que lo establecido en dicho parágrafo es mera concreción de las reglas generales en materia de responsabilidad contractual (*Abschlussbericht...*, *cit.*, pp. 140-141). Sostiene la misma falsa idea, respecto del artículo 1.221.I CC italiano, BIANCA, *Dell'inadempimento...*, *cit.*, pp. 232 y ss.; *cf.* en cambio P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milán 1967, pp. 189 y ss.

d) No puede conservarse una norma del tenor del párrafo segundo del artículo 1.107 CC, que parece disponer que el *deudor doloso* responde de todos los daños de los que su incumplimiento sea *conditio sine qua non*. Estimo evidente que la extensión de su responsabilidad no puede ser mayor que la de quien, sin relación obligatoria previa con el dañado, realizase dolosamente un hecho dañoso análogo; y que, por ello, no cabe imputar objetivamente al deudor doloso aquellos eventos dañosos que, aunque causalmente conectados con su incumplimiento, deban considerarse realización del «riesgo general de la vida», o consecuencia de una combinación de circunstancias extremadamente atípica, o efecto de la conducta dolosa de un tercero, no significativamente favorecida por la falta de cumplimiento, etc. (74). Lo que cabe discutir es si el criterio de la previsibilidad del daño al tiempo de contratar, que sin duda ha de ser conservado (aunque modificando el tenor del art. 1107.I CC, al objeto de dejar patente que su campo de aplicación se limita a las obligaciones contractuales), debe o no seguir quedando restringido al deudor «de buena fe» o no doloso. Creo que hay buenas razones, y no de puro orden moral, para responder afirmativamente (75).

e) Habida cuenta del alto riesgo de que acabe triunfando la línea doctrinal y jurisprudencial que interpreta el inciso final del artículo 1.103 CC en el sentido de que nuestros Tribunales gozan de una general facultad de moderar equitativamente las cuantías indemnizatorias —de que no rige, por tanto, en nuestro Derecho el principio de «*indemnización plena o integral*» que se reconoce, por ejemplo, en el inciso primero del art. 74 CNUV y en los arts. 7.4.2 PCCI y 4.502 PDCE (pero recientemente en contra, art. 109 Libro 6 NBW)—, creo aconsejable suprimir aquel inciso. Pero dejando claro a la vez que, no sólo la imprevisibilidad al tiempo de contratar del tipo de evento dañoso producido, sino también la de su dimensión cuantitativa, podrá servir para limitar la indemnización conforme al criterio básico de imputación objetiva del daño contractual que contempla hoy el inciso primero del artículo 1.107.I CC (76).

(74) Cfr. PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1036-1037 y 1085-1091.

(75) PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1032-1034. Un muy reciente análisis económico de la regla de *Hadley v. Baxendale* —L. A. BEBCHUK/S. SHAVELL, «Information and the Scope of Liability for Breach of Contract: The Rule of *Hadley v. Baxendale*», 7 *The Journal of Law, Economics & Organization*, 284, 303-304 (1991)— predica la irrelevancia, a los efectos de dicho análisis, de la distinción entre incumplimientos dolosos y no dolosos. Pero adviértase que en el modelo utilizado en dicho trabajo se ignora como variable el momento en que se producen los flujos de información de compradores a vendedores: antes o después de la celebración del contrato. Y ese es precisamente el dato que, siendo norma general la de *Hadley v. Baxendale*, puede justificar como excepción una «*unlimited liability rule*» para los incumplimientos dolosos: que haga útil a efectos indemnizatorios a los compradores la comunicación a los vendedores de los incrementos sobrevenidos del valor que atribuyen a su cumplimiento, desincentivándose de esta forma incumplimientos dolosos sobrevenidamente ineficientes.

(76) Más información sobre estos temas con referencias bibliográficas en PANTALEÓN, ADC 1991, pp. 1037-1043 y 1077-1079.

f) Es obvia la conveniencia de incorporar a nuestro Código Civil normas relativas a la *contribución al incumplimiento o a sus efectos del acreedor dañado* o de algún suceso perteneciente a su esfera de control, así como al *deber (carga) del deudor de mitigar el daño*, análogas a las previstas en los artículos 7.4.7 y 7.4.8 PCCI, y 4.504 PDCE.

g) No cabe, a mi juicio, decir lo mismo de los artículos 7.4.5 y 7.4.6 PCCI ó 4.505 y 4.506 PDCE, que generalizan lo prescrito en los artículos 75 y 76 CNUV sobre *valoración del daño* en los casos de resolución del contrato. La regla basada en la realización de un negocio de cobertura sólo es razonable en cuanto regla probatoria, que no excepciones sustantivamente los principios generales sobre determinación del daño; y puede provocar la confusión de que se está reconociendo al acreedor una facultad general de autotutela de su derecho de crédito. La otra regla se asienta sobre la base, en modo alguno generalizable, de que, tras la resolución del contrato, el dañado tiene en todo caso la carga de cubrirse de inmediato al precio de mercado; y puede generar la equivocada idea de que, en caso de resolución de contrato, el momento correcto de valoración del daño es la fecha de la resolución, y no la fecha de la sentencia en el juicio sobre responsabilidad contractual, o si se quiere, la de la última de las actuaciones de dicho proceso en la que las partes puedan alegar nuevos hechos. Finalmente, en otro orden de cosas, no parece muy razonable que el hecho de que el perjudicado haya conseguido cubrirse a un precio más favorable que el de mercado venga a recaer en beneficio del incumplidor (77).

h) En cuanto a los *pactos limitativos de la responsabilidad contractual*, ninguna otra norma es precisa en el Código Civil que sus artículos 1.102 y 1.255, salvo que quiera incluirse en aquél la disciplina de las condiciones generales de la contratación (como p. ej. en la Sección 3 Libro 6 NBW), que ha de prohibir como mínimo cualquier cláusula de exoneración de responsabilidad y las cláusulas de limitación de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones esenciales.

Respecto de los *pactos de agravación de la responsabilidad*, el problema más interesante es si convendría distinguir y regular separa-

(77) Compárese con los artículos 84 y 85 LUV. Para el Derecho inglés, MCGREGOR, *On Damages*, cit., §§ 339-340, 746 y 839; pero en cambio, HARRIS, en *Benjamin's Sale of Goods*, 3.^a ed., Londres 1987, §§ 1302-1303 y 1347-1348. Para el Derecho alemán, por un lado, SOERGEL-MERTENS, Vor § 249 Rz. 236; pero por otro SOERGEL-WIEDEMANN, Vor § 275 Rz. 50, y § 325, Rz 43, 45 y 46. Para el *Uniform Commercial Code*, por un lado, PETERS, «Remedies for Breach of Contracts Relating to the Sale of Goods Under the Uniform Commercial Code: A Roadmap for Article Two», 73 *Yale L. J.* 260-261 (1963), pero por otro WHITE/SUMMERS, *Uniform Commercial Code*, cit., §§ 6-4 y 7-7.

damente en el Código Civil las «cláusulas de liquidación del daño» y las «cláusulas penales en sentido estricto». Pero su análisis no es propio de esta ocasión (78) (79).

(78) Obligada es al respecto la cita de la impresionante monografía de A. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra 1990, en la que se encontrará exhaustiva información bibliográfica hasta su fecha. Entre nosotros, J.M. RODRÍGUEZ TAPIA, «Sobre la cláusula penal en el Código Civil», ADC 1993, pp. 537-542.

(79) En corrección de pruebas, ha llegado a mis manos la nueva monografía de F. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid 1994. En ella dedica algunas páginas (509-515, nt. 726) a ciertas afirmaciones contenidas en mi trabajo en el *Anuario de Derecho Civil* de 1991. Lo que agradezco muy sinceramente —mi trabajo se titulaba «materiales para un debate»—, y paso a responderle del modo más breve posible, tras reafirmarme en lo escrito en las notas 34, 45 y 47 de este trabajo, con una serie de preguntas:

a) Las primeras, que espero parezcan «graciosas» a Jordano Fraga, comenzarían con ésta: ¿Coincide lo que yo, como el artículo 79.1 CNUV, he llamado «impedimento» al cumplimiento con lo que él llama «imposibilidad sobrevenida» de la prestación? Porque si es así, me alegraría; pero no podría sino repetir que Jordano Fraga deforma el concepto de imposibilidad hasta hacerlo irreconocible. Por hacer referencia a un caso real que, como se comprenderá de inmediato, ha provocado cierto revuelo entre los juristas italianos: si un deudor no cumple tempestivamente por la única razón —con la que contesta a la intimación de su acreedor—, de que le exonera de hacerlo una norma legal formalmente válida, pero que después es declarada inconstitucional, ¿diría Jordano Fraga que ese deudor incumplió por causa de una (temporal) imposibilidad sobrevenida de su prestación?; y nótese que si no lo dijera, tendría que llegar a la conclusión, desde sus premisas, de que el referido deudor sería responsable de los daños causados por la mora. Y si Jordano Fraga se ve forzado a afirmar, para no llegar a un resultado insostenible, que en el famoso «*Eierfal*» de la jurisprudencia del *Reichsgericht* la prestación genérica era objetivamente imposible —lo que, como es natural, nadie afirma en la doctrina alemana— ¿quién es el que ha tenido que poner toda su voluntad en «escamotear» la realidad de las cosas? [me permitiría encomendar la lectura del § 279 BGB-KE y sus motivos, en *Abschlussbericht...*, cit., pp. 126-128; y véase ya, por todos, SOERGEL-WIEDEMANN, § 279, Rz. 1 y ss., 13]. En fin, espero no tener que ofrecer aquí pruebas de que ya me sabía que el ejercicio de todas las pretensiones, también el de la pretensión de cumplimiento (la que yo no confundo con la de responsabilidad contractual), está sujeto al límite institucional de la buena fe; pero ¿hay alguna necesidad de aceptar un planteamiento que obliga a decir que la buena fe puede hacer que lo objetivamente posible (y cumplible por el deudor) sea objetivamente imposible?

b) Dado que, para mi sorpresa, Jordano Fraga se manifiesta totalmente de acuerdo conmigo en que, en la hipótesis del deudor que incumple por atender a su hijo moribundo, «de no tratarse de un servicio personalísimo, el acreedor tendría derecho a exigir de inmediato la ejecución del mismo a costa del deudor que opte por atender a su hijo (art. 1.098.I CC)», con el argumento de que en tal caso no hay imposibilidad sobrevenida ni inexigibilidad conforme a la buena fe de ese cumplimiento que también puede realizar un tercero, espero que no considere «completamente fuera de lugar» la pregunta siguiente: ¿Debería, entonces, ese padre responder del daño que haya sufrido al acreedor por no obtener aquel servicio a tiempo? Desde las premisas de Jordano Fraga la respuesta tendrá que ser indudablemente afirmativa; pero, ¿no parecería indecente que el Derecho dijera a aquel padre, angustiado por acudir junto a su hijo, que debió detenerse a buscar un sustituto que prestase el servicio a tiempo?

c) En definitiva, y en atención a la brevedad, las preguntas que dirigiría al profesor Jordano Fraga se condensan en ésta: ¿qué poderosa razón existe, legal o práctica, para sufrir las penalidades que comporta sostener que el supuesto de hecho de la

pretensión de cumplimiento, el de la resolución por incumplimiento y el de la responsabilidad contractual son idénticos?; o por decirlo de forma menos solemne: ¿qué poderosa razón legal o pragmática hay para que, al menos quienes no hemos gozado de una magnífica estancia en el Colegio de España en Bolonia, debamos ayudar a los juristas italianos a sobrellevar esa cruz que el habilidoso Osti les endilgó? Cruz que evitarán los juristas navarros, sin más que entender que las palabras «en todo otro caso» del inciso final de la Ley 493.I de su Compilación significan «en todo otro caso *de imposibilidad*» (así, ese inciso diría sólo algo equivalente a lo que decía el art. 1.160.II del Proyecto de 1851), y no «en todo otro caso *de incumplimiento*» [De nada, Carlos].

Y sólo un par de cosas más, la primera para hacer frente a mis «reales contradicciones»:

Me parece indiscutible —como a la doctrina hoy dominante entre nosotros (por cierto, me gustaría preguntar a Jordano Fraga a quiénes considera él hoy doctrina dominante)— que el tenor del artículo 1.124 CC no impone en modo alguno la conclusión de que «en todo caso» en que proceda la resolución tendrá que ser posible el cumplimiento (inmediato) de la prestación incumplida, y tendrá que proceder asimismo la indemnización de daños y perjuicios. Es evidente que en los supuestos de imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor procederá la resolución *ex* artículo 1.124, y no cabrá ya la pretensión de cumplimiento. Y es tan claro que no procederá la indemnización de daños cuando la resolución no cause ningún daño al acreedor que resuelve, como lo es que no procederá cuando el incumplimiento resolutorio no sea imputable al deudor.

Tengo la impresión de que al profesor Jordano Fraga le ha molestado que yo hablase de «importación», por su parte, «de las ideas que, procedentes de Osti, ha acogido el Código Civil italiano de 1942». Debo explicar que mi intención fue únicamente situar al lector en la historia de los dogmas y las construcciones jurídicas, y en modo alguno acusar de nada a un jurista tan riguroso. A quien, además, considero amigo; y por ello le envío de todas maneras las disculpas que hagan falta..., invitándole, si me permite una última broma, a que relea las páginas 492-494 de su última monografía.

Las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio

(Sobre el art. 132 del Código de Sucesiones de Cataluña [1])

RAMÓN CASAS VALLÉS
(Titular de Derecho civil. Universidad de Barcelona)

SUMARIO: 1) Introducción. 2) Antecedentes. 3) ¿Una norma necesaria? Otros expedientes. 3.1. La posibilidad de revocar. 3.2. La indignidad del cónyuge. 3.3. La voluntad testamentaria: 3.3.1. Interpretación y voluntad real. 3.3.2. Voluntad viciada y nulidad. 4) ¿Presunción de revocación o voluntad testamentaria hipotética? 5) Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El matrimonio no sólo produce efectos inmediatos entre los cónyuges en los ámbitos personal y patrimonial. También abre expectativas sucesorias. En la intestada, se reconoce al viudo o viuda el usufructo de

(1) «Código de Sucesiones por Causa de Muerte en el Derecho civil de Cataluña», Ley 40/1991, de 30 de diciembre, *DOGC* núm. 1544, de 21/1/1992 (corrección de erratas, *DOGC* núm. 1582 de 13/4/1992) y *BOE* núm. 50 de 27/2/1992. El Código de Sucesiones (en adelante CS) entró en vigor a los tres meses de su publicación en el *DOGC* (DF 4.^a CS). Las citas se harán con referencia al texto publicado en el *BOE*. Para mayor comodidad del lector, se incluye a pie de página el texto de los artículos que resultan más relevantes para el presente trabajo. Para la vigente legislación civil de Cataluña *vid.* J. EGEA/J. FERRER, *Legislació civil catalana (amb notes de concordança i jurisprudència)*, 3.^a ed., Barcelona, 1992 y E. ROCA/C. MIRALLES *Compilaciones y Leyes de los Derechos civiles Forales o Especiales*, Tecnos. Madrid, 1993.

toda la herencia (arts. 323.3 y 331 CS) y, faltando hijos y descendientes, se le llama con preferencia a los demás parientes del difunto (art. 333 CS). A idéntica valoración legal del vínculo responde la cuarta viudal (art. 379 CS). Las cosas no son diferentes en el ámbito de la sucesión voluntaria: las disposiciones en favor del esposo o esposa, sea a título de herencia o de legado, no suelen faltar en ningún testamento otorgado por persona casada. Como es lógico, todo ello obliga a plantearse las consecuencias sucesorias de la nulidad, separación y divorcio.

En el caso de la intestada —y de la cuarta viudal— tales contingencias no plantean especiales problemas. Si se trata de nulidad o divorcio, la inexistencia originaria o sobrevenida del vínculo excluirá por sí sola el supuesto de hecho que sería determinante del llamamiento. Si se trata de separación, el matrimonio sigue existiendo hasta la muerte, pero el resultado será el mismo por expresa previsión de la ley en tal sentido (cfr. arts. 331.3, 334 y 381 CS) (2). La dificultad derivada de la posible existencia de procesos matrimoniales en curso viene resuelta permitiendo a los herederos del difunto continuar su tramitación, bajo ciertas condiciones (arts. 335 y 381 CS) (3).

Ahora bien ¿y en el caso de la sucesión testada? Está claro que, en la inmensa mayoría de las ocasiones, habrá sido el vínculo existente lo que llevó al testador a disponer en favor de su cónyuge. ¿Qué sucede si, al abrirse la sucesión, el matrimonio no existe o está en crisis? Las circunstancias aludidas, por sí solas, no afectan en principio a la disposición, pues esta suele hacerse en favor de persona concreta. ¿Significa ello que el cónyuge heredará o resultará beneficiado a pesar de todo?

(2) Art. 331.3 (usufructo de la herencia en la sucesión intestada): «No tiene derecho a gozar de este usufructo el viudo o la viuda que se encuentre en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 334, y lo pierden si contraen nuevo matrimonio o si pasan a vivir maritalmente de hecho con otra persona». Art. 334 (sucesión del cónyuge): «El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a suceder:// 1.º Si al fallecer el causante, se halla en estado de separación por sentencia firme.// 2.º Si está separado de hecho con ruptura de la unidad familiar, por mutuo consentimiento expresado formalmente o por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio». Art. 381 (cuarta viudal): «El consorte sobreviviente no tendrá derecho a reclamar la cuarta viudal:// 1.º Caso de que, al fallecer el otro cónyuge, estuviera separado, judicialmente o de hecho, por una causa que le fuera exclusivamente imputable.// Si estuviera pendiente una demanda de separación, de divorcio o de nulidad del matrimonio, los herederos del premuerto podrán proseguir la acción planteada a los efectos de la denegación de la cuarta viudal.// 2.º En caso de que sea declarado indigno de suceder al consorte premuerto. [...]».

(3) Art. 335 (sucesión del cónyuge): «Si, al fallecer el causante, hay pendiente una demanda de nulidad matrimonial, divorcio o separación, salvo que haya habido reconciliación entre los cónyuges, los herederos llamados en defecto del cónyuge pueden seguir ejerciendo las acciones planteadas y, si lo hacen, deben esperar al resultado de la sentencia definitiva para mantener o para negar al cónyuge sobreviviente el derecho a suceder».

Semejante resultado —amén de provocar la indignación de los familiares— probablemente no habría sido querido por el testador. ¿Pero cómo puede evitarse? (4).

La Compilación no contemplaba el problema de forma específica. Tampoco lo hace el Código civil, aunque se haya expresado alguna opinión en sentido contrario (5). Lo mismo hay que decir de los otros Derechos civiles españoles. Por contra, el Código de Sucesiones de Cataluña le dedica un artículo —el 132— sobre el que el propio Preámbulo llama la atención y que ha despertado no poco interés (6).

Ciertamente, el problema nada tiene de nuevo, al menos en cuanto a la nulidad y la separación se refiere. Sin embargo, es evidente que se ha creído necesario prestarle una mayor atención. Acaso por considerar que el matrimonio —una vez abandonado el viejo, sólido y sensato principio de la conveniencia— se ha convertido en un vínculo frágil, sobre todo entre quienes pueden asumir con mayor facilidad el alto coste económico de la separación y el divorcio, a menudo los mismos

(4) Antes de pasar más adelante, haré algunas precisiones en cuanto a la terminología. Con carácter general, usaré las palabras *testador* y *testamento*, a sabiendas de que el art. 132 CS se aplica a cualesquiera disposiciones en favor del cónyuge, se contengan en testamento, memoria testamentaria o codicilo, caso éste, además, en el que quizá ni siquiera exista testador (*cfr.* art. 122.1 CS). También hablaré de *cónyuge*, aunque en realidad la persona aludida nunca lo haya sido (nulidad) o haya dejado de serlo (divorcio). Asimismo es obvio que en caso de separación, tras la muerte, ya no hay cónyuge sino viudo. Lo correcto, por tanto, sería hablar de *disponente* y, en cuanto al beneficiario, de *no cónyuge*, *ex cónyuge* y *viudo*. Pero resultaría farragoso e incómodo. El contexto será suficiente para evitar equívocos.

(5) Como observaba R. M.^a ROCA SASTRE, sería forzar las cosas pretender deducir la ineficacia de las disposiciones testamentarias a partir «*de lo dispuesto en materia de divorcio en el art. 73 núm 3.^o, que impone al cónyuge culpable la pérdida de todo lo que le hubiese sido dado o prometido por el cónyuge inocente*» (destacado en el original, *cfr.* L. ENNECCERUS/T. KIPP/M. WOLFF. *Tratado de Derecho civil, t. V, Derecho de sucesiones [por T. KIPP]*, vol. I, trad. de la 8.^a revisión alemana. Estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por R. M.^a ROCA SASTRE, Barcelona, 1951, p. 150; téngase en cuenta —en particular en cuanto al término *divorcio*— que en 1951 estaba aún vigente la redacción originaria del art. 73 CC). Por contra, en la segunda edición española de la obra (traducción de la 11.^a revisión alemana, Barcelona, 1976), al cuidado de L. PUIG y F. BADOSA, este último afirma: «*A pesar de lo dicho en la anotación precedente creemos que se podrían utilizar los arts. 73.3.^o y 1333.3.^o in fine. Ello exigiría entenderlos en el sentido más amplio, considerándolos aplicables a toda atribución lucrativa o dispuesta, no solo por actos inter vivos sino también mortis causa [...]* Si tal punto de vista fuera aceptado la ineficacia de las atribuciones al ex cónyuge de mala fe o al cónyuge declarado culpable, serían efectos de las respectivas sentencias y no de la interpretación de la voluntad del testador» (*op. ed. cit.*, p. 254; en este caso, téngase también presente que los arts. 73 y 1333 CC se aluden con referencia a la redacción dada por las Leyes de 2/5/1975 y 24/4/1958, respectivamente). A mi juicio, *de lege lata*, era más razonable la opinión de ROCA SASTRE, pues la contraria supondría inventar, con dudoso fundamento legal, una causa de indignidad; causa que, por lo demás, no resolvería todos los problemas planteados, al ir referida solo al cónyuge de mala fe o declarado culpable.

(6) *Vid.* Preámbulo CS, apdo. IV, c), párrafo sexto.

cuyo matrimonio supera los mínimos a partir de los cuales surge la preocupación de testar (7).

La solución propuesta se presenta como una «presunción de revocación», contra la que se admite prueba en contra. Importa destacar que su aplicación no está limitada a los testamentos, codicilos y memorias posteriores a la entrada en vigor del CS. También afecta a los otorgados con anterioridad, siempre que la sucesión no estuviese ya abierta (cfr. DT 3.^a.1 *in fine* CS) (8).

El texto del art. 132 CS es como sigue:

«La institución, el legado y demás disposiciones ordenadas a favor del cónyuge del testador se presumirán revocadas en los casos de nulidad, divorcio o separación judicial posteriores al otorgamiento y en los supuestos de separación de hecho con ruptura de la unidad familiar por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio, o por consentimiento mutuo expresado formalmente.

La disposición será eficaz si del contexto del testamento, codicilo o memoria testamentaria se desprende que el testador habría ordenado la disposición de última voluntad c. favor del cónyuge incluso en los casos citados en el apartado anterior.

Será de aplicación a los supuestos previstos en el presente artículo lo dispuesto en el artículo 335.»

(7) Comentando el «concepto romántico del matrimonio» —que pese a su origen decimonónico, sigue hoy vigente— señala H. HATTENHAUER que «tenía el gran inconveniente de la inconstancia y el peligro de más altos índices de divorcio». Y añade: «En la praxis jurídica, la emocionalización del matrimonio suscitó escepticismo. Los padres y los suegros burgueses calculaban con prosaico realismo en qué casos el amor eterno de aquella juventud lírica y sentimental podía terminar en pura tontería. Pero los jóvenes empezaron a prestar oídos sordos a los consejos de los viejos, y se fue viendo cada vez más palpablemente lo inseguro que era el matrimonio basado en los meros sentimientos» (Conceptos fundamentales del Derecho civil, Barcelona, 1987, p. 145). Por fortuna, en el caso de Cataluña, los *padres y suegros de la Patria*, en forma de Parlamento, han salido al paso de las perniciosas consecuencias de la labilidad conyugal en el ámbito de la sucesión testada. En cuanto a la incidencia social de la separación y el divorcio, es del dominio público que la imposibilidad de sostener dos hogares mantiene unidos a muchos matrimonios. En cuanto a quiénes testan no parece aventurado asociar el testamento con un cierto *status* económico (aunque, en nuestra sociedad de clases medias, son muchos quienes lo alcanzan).

(8) La DT 3.^a.1 CS —sobre la que se volverá más adelante, pues aporta información de interés para la comprensión del art. 132 CS—dispone: «Son válidos todos los heredamientos, testamentos, codicilos y memorias testamentarias otorgados de acuerdo con la legislación anterior si cumplen las formas exigidas en ella. En las sucesiones abiertas después de la entrada en vigor del presente Código, pero regidas por actos otorgados anteriormente, se aplicarán las reglas interpretativas de la voluntad del causante establecidas en la legislación derogada. Sin embargo, deberá aplicarse a estos actos lo dispuesto en el art. 132».

El precepto parece de una absoluta razonabilidad. ¿Qué más lógico que dejar sin efecto las disposiciones en favor del cónyuge si el matrimonio es nulo, se ha disuelto o se halla en crisis? Se diría tan sensato, que la primera reacción tras su lectura es de sorpresa y reproche hacia la imprevisión del Código civil y de la Compilación. Sin embargo, a poco que se reflexione, y con independencia de que pueda acabarse coincidiendo con la impresión inicial, el art. 132 CS suscita numerosos interrogantes. En primer lugar, su propia necesidad. En segundo, la naturaleza de la ineficacia en él prevista y, de forma más concreta, su relación con la voluntad testamentaria (¿se mueve el art. 132 CS en el espacio cubierto por ésta o lo hace —y en qué medida— al margen de ella?). Pero antes de abordar esas cuestiones, bueno será fijar los antecedentes del precepto e identificar alguno de sus puntos de referencia en otros ordenamientos.

2. ANTECEDENTES

Aunque el art. 132 CS constituya una novedad, no carece de precedentes en la propia historia jurídica catalana, si bien son de carácter extrapositivo. Teniendo en cuenta cómo se ha procedido en la elaboración del CS, era lógico que se encontraran en el Anteproyecto de Compilación de 1955. Así lo pone de relieve el Preámbulo del CS, con particular referencia a la ineficacia testamentaria (9). El citado Anteproyecto, en el mismo artículo dedicado a los motivos de la institución de heredero, incluía un segundo párrafo destinado a privar de eficacia a la dispuesta en favor del cónyuge en los casos de nulidad o dispensa matrimoniales. El texto del precepto —art. 253— era el siguiente:

«Las instituciones de heredero no quedarán ineficaces por fundarse en motivos o circunstancias falsos o ilícitos, salvo demostración de que el testador no las habría otorgado de

(9) Cfr. apdo. IV, c), párrafo 5.º El título completo del Anteproyecto era «*Compilación del Derecho especial de Cataluña formado con arreglo a lo dispuesto en el art 6.º de la Ley de Bases del Código civil y en el Decreto de 23 de mayo de 1947, por la Comisión de Juristas para el estudio y ordenación de las instituciones del Derecho foral de Cataluña*». Se publicó por la RJC en 1956, en número especial. Sobre él, su significación y vicisitudes, vid. L. PUIG/E. ROCA, *Fundamentos de Derecho civil de Cataluña*, I, 2.ª ed., 1984, pp. 130 y ss. y P. SALVADOR, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), XXVII/1.º, Madrid, 1981, pp. 103 y ss. (luego recogido en *La Compilación y su historia [Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes]*, Barcelona, 1985, pp. 214 y ss.). En cuanto a las diferencias entre el Anteproyecto y la Compilación, puede encontrarse alguna información de utilidad en la obra de F. CONDOMINES/R. FAUS, *Derecho civil especial de Cataluña (ley de 21 de julio de 1960 anotada)*, Barcelona, 1960.

haber sabido dicha falsedad, o que los motivos ilícitos fueron la causa de la institución.

La institución de heredero dispuesta a favor del cónyuge del testador, quedará ineficaz si se declara nulo o dispensado el matrimonio a instancia del propio testador; a menos que resulte comprobado que fue otra su voluntad.»

La norma no coincide, es evidente, con el art. 132 CS. A diferencia de éste, y por razones sistemáticas, se limitaba a la institución de heredero y no contemplaba las hipótesis de separación y divorcio. Por otra parte, evitaba —al menos *expressis verbis*— calificaciones que podrían resultar comprometidas en relación con la naturaleza de la institución. Nótese que solo hablaba de «ineficacia» (sin encajarla en la categoría de la revocación ni en ninguna otra) y, en cuanto a la posible prueba en contra, se limitaba a aludir a la voluntad del testador (sin remitir de forma específica al «contexto del testamento, codicilo o memoria testamentaria»). No obstante, en contra de lo anterior, cabe observar que la ubicación del precepto denotaba una toma de posición favorable a tratar el caso como un supuesto de error en los motivos, reconducible por tanto al régimen de la nulidad (10).

Pese a esas diferencias, es claro que la norma transcrita constituye el precedente de la actual. Es muy probable que se debiese a la pluma de ROCA SASTRE y, en última instancia, al ejemplo del § 2077 del Código civil alemán (11). En cualquier caso, la disposición no pasó al texto de la Compilación de 1960. Seguramente lo impidió su mismo carácter novedoso (12).

Al recuperar Cataluña sus órganos legislativos, la materia sucesoria fue, como es sabido, objeto de diversas iniciativas, que se concreta-

(10) La relación entre la nulidad por error en los motivos y la ineficacia ex. art. 132.1 CS es una de las cuestiones clave y se tratará más adelante. Como se verá, desde el punto de vista sistemático, la norma hoy vigente es el resultado de un recorrido que empieza en la nulidad (Anteproyecto de 1955) y acaba en la revocación (CS) sin que, en rigor, pertenezca a ninguna de las dos.

(11) Como explican F. CONDOMINES/R. FAUS (*Derecho civil especial de Cataluña, cit.*, p. 11), la parte de sucesiones del Anteproyecto de 1955 fue en gran medida obra personal de ROCA SASTRE, a quien se encomendó como «una especie de subponencia». De aquellos mismos años son sus observaciones a propósito del § 2077 del CC alemán, en su versión anterior a 1976 (*vid. supra* nota 5 e *infra* nota 24). Es lógico suponer que el art. 253.2 del Anteproyecto tenga su origen en ellas.

(12) F. CONDOMINES/R. FAUS (*Derecho civil especial de Cataluña, cit.*) no dan razón de la omisión. Posiblemente la explicación pueda hallarse en las actas de la Comisión General de Codificación, autora principal de la severa poda a que se vió sometido el Anteproyecto. En cualquier caso no creo que se aparte mucho de lo apuntado en el texto: no se trataba de innovar sino de compilar el Derecho anterior.

ron tanto en reformas de la Compilación como en leyes al margen de ella (13). No obstante, los objetivos eran más ambiciosos pues, en una segunda fase, se aspiraba a una reforma global del Derecho de sucesiones. Para llevarla a cabo se consideraron varias posibilidades. Entre ellas, insistir en el recurso a leyes independientes, acaso con la vista puesta en un futuro Código civil de Cataluña. Respondiendo a este enfoque, se elaboró un Anteproyecto de Ley de Sucesión Testada (primera parte), que incluía, como art. 38, el antecedente inmediato del vigente art. 132 CS. En él ya se contemplaban las hipótesis de separación y divorcio (14):

«La institución hereditaria ordenada a favor del cónyuge del testador será ineficaz si el matrimonio ha sido declarado nulo o se hubiese interpuesto demanda de divorcio por cualquiera de los cónyuges, haya recaído o no sentencia, y en el caso de separación personal cuando el testador muera dentro del año siguiente a la interposición de la demanda por cualquiera de los cónyuges.

La institución será eficaz si del contexto del testamento resulta que el testador habría ordenado la disposición de última voluntad a favor del cónyuge incluso en los casos mencionados en el apartado anterior.»

En lo sustancial se mantenía la sistemática del Anteproyecto de 1955 pues, si bien la ineficacia de la institución en favor del cónyuge se hacía objeto de un artículo independiente, éste se situaba justo a continuación del dedicado a los motivos de la institución de heredero. El texto fue sometido al dictamen de la Comisión Jurídica Asesora (15). Esta sugirió ampliar el ámbito de aplicación del art. 38, para extenderlo a los legados. Asimismo propuso acomodar la relación de casos o situaciones determinantes de la ineficacia a lo ya previsto para la su-

(13) Entre las primeras —reformas de la Compilación— se cuentan las leyes 13/84, de 20 de marzo (conversión de la Compilación en ley catalana y adecuación a la Constitución), 11/87, de 25 de mayo (reservas legales) y 8/90, de 9 de abril (legítimas). Al segundo grupo —leyes independientes— pertenece la 9/87, de 25 de mayo (sucesión intestada). Para los textos correspondientes pueden verse la primera y segunda ediciones (Barcelona, 1988 y 1990) de la *Legislació civil catalana*, cit. de J. EGEA/J. FERRER.

(14) Trad. del autor. Fuente: ejemplar fotocopiado, «Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques», sin fecha. En algunos de los informes y trabajos que he podido manejar, se alude a borradores y textos anteriores cuyo texto, sin embargo, desconozco.

(15) «Dictamen 42/90 sobre l'avantprojecte de llei de disposicions generals sobre successió hereditària i sobre l'avantprojecte de llei de successió testada (primera part)». Puede consultarse en el volumen núm. 4 de *Documentació parlamentaria* (septiembre 1991), elaborado por el Parlamento de Cataluña para la tramitación del Proyecto de Código de Sucesiones por Causa de Muerte (pp. 465 a 467).

cesión intestada, a fin de evitar discrepancias entre una y otra (16). Al margen de estas observaciones —que serían acogidas— la norma suscitó dudas acerca de su necesidad y también sobre la naturaleza de la ineficacia en ella contemplada. A este respecto, las consideraciones de la Comisión Jurídica Asesora, aunque breves, resultan muy ilustrativas (17).

Al final, como es notorio, se acabó prescindiendo del sistema de leyes parciales en favor de un Código comprensivo de toda la normativa sobre sucesiones. En los primeros borradores, el art. 38 del Anteproyecto de Ley de Sucesión Testada se mantuvo —como art. 55— sin modificación alguna y con el mismo planteamiento sistemático (18). Más tarde se incorporarían las sugerencias hechas en el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora. Ello trajo consigo un desplazamiento del precepto, que pasó del capítulo de la institución de heredero al general sobre ineficacia de los testamentos, codicilos y memorias testamentarias, quedando situado, dentro de él, entre las normas relativas a la revocación (19). El resultado fue un precepto —el art. 135 del Proyecto de Ley de CS— que coincide, casi a la letra, con el vigente

(16) Como señalaba el Dictamen, las mismas razones en favor de la ineficacia de la institución de heredero podían aplicarse a los legados. En cuanto a la segunda cuestión, la Comisión entendió —con razón— que las diferencias entre el art. 38 del Anteproyecto y el art. 14 de la Ley de Sucesión Intestada (actual art. 334 CS) eran demasiado acentuadas, no bastando para justificarlas el hecho de que, en la testada, quepa la revocación (*Documentació parlamentària, cit.*, p. 466).

(17) Helas aquí: «*El segundo párrafo del artículo 38 dice que, a pesar de todo, la institución (y lo mismo debería decirse del legado) será eficaz si así se deduce del contexto del testamento. Todo ello hace pensar en la naturaleza de esta ineficacia especial «ex lege» que establece este artículo 38, situado en el capítulo que trata de la institución de heredero (suponemos que esa es la razón por la cual no se refiere a los legados en favor del cónyuge) y que establece una revocación de la institución de heredero a favor del cónyuge diferente de las causas de indignidad entre los cónyuges de que habla el artículo 14 en relación con el art. 13 y los arts. 15 y 16 del primer anteproyecto [de disposiciones generales sobre sucesión hereditaria]. ¿Qué relación hay entre todos estos artículos? ¿Era necesario, o al menos conveniente, establecer causas de revocación «ex lege» de estas instituciones, teniendo en cuenta que el testador puede revocar en todo momento el testamento que las contiene?»* (*Documentació parlamentaria, cit.*, pp. 466-467, trad. del autor). Como puede verse, en la argumentación se recurría, de manera simultánea y sin precisar, a las nociones de ineficacia *ex lege*, revocación e indignidad.

(18) Al igual que en aquél, el art. 55 del Borrador se situaba inmediatamente después del precepto sobre los motivos de la institución (*cf.* actual art. 146 CS). Fuente: ejemplar fotocopiado, sin título ni fecha. Cabe observar que uno de los juristas cuya opinión fue recabada, opinaba que la norma traducía en términos actuales la probable voluntad del testador (A. ISAC, «*Modificacions mes significatives que proposa introduir en el Dret civil Català el Pre-Avantprojecte de Llei regulador de la successió testamentària*», ejemplar fotocopiado, nov. de 1990).

(19) Téngase en cuenta que en este capítulo, pese a su rúbrica, no sólo se regula la ineficacia del acto en sí sino también —aunque de manera no exhaustiva— la de las concretas disposiciones que forman su contenido. En cuanto a la decisión de calificar el caso como revocación, quizá guarde relación con el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora (*vid. supra* nota 17).

art. 132 CS (20). Durante la tramitación parlamentaria tan solo se presentó una enmienda parcial, que no prosperó (21). Lo único que cambió fue la numeración del artículo y, mínimamente, la redacción (22). Por lo visto, o hubo pleno acuerdo en cuanto a su necesidad o su lógica de fondo hizo que no se le prestase mayor atención.

Hasta aquí los precedentes propios. Pasemos ahora, brevemente, a apuntar algunos extranjeros. Era inevitable que los hubiera, pues las implicaciones testamentarias del matrimonio y de sus vicisitudes constituyen un problema de alcance general (23). Según ha habido ocasión de advertir, el art. 132 CS tiene seguramente su origen en el § 2077 del CC alemán. Como ya hiciera ROCA SASTRE, es más que probable que los autores del Proyecto de CS —y del Anteproyecto de Ley de Sucesión Testada que le precedió— lo tuvieran muy presente. Su texto es como sigue (24):

«Una disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su cónyuge, es ineficaz si el matrimonio es

(20) El Proyecto puede consultarse en el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya (BOPC)*, núm. 271, de 3 de junio de 1991, así como en el volumen *Documentació Parlamentaria, cit.*, pp. 3 y ss.

(21) La enmienda, de IC (ex-comunistas), pretendía que para la ineficacia bastase la mera separación, con independencia de su causa. Para ello se proponía la supresión de la frase *«por alguna de las causas que permiten la separación judicial o el divorcio»* (párrafo primero). *Cfr. BOPC*, núm. 306, de 28 de octubre de 1991 y, para la discusión, *Diari de Sessions*, P-núm. 114, de 12 de diciembre de 1991, pp. 5841 y s.

(22) En cuanto a ésta, las diferencias se concretan en la adición de artículos y en la sustitución del futuro por el presente. Estas pequeñas variaciones no se reflejan, sin embargo, en la versión castellana.

(23) En cuanto a la primera cuestión (efectos del matrimonio) y a título de mero ejemplo, cabe mencionar las disposiciones que, como el art. 3826 del CC argentino, prevén la inmediata ineficacia del testamento mismo por el simple hecho de contraerlo (*«Todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada, queda revocado desde que contraiga matrimonio»*). Esa es también, la regla general —con algunas excepciones— en el Derecho inglés (*cfr. PARRY & CLARK, The law of succession*, 9th. ed., by J. B. CLARK, London, 1988, p. 59).

(24) El § 2077 —que ya había sido reformado en 1938 (*cfr. KIPP, Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, *cit.*, p. 249 nt 6) —resultó afectado por la *1. Gesetz zur Reform des Ehe und Familienrechts* (1.Ehe RG) de 14 de junio de 1976. Salvo la última parte del número 1 (entre corchetes, trad. del autor), que es la afectada por la 1.Ehe RG de 1976, la norma transcrita se toma de MELON INFANTE (*Código Civil Alemán [BGB], Traducción directa del alemán al castellano acompañada de notas aclaratorias, con indicación de las modificaciones habidas hasta el año 1950, por C. MELON INFANTE, Apéndice al Tratado de Derecho Civil de L. ENNECCERUS, T. KIPP y M. WOLFF*, Barcelona, 1955). Antes de la repetida reforma, el número 1 establecía: *«Una disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su cónyuge, es ineficaz si el matrimonio es nulo o si ha sido disuelto antes de la muerte del causante. A la disolución del matrimonio se equipara la circunstancia de que el causante, al tiempo de su muerte, estuviese facultado para interponer acción de divorcio por culpa del —otro— cónyuge y hubiese interpuesto la acción para el divorcio o para la supresión de la comunidad matrimonial»* (MELON INFANTE, *op. cit.*).

nulo o si ha sido disuelto antes de la muerte del causante. A la disolución del matrimonio se equipara la circunstancia de que [al tiempo de la muerte del causante se hubieran dado los presupuestos para el divorcio del matrimonio y el causante hubiera interpuesto la demanda o hubiera consentido en ella. Lo mismo vale cuando el causante, al tiempo de su muerte, estuviera legitimado para demandar la disolución y hubiera interpuesto la demanda].

Una disposición de última voluntad por la cual el causante ha designado a su prometido es ineficaz, si los esposales han sido disueltos antes de la muerte del causante.

La disposición no es ineficaz si ha de entenderse que el causante la habría adoptado también en semejante caso.»

La norma transcrita ha generado bastante polémica en la doctrina alemana. De hecho, ya la provocó antes de entrar en vigor pues, en principio, estaba previsto configurarla no como un supuesto de ineficacia legal sino de impugnabilidad (25). En la actualidad las opiniones siguen siendo encontradas, en particular con referencia al alcance de los actos y declaraciones de voluntad posteriores al testamento, que es sin duda la cuestión más delicada (26).

Una norma semejante, acaso también inspirada en la alemana, se encuentra en el interesante CC portugués de 1966, cuyo art. 2317 se reproduce seguidamente en la parte que interesa (27):

«(Casos de caducidad). Las disposiciones testamentarias, se trate de institución de heredero o nombramiento de legatario, caducan, entre otros casos:

d) Si el llamado a la sucesión era cónyuge del testador y en la fecha de la muerte de éste se encontraban divorciados o separados judicialmente de personas y bienes o el matrimonio había sido declarado nulo o anulado, por sentencia ya recaída o que viniera a recaer en el juzgado o si viniera a ser dictada, posteriormente a aquella fecha, sentencia de divorcio, separación judicial de personas y bienes, declaración de nulidad o anulación del matrimonio.»

(25) Vid. KIPP, *Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, cit., p. 250. Cabe observar que el § 2077 del CC alemán se sitúa entre una norma sobre las condiciones (§ 2076) y otra sobre el error (§ 2078).

(26) Además de la *op. ed. ult. cit.* de KIPP (pp. 249 y 250), para el estado de la cuestión en Alemania, vid. D. LEIPOLD, § 2077, *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 6, 2. Auf., München, 1989.

(27) Trad. del autor. El artículo fue reformado por *Dec.Lei* núm. 496/77, de 25/11.

No obstante, a diferencia de lo que sucede con el alemán, no parece que el precepto portugués haya sido utilizado por los autores del Proyecto catalán (28).

3. ¿UNA NORMA NECESARIA? OTROS EXPEDIENTES

Es inmediato preguntarse qué sucedía antes de la entrada en vigor del CS. A primera vista, se diría que el art. 132 CS ha venido a llenar un incomprensible vacío legislativo. Sin embargo, la realidad es otra pues no faltaban expedientes a los que recurrir para impedir la eficacia de las disposiciones en favor del cónyuge en los casos de nulidad, separación o divorcio. El más sencillo, la revocación, sólo estaba al alcance del propio testador. Pero, en su defecto, había otros —independientes de la voluntad testamentaria o reconducibles a ella— que sí eran accesibles a los eventuales interesados en la ineficacia, una vez abierta la sucesión.

Tales expedientes siguen existiendo tras el CS y su análisis resulta obligado. En primer lugar, porque sólo a través del mismo lograremos la comprensión cabal de una norma que —cabe suponer— ha venido a cubrir un espacio vacío o al menos —y de forma más probable— a potenciar vías de solución cuyo desarrollo, en su ausencia, podría resultar muy dificultoso (29). En segundo lugar, porque la posible variación de las circunstancias existentes al otorgar el acto, es un problema que desborda al art. 132 CS, para convertirse en uno de los más impor-

(28) Es razonable suponer que, en otros ordenamientos, ha de haber más disposiciones del género de la que nos ocupa. M. GARCÍA AMIGO, por ejemplo, mencionaba la Ley sueca sobre Sucesión Hereditaria de 5/2/1965, señalando que, en sede de interpretación, admite «la posibilidad de dar validez a la voluntad presunta del testador cuando cambien las circunstancias que motivaron la disposición testamentaria por ejemplo, disposiciones a favor de un cónyuge si luego se disuelve el matrimonio, o si se dispone de un bien que luego es vendido por el testador, etc.» («Interpretación del testamento», RDP, 1969, p. 945). En Inglaterra, antes de la *Administration of Justice Act* de 1982, la anulación o disolución del matrimonio no tenía efecto sobre el testamento. En esa fecha se estableció el principio contrario: salvo que del propio testamento resulte una voluntad opuesta, el cónyuge no se beneficiará de las disposiciones en su favor anteriores a la disolución o anulación del matrimonio, manteniéndose aquél en todo lo demás. Recientemente se ha elaborado un borrador de reforma para —respetando el principio expuesto— sustituir el expediente de la caducidad por una presunción o ficción de premoriencia del favorecido, referida a la fecha del divorcio. Cfr. *The Law Commission (Law Com. N.º 217), Family Law: The effect of divorce on wills, september 1993, HMSO. London, 1993*. Sería de mucho interés conocer todas las normas que presentan algún grado de semejanza con nuestro art. 132 CS. No obstante, escapa al objeto de estas páginas llevar a cabo un estudio exhaustivo de Derecho comparado.

(29) Téngase en cuenta que, tratándose de una ley que asume la forma de Código, el argumento económico o *hipótesis del legislador no redundante*, aunque no pueda elevarse a la categoría de axioma, adquiere una particular relevancia (cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, 1980, pp. 371 y ss.).

tantes en materia testamentaria (30). En algunas ocasiones, la ley da soluciones concretas. Así sucede con la superveniencia de hijos, por citar un ejemplo señalado, cuyo paralelismo con los casos contemplados en el art. 132 CS resulta, además, evidente (31). Pero en la mayoría no hay más previsión que las normas generales sobre interpretación y, en su caso, nulidad del testamento.

El art. 132 CS contempla unas determinadas circunstancias sobrevenidas (declaración de nulidad, separación o divorcio). Pero existen otras, más o menos semejantes, que quedan fuera de su ámbito de aplicación. Considérese la disposición en favor de un hijo que luego resulta no serlo (nulidad del reconocimiento o de la adopción, etc.) o la hecha en favor del prometido cuando el matrimonio no llega a celebrarse (cfr. § 2077.2 CC alemán). Problemas análogos —y quizá no infrecuentes— plantearán las uniones extramatrimoniales. Es muy dudoso que en tales casos pueda invocarse por analogía el art. 132 CS. La solución tendrá que venir por otras vías: las mismas a las que, antes de la entrada en vigor del CS, había que recurrir para las disposiciones en favor del cónyuge.

3.1. LA POSIBILIDAD DE REVOCAR

Ante las situaciones que contempla el art. 132 CS y, en general, ante cualquier circunstancia imprevista, el testador tenía —y tiene— una

(30) En ninguna obra sobre el testamento en general y sobre su interpretación en particular, faltan advertencias a este respecto. Las dificultades serán tanto mayores cuanto más dilatado sea el espacio de tiempo entre el otorgamiento y la apertura de la sucesión. Según la gráfica imagen de J. PUIG BRUTAU, «*como un proyector de luz que movido sólo de manera imperceptible provoca en el lugar distante donde se proyecta un rápido desplazamiento de luces y sombras, sucede que a veces una ligera variación en los términos de la declaración o su distinta calificación puede provocar unos resultados completamente diferentes*» («La interpretación del testamento en la jurisprudencia», *AAMN*, XIII, 1962, p. 525).

(31) La superveniencia es también un hecho nuevo, con el que el testador seguramente no contaba. La solución legal se apoya en una serie de valoraciones o conjeturas acerca de la voluntad típica de quienes testan. Tales conjeturas se dirigen, en primera instancia, a salvar el testamento, sin perjuicio del derecho a la legítima. La ineficacia se contempla sólo como última solución (cfr. arts 126.1 y 367 CS). Como veremos, ese planteamiento de fondo, consistente en apoyarse en conjeturas acerca de la voluntad del testador, es también el del art. 132 CS, si bien el régimen de ineficacia en uno y otro caso difiere pues la preterición implica nulidad. No obstante, conviene no olvidar que esta última cuestión —naturaleza de la ineficacia por preterición— resulta discutida en la doctrina, entre otras cosas por el carácter sobrevenido del hecho determinante de la ineficacia. Sobre la polémica vid. L. PUIG/E. ROCA, *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, III/1.^o, Barcelona, 1979, pp. 313 y ss. y allí las oportunas referencias a otros autores. Tras el CS, aunque incluyendo la preterición en la relación de causas de nulidad para respetar el planteamiento de los arts. 125 y 126 CS, los autores citados —más en concreto E. ROCA— insisten en su opinión contraria a esta calificación (*Institucions del Dret civil de Catalunya (Dret de successions)*, II, 4.^a ed., Valencia, 1992).

solución muy simple: revocar las disposiciones que en su día otorgó. Eso es algo que puede hacer en cualquier momento y con la más absoluta libertad, *ad nutum* (32).

Siendo así, en principio resulta extraña una interferencia legal como la que parece llevar a cabo el art. 132 CS. Téngase en cuenta que hablamos de alguien que ya sabe lo que es hacer testamento y que muy probablemente habrá tenido tiempo sobrado para reflexionar y tomar una decisión al respecto. Quien acude a un abogado para consultar su problema matrimonial y luego a un notario para otorgar poderes o llega a suscribir un acuerdo formal de separación, en el que no olvidará resolver las cuestiones patrimoniales ¿acaso no ha podido también revocar o modificar el testamento?... ¿Es lógico que la ley deje sin efecto unas disposiciones que el testador —pudiendo— no ha revocado?

Desde este punto de vista, una norma como el art. 132 CS resultaría comprensible solo en aquellos casos en los que la revocación está excluida, sea por razones jurídicas o de hecho. Así, por ejemplo, cuando las disposiciones en favor del cónyuge se contienen en un testamento mancomunado, en la medida en que este se admita (33). También

(32) La revocación —aunque causal— es también el cauce previsto para las donaciones entre cónyuges (art. 21 Compilación; tras la reforma por Ley 8/93 de 30 de septiembre, *DOG* 11/10, *vid.* art. 19). Asimismo habrá que acudir a él —salvo en caso de nuevo matrimonio— en otro supuesto cuya proyección sucesoria no ha pasado inadvertida a la doctrina y, menos aún, al Fisco [*cf.* art. 3.1.c) de la Ley 29/87, del Impuesto sobre sucesiones y donaciones]: los seguros de vida (*cf.* arts. 85 y 87 Ley 50/80 del Contrato de Seguro). ¿Cabrá replantearse los a la luz del art. 132 CS? Ciertamente, se trata de actos *inter vivos*. No obstante, al menos en el caso de los seguros, quizá sería oportuno hacerlo; como mínimo, interesante.

(33) No es el caso de Cataluña, donde ese tipo de testamento está excluido. En el curso de los trabajos para la elaboración del CS se pensó en reconocerlo. Llegó a figurar en el Anteproyecto de Ley de Sucesión Testada (arts. 21 a 24) y se mantuvo en los primeros borradores del que sería Proyecto de CS (arts. 38 a 41). Pero no pasó al texto definitivo de éste. En el vigente CS no hay una prohibición expresa —al estilo de la que, por ejemplo, se contenía en el Anteproyecto de Compilación de 1955 (art. 468.2)— pero esa es la conclusión que resulta del art. 125.1 CS (tipicidad de las formas testamentarias), del silencio al respecto y, en fin, de los antecedentes aludidos. En cambio, en España, hay otros Derechos que sí admiten el testamento mancomunado. Así sucede en Aragón y por ello el art. 98 de su Compilación (reformado por Ley 3/85 de 25 de mayo), bajo la rúbrica «Efectos de la nulidad, divorcio y separación», dispone: «1. Las sentencias de nulidad de matrimonio, de divorcio y de separación hacen ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones correspondientes [*cf.* art. 97]. // 2. A estos efectos, podrá continuarse el proceso por los herederos de un cónyuge, quedando en suspenso la efectividad de dichas disposiciones y liberalidades». No obstante, la solución aragonesa —ineficacia *ex lege* a partir de la sentencia— no es imprescindible. También cabía haberse limitado a permitir la revocación unilateral, como hace, por ejemplo, el art. 22.2 de la Ley estatal del Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, de 24/12/1981: «Este testamento [mancomunado] sólo podrá ser revocado o modificado en vida de ambos Cónyuges y conjuntamente. Sin embargo, en caso de disolución en vida del matrimonio declarada judicialmente, o de separación efectiva de los cónyuges, será válida la revocación unilateral, que habrá de

cuando no hay posibilidad material de revocar, sea por muerte (el testador fallece al recibir de forma inesperada la demanda de separación...), pérdida sobrevenida de la capacidad natural (circunstancia que podría muy bien ser, además, la razón de la separación o el divorcio) u otra causa cualquiera.

Quizá, yendo un poco más allá de la imposibilidad estricta, también cabría considerar las hipótesis de muerte o incapacidad producidas en ese período gris, que se da en toda crisis matrimonial, en el que aún no se ha tomado una decisión. Se podría objetar que, por lo general, esa fase de incertidumbre no es óbice para la adopción de medidas cautelares (como la rápida retirada de los fondos depositados en cuentas comunes) y que, en definitiva, revocar o modificar el testamento no exige un esfuerzo mucho mayor. Pero, en sentido contrario, cabría observar que la urgencia del caso es muy diferente. La mayoría de las cuestiones que se plantean en las crisis matrimoniales están sujetas a acuerdos que no es bueno posponer. En cambio, ni el testamento atribuye derechos a los designados en él ni su modificación o revocación está sometida a pacto alguno. La decisión es unilateral y puede formalizarse en cualquier momento.

No obstante, abordar la cuestión desde el punto de vista de la imposibilidad —o grave dificultad— de revocar supone plantear mal el problema. La simple lectura del art 132 CS indica que con él no se ha querido dar una solución limitada a situaciones como las antes mencionadas. En él, a diferencia de lo que sucede con otras normas, no se exige que el testador muriese queriendo revocar y sin poder hacerlo (34). Es cierto que se podía haber introducido esa precisión y no es raro que se sugiera darla por sobreentendida (35). Sin embargo, se ha omitido, lo que, a mi juicio, constituye una opción deliberada que aleja el precepto que nos ocupa del restringido ámbito de la imposibilidad de revocar.

notificarse fehacientemente al otro cónyuge». Volviendo al Derecho catalán, esta solución —revocabilidad— es también la prevista para los heredamientos en caso de divorcio (cfr. arts. 71 CS y 10 Compilación; tras la reforma por Ley 8/93 de 30 de septiembre, *vid.* art. 13).

(34) *Vid.* por ejemplo, el art. 653 CC (revocación de donaciones por ingratitud): «No se transmitirá esta acción a los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado». En otras palabras, la acción no se transmite si el donante no quiso ejercitarla, cosa que se presume si, pudiendo, no la ejercitó (cfr. S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* [dir. M. ALBALADEJO], VIII/2.º, 1986, p. 473). Como se verá, en el art. 132 CS la mera inactividad —aunque pueda ser expresiva de una determinada voluntad— resulta por sí sola insuficiente.

(35) En las VII Jornadas de Derecho civil catalán (Tossa de Mar, Gerona, septiembre de 1992), se expresaron, verbalmente, opiniones en tal sentido. Cabe observar que el art. 38.1 del Anteproyecto de Ley de Sucesión Testada, en el caso de separación, solo preveía la ineficacia de la disposición en favor del conyuge cuando el testador falleciese «dentro del año siguiente a la interposición de la demanda». En cambio, si la muerte era posterior, la disposición mantenía su eficacia. Probablemente se pensó que solo una vez transcurrido cierto tiempo —fijado de manera arbitraria en un año— debía otorgarse relevancia a la inactividad del testador, como expresiva de una voluntad contraria a la revocación y favorable a la eficacia de la disposición.

Por ello la ineficacia *ex art 132.1 CS* también se producirá en los casos en que la falta de revocación obedece a simple olvido o inadvertencia. Si responde a una voluntad consciente, la cuestión resultará mas dudosa. Pero parece que los promotores de la norma tenían en mente idéntico tratamiento: aplicación del art. 132.1 CS. Como se dijo durante la tramitación parlamentaria del Proyecto, quien desee que las disposiciones en favor del cónyuge se mantengan que teste de nuevo (36).

Sería por lo tanto un error ver la ineficacia *ex art. 132.1 CS* como un complemento de la posibilidad de revocar. Nada tiene que ver con ella. De hecho, la fórmula a la que se ha recurrido —«*presunción de revocación*»— constituye un desacierto, según habrá ocasión de comprobar. El art. 132.1 CS no pretende suplir la inadvertencia o limitaciones del testador en cuanto a la revocación. Simplemente, como tantas otras normas, tiende a expresar un criterio de normalidad —de carácter dispositivo— referido a la voluntad testamentaria en su día expresada. En términos económicos diríamos que constituye una opción en favor de la solución menos costosa, dada la mentalidad del testador medio o típico: mejor imponer la carga de un nuevo pronunciamiento a los pocos que puedan querer que las disposiciones que hicieron en favor de su cónyuge sean eficaces, que obligar a revocar a los muchos que, de haber considerado el problema, nunca lo habrían querido.

3.2. LA INDIGNIDAD DEL CÓNYUGE

La revocación es el procedimiento mas eficaz y sencillo para dejar sin efecto las disposiciones en favor del cónyuge. Pero, por fortuna para los sucesores, no es el único. A falta de él, hay otros a los que recurrir. Entre ellos, la eventual acción de indignidad. Si se da alguna de sus causas, la ineficacia estará practicamente asegurada. Ahora bien, de ahí no resulta la inutilidad del art. 132 CS pues la ineficacia en él contemplada y la indignidad son instituciones con ámbito de aplicación, régimen y efectos muy diferentes.

En primer lugar, la indignidad obedece a causas tasadas: solo lo son las previstas en el art. 11 CS. Es posible, desde luego, que el cónyuge del testador haya incurrido en alguna de ellas. Pero, en la práctica, será muy excepcional que esto suceda. La mera separación o divorcio —aunque sea por culpa del cónyuge en cuyo favor se ha dispuesto— no implican indignidad. Y menos aún lo hace la nulidad. Nótese

(36) CAMPS ROVIRA («CiU», nacionalista), tras calificar la ineficacia de las disposiciones en favor del cónyuge como presunción *iuris tantum*, concluía: «*No hay nada tan sencillo como otorgar testamento, ratificándolo, para que se rompa esta presunción*» (cfr. *Diari de Sessions*, P-núm. 114, 12 de diciembre de 1991, p. 5842).

que el art. 11-4.º CS, en esos casos, sólo considera indigno al cónyuge que deja de pagar las pensiones a su cargo (37). Por otra parte, es obvio que la indignidad actúa solo contra quien incurre en ella. En cambio,

(37) Aunque poco tiene que ver con el objeto de estas páginas —y es acreedor de un estudio individualizado— debe criticarse este inciso, añadido al art. 11.4 CS en el curso de la tramitación parlamentaria del Proyecto (cfr. art. 1.3 Pr. CS, *Documentación parlamentaria*, cit., p. 9; para la enmienda de adición —de IC— y su discusión, vid. BOPC núm. 306, de 28/10/1991, p. 20954 y *Diari de Sessions*, P-núm. 114, 12/12/1991, pp. 5823 y s.). Por supuesto, las objeciones no van contra la finalidad de la disposición, que responde a un grave problema social, sino contra su instrumentación. Prescindiendo de la incorrección que supone no dedicarle un número independiente, son muchos los problemas que plantea. Me limitaré a apuntar algunos, sin ánimo de exhaustividad.

Evidentemente, el art. 11.4 *in fine* CS es tributario del art. 487 bis CP (LO 3/89, de 21 de junio), que introdujo el delito de impago de pensiones: «*El que dejare de pagar durante tres meses consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, será castigado con pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 ptas.*». Ahora bien, para apreciar la indignidad ¿es preciso que haya delito? o, en otras palabras, ¿establece el art. 11.4 *in fine* CS un ilícito civil independiente? A favor de esta segunda hipótesis juega el hecho de que en otros números (1 a 3) el art. 11 CS es muy taxativo al exigir «*sentencia firme en juicio penal*» (téngase en cuenta además que esta precisión se incluyó en el curso de los debates parlamentarios y a instancia del mismo grupo —IC— que introdujo el actual art. 11.4 *in fine* CS; cfr. art. 11 Pr. CS *Documentació Parlamentària*, loc. cit. y BOPC, loc. ult. cit.). En el impago de pensiones, por contra, se habla simplemente de «*condena en sentencia firme*», lo que en teoría puede aplicarse tanto al ámbito civil como al penal, pese a ser más propio de éste. En el mismo sentido, nótese que el supuesto se sitúa en un número, el 4, cuya primera parte contempla una causa de indignidad que no exige delito. Cabría objetar, en relación con la omisión de la precisión «*juicio penal*», que otro tanto sucede en el art. 11.5 CS que, sin embargo, parece presuponer la existencia de delito. No obstante, esto último también resulta discutible. Como se ve, la cuestión que aquí interesa (¿ha de haber delito por impago de pensiones?) no es clara. A pesar de ello y para dar una solución, los trabajos parlamentarios —y la misma fórmula empleada: condena no «*a pagar*» sino «*por no pagar*»— parecen apuntar a una respuesta afirmativa.

El hecho de que el art. 11.4 CS reproduzca —no por simple remisión— el tipo previsto en el art. 487 bis CP también merece algunas objeciones. Suponiendo —como parece— que la indignidad exija delito, se corre el riesgo de que, en el futuro, a causa de eventuales modificaciones en el Código penal, la norma civil quede total o parcialmente vacía de contenido o, simplemente, desfasada en relación con aquél. Eso es lo que probablemente sucederá en el caso de aprobarse el proyectado nuevo Código Penal (*Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, ed. Ministerio de Justicia, 1992).

Por otra parte, aunque el tipo no cambie, la indignidad por esta causa será muy excepcional. Ciertamente, el delito es independiente de las consecuencias del impago, pues no se exige que implique falta de asistencia o abandono (lo que ha provocado críticas en la doctrina penal, que ha llegado a poner en duda la constitucionalidad del art. 487 bis CP esgrimiendo el argumento de la prisión por deudas; cfr. J. BOIX/E. ORTS/T. S. VIVES, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, pp. 169 y ss.). No obstante, al exigirse *animus* o intencionalidad (cfr. *op. loc. ult. cit.*), la apreciación de tal delito será muy rara. Da la impresión de que la norma penal es una simple declaración de buenas intenciones. Incluso es lícito sospechar que, en el fondo, el legislador nunca ha pretendido realmente que la criminalización del impago de pensiones llegue a tener efectividad. Parece un puro gesto político. En cualquier caso —y pese a las críticas

el art. 132.1 CS lo hace en perjuicio de ambos cónyuges: para su aplicación es indiferente a quién sea imputable la nulidad o crisis matrimo-

doctrinales— la norma se mantiene en el art. 229 del Proyecto de Código Penal, si bien con algunas diferencias tendentes a ampliar el tipo (extensión a las pensiones impuestas en procesos de filiación y adición de un núm. 2 en virtud del cual también se sanciona el impago de «cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior»).

Si, contra lo que parece más probable, se entendiera que el impago de pensiones actúa como causa de indignidad aun sin condena penal, no hay duda de que el art. 11.4 *in fine* CS cobraría mayor virtualidad. Pero entonces se haría acreedor, directamente, de reproches que, en otro caso, habría que dirigir en primer lugar al CP. Nótese que el ilícito descrito en el art. 11.4 *in fine* CS da por supuesto que las prestaciones en favor del cónyuge siempre tendrán carácter mensual, con lo que no se cometería infracción alguna si su periodicidad es diferente (como sucede a veces en el mundo rural: se paga al cosechar) o el incumplimiento afecta a prestaciones no periódicas (por ejemplo, entrega de la vivienda cuyo disfrute se ha adjudicado al otro cónyuge). Nótese, en este sentido, cómo el art. 229.2 del Proyecto de CP extiende el delito al impago de «cualquier otra prestación establecida de forma conjunta o única». Por otra parte, para el caso de que el incumplimiento no sea continuo, resulta desacertado que no se señale un plazo máximo para contabilizar seis mensualidades. En períodos de tiempo que pueden ser muy largos resulta relativamente fácil dejar de pagar en seis ocasiones (¿se considerará la eventual prescripción o se prescindirá de ella?). Téngase en cuenta además que la norma alude a «cualquier tipo de prestación económica». ¿Bastará que un padre o madre obligados a pagar la cuota mensual del gimnasio de uno de los hijos dejen de hacerlo durante tres meses consecutivos o seis alternos para incurrir en indignidad?

Por último y sobre todo, resulta confusa la referencia conjunta al cónyuge y los hijos que hace el art. 11.4 *in fine* CS. En primer lugar, no está claro que consecuencias tiene el impago que afecta a unos en la sucesión de los otros. En segundo, en relación con los hijos y su sucesión, no resulta justificada la limitación a las resoluciones recaídas en procesos matrimoniales. Analicemos ambas cuestiones.

1.a) ¿Dejar de pagar las prestaciones debidas a los hijos implica indignidad respecto del cónyuge progenitor de éstos? ¿Y lo contrario?... La primera pregunta debe, a mi juicio, responderse de manera afirmativa. No obstante, tal motivo de indignidad tendrá un campo de actuación muy limitado. En efecto: en la sucesión intestada el cónyuge —incumplidor o no— ya estará excluido (*cf.* arts. 331.1, 334, 381 y 335 CS, *supra* notas 2 y 3); y lo mismo sucederá en la testada por aplicación del art. 132.1 CS. La indignidad, por tanto, solo serviría para cubrir aquellos casos en los que el testador hubiera favorecido al cónyuge con voluntad de que la disposición se mantuviera a pesar de una futura declaración de nulidad, separación o divorcio.

En cuanto a los efectos, en la sucesión de los hijos, del impago de pensiones al cónyuge, entiendo que también hay indignidad, siempre —claro está— que el cónyuge perjudicado sea progenitor del hijo de cuya sucesión se trate. No parece que esta solución deba cambiar por el hecho de que el hijo causante no conviviera con el cónyuge perjudicado sino con el incumplidor o por la circunstancia de que viviera con independencia de ambos.

2.a) No hay duda de que el impago de prestaciones debidas a los hijos implica indignidad respecto de ellos o, más en concreto, respecto de aquél afectado por el impago (puede tratarse de prestaciones individualizadas y no cabe extender la indignidad al impago de pensiones a hermanos). Ahora bien, ¿por qué se limita ese efecto al caso de que tales prestaciones hayan sido impuestas en procesos de nulidad, separación o divorcio? ¿Y si se trata de una resolución que, al margen de esos procedimientos, condena al pago de alimentos (por ejemplo, sentencia de filiación o en aplicación de los arts. 142 y ss. CC)?... La restricción, que seguramente pasó inadvertida, carece de justificación.

nial (38). En suma: puede haber indignidad sin nulidad, separación o divorcio y, al revés, estas situaciones —que implican ineficacia *ex art.* 132.1 CS— pueden darse sin caer en aquella.

Si del ámbito de aplicación pasamos al régimen, las diferencias no son menores. La indignidad debe ser invocada por quienes en su caso resultarían favorecidos (art. 12 CS), accionando dentro del plazo de cinco años a partir de la apertura de la sucesión (art. 15 CS). De no hacerlo, el llamamiento en favor del indigno surtirá efecto: si ya tiene los bienes, consolidará su adquisición y, si no los tiene, podrá reclamarlos. En cambio, el art. 132.1 CS, al margen de que su aplicación pueda ser —y será— ocasión de pleitos, provoca una ineficacia que es independiente de toda acción judicial. El cónyuge beneficiario de las disposiciones nunca podrá exigir los bienes que constituyen su objeto, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la apertura de la sucesión. Y si ya están en su poder, solo podrá convertirse en propietario de los mismos a través de la usucapión (39).

Ya se ha visto cómo el Proyecto de CP rectifica en parte al incluir las resoluciones dictadas en procesos de filiación (pero no las recaídas por demandas de alimentos al amparo de los arts. 142 y ss.). Ante el silencio del art. 11.4 CS, para conseguir la declaración de indignidad queda el recurso al art. 11.5 CS (abandono de los hijos), pero este precepto abre nuevos interrogantes. Ya se ha dicho que es dudoso si esta última causa presupone delito. Personalmente me inclino por la negativa. Primero porque el art. 11.5 CS omite la precisión de que la sentencia sea penal; segundo porque, en caso contrario, quedarían sin sanción muchas actuaciones mercedoras de ella (por ejemplo, daños al honor o dignidad del hijo apreciados en sentencia civil). En cualquier caso, se exija o no delito, la existencia del art. 11.5 CS añade dificultades a la causa de indignidad prevista en el art. 11.4 *in fine* CS. En efecto, si el art. 11.5 CS presupone delito, la indignidad por impago de pensiones *ex art.* 11.4 CS se revela demasiado limitada (habrá casos de abandono real que no entrarán en ninguno de los dos números: por ejemplo, impago de pensiones establecidas en proceso de filiación sin que se haya llegado a seguir causa penal por ello). Por contra si, como creo, el art. 11.5 CS no exige delito, entonces el art. 11.4 *in fine* CS resulta —respecto de los hijos— prácticamente inútil: bastaría con aquél para sancionar con la indignidad al progenitor que no cumpliera sus deberes de asistencia.

Aun consciente de que el examen realizado en esta desmesurada nota es limitado —y seguramente apresurado— creo que basta para concluir que, una vez haya entrado en vigor el nuevo Código penal, sería oportuno plantear una reforma del CS para resolver las dudas existentes y adecuar la regulación de la indignidad a los diversos delitos incluidos en la Sección que trata «*Del abandono de familia, menores o incapaces*» (arts. 228 y ss. del Proyecto de CP).

(38) El art. 253.2 del Anteproyecto de 1955, por contra, sólo preveía la ineficacia si la nulidad o dispensa eran pedidas por el propio testador.

(39) La admisión de la usucapión de los bienes de forma individual —no la de la herencia en su globalidad, que hay acuerdo en rechazar— ha sido discutida con referencia al *possessor pro herede*, alegando que su posesión no reúne los requisitos de la *ad usucapionem* (LACRUZ, en LACRUZ/SANCHO *Derecho de sucesiones*, I, 1971, p. 314). Pero una cosa es el título que ampara la adquisición y otra el concepto en que se posee: Se adquiere como heredero, pero el concepto posesorio es el de dueño. Visto el art. 342 CS, debe admitirse la usucapión individual de los bienes por parte de cualquier sujeto, incluido el *possessor pro herede*. En este sentido, L. PUIG/E. ROCA (*Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, III/2.^o, 1980, pp. 629 y 630 y III/1.^o, 1979, p. 285) y, con referencia al Código civil, ALBALADEJO (*Curso de Derecho civil*, V, 1982, pp. 202-203).

También cabe observar que, en caso de indignidad, se admiten de manera expresa la reconciliación (bilateral) a través de actos indudables y el perdón (unilateral) en escritura pública (art. 14-2 CS). Por contra, tratándose de nulidad, divorcio o separación, el alcance subsanador de tales actos —en cuanto expresivos de una voluntad posterior, netamente diferenciada de la testamentaria— resulta dudoso, sin que pueda darse una solución global (40).

Por último, en el terreno de los efectos, hay que decir que la indignidad actúa tanto en la sucesión testada como en la intestada. Si el cónyuge favorecido en el testamento, codicilo o memoria es indigno, tampoco podrá suceder abintestato. Se dirá que, en los casos contemplados en el art. 132 CS, llegaremos a la misma solución —ineficacia de la disposición— aplicando los arts. 334 CS y concordantes. Pero pudiera no ser así. El art. 132 CS, a diferencia de la indignidad, no impide el llamamiento abintestato del cónyuge por un título distinto. Supongamos que se trata de un matrimonio entre primos hermanos (parentesco de cuarto grado, art. 340 CS). El art. 132 CS dejaría sin efecto las disposiciones contenidas en el testamento, codicilo o memoria, pero no impediría la sucesión abintestato. Y lo mismo hay que decir en el caso —si se quiere de laboratorio, pero igualmente útil a efectos dogmáticos— de un matrimonio cuya nulidad obedezca a no haberse respetado los límites de parentesco impuestos por el Código civil (así el contraído entre hermanos o con un progenitor).

En resumen, el expediente de la indignidad constituye una solución posible pero muy limitada. En cualquier caso, su utilización como forma de excluir al cónyuge de la sucesión testada presupone algo que acaso no se de: una voluntad testamentaria, carente de vicios, favorable a la eficacia de la disposición. Su existencia es lo primero que habría que comprobar (41).

(40) La cuestión será tratada más adelante.

(41) Prácticamente concluido este trabajo, se ha publicado la cuarta edición de la obra de L. PUIG y E. ROCA, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, cit. En ella, E. ROCA opta por incluir el art. 132 CS dentro del epígrafe general de la indignidad sucesoria, si bien dándole un tratamiento autónomo, bajo el título «*Causas de exclusión de los cónyuges en las sucesiones entre ellos*». Según E. ROCA, la nulidad, el divorcio y la separación judicial o de hecho (con causa o mediante acuerdo formal) son «*causas especiales de exclusión que actúan de forma automática*». Y concluye: «*Dado que excluyen la delación, han de considerarse como causas de indignidad sucesoria; no creemos que puedan considerarse como prohibiciones de disponer, ya que el causante afectado puede perdonarlas*» (*op. cit.*, p. 74, t.d.a.; *vid.* también p. 76, en cuanto al perdón y la reconciliación). Es obvio, por lo expuesto en el texto, que —salvo en lo relativo al automatismo del efecto— no comparto esta autorizada opinión. Sin excluir que, en algún caso, el cónyuge del testador pueda ser —además— indigno, el art. 132 CS no ha creado una nueva causa de indignidad.

3.3 LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA

Tanto la revocación como la indignidad son independientes de la voluntad testamentaria expresada en su día. Respecto de ella aparecen como hechos externos y sobrevenidos: la primera —la revocación— supone una nueva y distinta voluntad, la segunda —la indignidad— resulta de la ley (42). Pero hay otros expedientes en los que la ineficacia de las disposiciones en favor del cónyuge se reconduce, de una u otra forma, a la voluntad testamentaria. Eso es lo que sucede con la interpretación *strictu sensu* y, sin salir del marco de ésta, con la posible nulidad por vicios. Entre una y otra se sitúa la interpretación integradora que es el campo al que pertenece el art. 132 CS, como habrá ocasión de comprobar.

3.3.1. Interpretación y voluntad real

Cuando las disposiciones en favor del cónyuge no se han revocado y tampoco hay indignidad, parece que el art. 132.1 CS ha de ser la única vía para evitar su eficacia. Sin embargo, una vez más, no es así. Ante todo se ha de estar a la voluntad real del testador, pues no hay que descartar que éste —por propia iniciativa, sugerencia familiar o previsión del notario— contemplase en su día el problema, dándole solución anticipada de acuerdo con sus deseos. En tal caso, la suerte de las disposiciones en favor del cónyuge dependerá de la simple averiguación de la voluntad testamentaria.

Un testador consciente del riesgo de anulación, separación o divorcio puede adoptar varias resoluciones. En primer lugar, cabe que quiera que las disposiciones mantengan su eficacia a pesar de todo. Semejante voluntad es infrecuente, pero no imposible. En algunas ocasiones será muy clara (así cuando haya una manifestación expresa en tal sentido). En otras, requerirá un esfuerzo interpretativo

(42) En el caso de la indignidad, no obstante, son precisas algunas aclaraciones. En primer lugar, su condición de causa externa a la voluntad testamentaria no implica situarse fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad. Si la causa de indignidad era anterior y se testó conociéndola, no producirá efecto (art. 14-1 CS). Y si se llegó a saber o se produjo más tarde, siempre caben la reconciliación y el perdón (art. 14-2 CS). Pero una cosa es la voluntad —variable hasta la muerte— de la persona que en su día testó y otra la voluntad testamentaria, fijada en el acto de que se trate. En segundo lugar, como resulta de lo dicho, cabe que la causa de indignidad sea previa y no sobrevenida, de modo que, si se testa ignorándola, desplegará sus efectos. En otro orden de cosas, no está de más observar que esa ignorancia puede dar lugar, además, a un vicio de la voluntad (error en los motivos), con la consiguiente superposición de indignidad y nulidad. En este caso el perdón o reconciliación eliminarían la primera, pero no la segunda. Para esto último sería preciso reiterar la disposición. Sobre indignidad y nulidad *vid.* F. CAPILLA, «Nulidad e impugnabilidad del testamento (algunas consideraciones sobre el régimen de ineficacia del testamento inválido)», *ADC*, 1987, pp. 61 y ss.

mayor o menor (por ejemplo, si al testar ya se conocía la nulidad del matrimonio o el proceso de divorcio estaba en curso). Pero, al margen de su dificultad, se tratará de un puro y simple problema de determinación de una voluntad existente. Si finalmente llegamos a la conclusión de que, en efecto, la intención de favorecer al cónyuge era independiente de su condición de tal y del mantenimiento de la convivencia, las disposiciones en su favor serán eficaces en todo caso. Y no sobre la base de conjeturas sino en aplicación de una voluntad —la real del testador— contra la cual no podrá invocarse el art. 132.1 CS, claramente subordinado o subsidiario en relación con ella (43).

En segundo lugar, como hipótesis más habitual, cabe que el testador no desee que las disposiciones en favor de su cónyuge sobrevivan a una posible nulidad o crisis del matrimonio. A este objeto, puede recurrir a una simple designación formal de *su cónyuge no separado* —sin especificar nombre y apellidos— con intención de favorecer a aquél que lo sea al abrirse la sucesión, se trate de la misma persona o de otra diferente por haberse contraído nuevas nupcias. En tal caso, si al tiempo del fallecimiento no hubiera matrimonio (por no haber llegado a contraerse, nulidad o divorcio) o, habiéndolo, la convivencia se hubiese roto (separación), las disposiciones quedarían sin efecto por inexistencia de beneficiario.

A la posibilidad de disponer en favor *del cónyuge*, cualquiera que este sea, no se opone la exigencia de que el notario haga constar el nombre de la persona favorecida. Además, nada impediría recurrir a esta forma de designación en un testamento hológrafo. En el mismo sentido, basta también pensar en el soltero, sin compromiso, que no descarta casarse en el futuro. Ahora bien, la voluntad de proceder a una designación formal —utilizando la categoría *cónyuge* como un *nomen vacio*— ha de estar muy clara. En otro caso la disposición deberá entenderse referida a quien lo era en el momento de otorgar el acto. No puede admitirse que quien dispuso en favor de *su cónyuge* —pensando en quien entonces lo era— mantenga el testamento para aplicarlo a un cónyuge ulterior. Esta solución —que, sin embargo, es la prevista para los seguros de vida (art. 85 LCS)— sólo cabría en el caso de admitir la tesis de la llamada *voluntad verdaderamente última*, que impli-

(43) En cuanto a la fijación de la voluntad real, téngase en cuenta que el art. 110 CS —única norma general sobre interpretación del testamento— dispone que «*las cláusulas ambiguas u oscuras se interpretarán en sentido favorable a su eficacia*» (párrafo segundo) y, de forma más concreta, que «*en los casos de duda, la interpretación se realizará en sentido favorable al favorecido*» (párrafo tercero). La norma, en el caso que nos ocupa, parece jugar en beneficio del cónyuge. Sin embargo, su aplicación no es mecánica, pues exige *dudas* y no una pura y simple imprevisión. En la práctica, el recurso al art. 110 CS quedará normalmente bloqueado por el art. 132 CS, que —aun referido, como se verá, a una voluntad hipotética— es una norma interpretativa de carácter especial.

ca una concepción del testamento que no goza de aceptación entre nosotros (44).

No obstante, el procedimiento descrito —designación *per relationem*— es muy inusual. Más normal será disponer en favor del cónyuge, identificado por su nombre y apellidos, pero dejando claro que se le favorece en cuanto a tal y, por tanto, solo en la medida en que lo siga siendo y la convivencia se mantenga hasta la muerte del testador (45). En cualquier caso, se utilice el primer procedimiento o el segundo, el resultado final —exclusión de quien era cónyuge en el momento del otorgamiento— nada tendrá que ver con el art. 132.1 CS. La ineficacia —o, en su caso, eficacia a favor de otra persona— se producirá, sencillamente, porque así consta que lo quiso el causante. Para ello es indiferente que la voluntad testamentaria sea expresa o tácita. Una vez hemos llegado a identificar la voluntad real del testador, nada importa que la tarea haya resultado sencilla o complicada o que haya sido necesario recurrir a la prueba extrínseca (46).

Hasta aquí hemos considerado una serie de situaciones que tienen en común el hecho de que el testador, contemplando la posibilidad de una nulidad o crisis de su matrimonio, se ha pronunciado, en el acto testamentario, acerca de la eficacia de las disposiciones. Sin embargo, en muchos casos, quizá la mayoría, no habrá considerado en absoluto tales eventualidades, limitándose a favorecer a su cónyuge sin planteamiento de futuro alguno. Por consiguiente faltará toda voluntad real,

(44) Según la tesis de la voluntad verdaderamente última, en palabras de JORDANO, «*el testamento no constituiría un negocio formal con posición de la voluntad en un solo momento (el del otorgamiento), sino, por el contrario, un negocio con posición en un determinado momento del elemento formal y posible variación del elemento volitivo, con la obligación para el intérprete de fijar el más próximo a la muerte, si es compatible con la declaración solemne*» (J. B. JORDANO, *Interpretación del testamento*, Barcelona, 1958, p. 115). Sobre la teoría y su crítica —con una referencia específica al caso de nuevas nupcias del testador— *vid. op. ult. cit.*, pp. 111 y ss., en part. pp. 116-117 y, del mismo autor, «La voluntad verdaderamente última del testador en la teoría de la interpretación del testamento», *RDEA*, 1960, pp. 229 y ss. y *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (dir. M. ALBALADEJO)*, IX/1.º-A, 1990, pp. 266 y ss., obra ésta que, en gran medida, es reproducción de la primera que JORDANO dedicó a esta materia.

(45) Para algunos una previsión semejante sería reconducible a la categoría de la condición. En este sentido, KIPP señala que «*las atribuciones de un cónyuge a favor del otro [...] es previsible que dependen de la condición de la validez y duración del matrimonio*» (*Derecho de sucesiones*, 1.ª ed., 1951, *cit.*, pp. 146 y 147 y 2.ª ed., 1976, p. 249). Por contra ROCA SASTRE, en la anotación correspondiente, rechazaba la idea de condición tácita en favor de la de «*motivo causalizado*» (1.ª ed., 1951, *cit.*, p. 151). Sobre la cuestión, *vid.* P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952 pp. 168 y ss. (con particular referencia a la cláusula «*si convive conmigo hasta la muerte*», *vid.* p. 169 nt 16).

(46) Sobre la admisibilidad de esta —con los límites y cautelas que impone la naturaleza formal del testamento— hay hoy amplio acuerdo en doctrina y jurisprudencia. *Vid.*, por todos, J. B. JORDANO, *Comentarios... IX/1.º-A*, *cit.*, pp. 252 y ss., y allí las oportunas referencias doctrinales y jurisprudenciales.

propicia o adversa. Sabremos que se dispuso a favor de alguien que, en ese momento, era esposo o esposa del testador. Pero no sabremos cómo se habría dispuesto de haber previsto una eventual nulidad, divorcio o separación. Y esa es precisamente la cuestión.

Cuando se trata de problemas no imaginados ni considerados, ya no podemos seguir hablando de interpretación en sentido estricto. Del espacio de lo querido por el testador pasamos al de *lo que hubiera probablemente querido* de haber conocido lo que luego iba a suceder. Ello nos lleva al terreno de la voluntad hipotética y, por tanto, al ámbito de la interpretación integradora. No obstante, antes de entrar en él, me ocuparé de una cuestión previa, que todavía pertenece a la esfera de la voluntad real: la eventual nulidad de la disposición por vicios en su otorgamiento y, más en concreto, por error en los motivos.

3.3.2 Voluntad viciada y nulidad

La labor interpretativa, como hemos visto, puede llevarnos a concluir que el testador ni tan siquiera se planteó el problema o bien que sí lo hizo y le dió una solución, favorable o contraria a la eficacia de las disposiciones. Pero cabe una posibilidad más, que no hay que desear: que el testador favoreciese a su cónyuge creyendo positivamente que seguirían casados y conviviendo hasta su muerte. Nótese que en este caso no hay imprevisión o laguna sino equivocación: se pensó que las cosas serían de una forma —por eso se decidió en determinado sentido— y luego resultaron ser de otra.

Si la causa o motivo de la institución, legado u otra disposición fue la condición de cónyuge del beneficiario y la presunción consciente de que ésta se mantendría con normalidad hasta la apertura de la sucesión, es posible que nos encontremos ante un supuesto de causa falsa o error en los motivos. De ser así, parece que seguiríamos sin necesitar el recurso al art. 132.1 CS, pues la ineficacia resultaría de la nulidad de la disposición viciada. Esa era la solución que, con carácter general, sugería ROCA SASTRE con referencia al Código civil: acudir a su art. 767.1 (47). De ahí que el Anteproyecto de Compilación de 1955

(47) ROCA SASTRE, tras descartar el posible recurso al art. 73 CC para privar de eficacia a las disposiciones en favor del cónyuge en los casos de nulidad, separación y divorcio (*vid. supra* nota 5), añadía: «La solución en nuestro C.C. a base del criterio que inspira a su art. 767 ap. 1, y la S. de 10 febrero 1942, es más bien la contraria, o sea que la disposición de última voluntad, otorgada por el causante a favor de su cónyuge o prometido en matrimonio, no queda ineficaz aunque el matrimonio se declare nulo, se decrete el divorcio o se rompan los esponsales antes de la muerte de dicho causante, salvo empero cuando haya razón para entender que el motivo determinante de aquélla disposición de última voluntad fue precisamente la consideración de que el favorecido era cónyuge o prometido del finado. La solución hay pues que buscarla en la teoría de la causa, aplicada a las disposiciones testamentarias, las cuales en sus

incluyese la ineficacia por nulidad o dispensa matrimoniales en el mismo precepto que el error en los motivos, adoptando un planteamiento que, según ha habido ocasión de comprobar, continuaría hasta los primeros borradores del vigente CS.

De haberse seguido el punto de vista Roca Sastre, la norma aplicable a las situaciones que nos ocupan sería hoy el art. 126.4 CS, según el cual «*será nula la institución de heredero, el legado y otras disposiciones que se hayan otorgado con error en la persona o en el objeto, engaño, violencia o intimidación grave y en los casos en que resulte que se han otorgado por error en los motivos si del testamento resulta que el testador no lo habría otorgado de haber conocido el error*» (48). Ahora bien, ¿realmente pueden llegar a subsumirse en esta norma las hipótesis de anulación, separación y divorcio sobrevenidos a la disposición en favor del cónyuge?

Una respuesta afirmativa no plantea demasiadas dudas en el caso de la nulidad, pues ésta implica un defecto de origen: el testador, al tiempo de otorgar la disposición cree estar válidamente casado cuando, en realidad, no lo está (49). Por contra, la separación y el divorcio, son hechos futuros. ¿Cabe el error respecto de ellos? ¿Puede viciar la voluntad un error de previsión? La cuestión es muy dudosa, aunque seguramente habría que responderla en sentido positivo (50).

efectos deben ser referidas al momento de la muerte del causante. El C.c español no ha querido adoptar en los casos indicados ninguna norma especial que implicara una desviación al juego de la causa» (KIPP, *Derecho de sucesiones*, 1.^a ed, 1951, cit., pp. 150 y 151 y, también, p. 174. Esta última página falta, por un fallo de composición, en la 2.^a ed. de la obra: comp. pp. 174 y 175 ed. 1951 y p. 277 ed. 1976).

(48) En el mismo sentido, con específica referencia a la institución de heredero e incurriendo en una innecesaria reiteración, se pronuncia el art. 146 CS: «*Las instituciones hereditarias no serán ineficaces por el hecho de fundarse en motivos ilícitos o en motivos o circunstancias erróneas, salvo, en este último caso, que del propio testamento resulte que el testador no las habría otorgado en caso de conocer el error*».

(49) La causa de nulidad ya existe, aunque su declaración judicial sea posterior. No obstante, en teoría, cabría imaginar algún caso en que el error afecte a ésta y no a aquélla. Por ejemplo, el testador sabe que su matrimonio es nulo (por estar ya casado o por parentesco) pero dispone en favor de su cónyuge en la creencia de que tal nulidad nunca será objeto de una resolución judicial.

(50) En este sentido se pronuncia el § 2078.2 del CC alemán, según el cual la impugnación es posible «*siempre que el causante haya sido inducido a la disposición por la errónea creencia o esperanza de la producción o no producción de una circunstancia*» (MELON INFANTE, *op. cit.*). Sobre él, admitiendo el error de futuro, *vid.* KIPP, *Derecho de sucesiones*, 1.^a ed., 1951, cit., p. 158 y 2.^a ed., 1976, cit., p. 259. ROCA SASTRE, en cambio, en la anotación correspondiente, se mostraba muy cauto: «*Unicamente con ciertas precauciones puede darse relevancia jurídica al error en la disposición testamentaria fundado en circunstancias sobrevenidas, esperadas o no por el testador (cfr. 5. 15 diciembre 1920)*» (*op. cit.*, 1.^a ed., 1951, p. 174 y —antes— p. 134, al tratar de la interpretación). En la doctrina española, remitiéndose a J. ANTUNES VARELA (*Ineficacia do testamento e vontade conjectural do testador*, Coimbra, 1950), se pronuncia a favor del posible error del testador sobre circunstancias futuras A. GORDILLO, autor de los trabajos de referencia en la materia (*cfr.* «El error en el testamento», *ADC*, 1983).

La posibilidad de que los problemas que nos interesan —declaración de nulidad o crisis conyugal sobrevenidas— puedan tener encaje en el art. 126.4 CS, obliga, una vez más, a marcar distancias en relación con la ineficacia *ex art.* 132.1 CS. Desde el punto de vista de los respectivos regímenes jurídicos, se diría que no ha de resultar muy difícil hacerlo (51).

Si se trata de nulidad de la disposición por error en los motivos, la ineficacia exigirá impugnación previa por parte de los interesados, dentro del plazo de cuatro años previsto en el art. 128.2 CS y corriendo a su cargo la prueba del vicio (52). De forma semejante a lo ya visto con referencia a la indignidad, cuando la acción no sea ejercitada tempestivamente el cónyuge hará suyos los bienes, si es que están en su poder (53). Si no lo están, la cuestión es menos clara, pues parece que, trascurridos los cuatro años, ya no podrá alegarse la nulidad. Sin embargo, el eventual demandado por el cónyuge siempre podría oponerla como excepción (54). Por contra la ineficacia *ex art.* 132.1 CS se produce al margen de toda acción y de todo plazo, sin perjuicio de la posi-

en part. pp. 797 y ss. y *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), XI/1.º, Madrid, 1987, pp. 342-343). En la doctrina italiana la posibilidad de aplicar la disciplina del error al «*motivo mancato*» —del que las disposiciones en favor del cónyuge cuando luego sobreviene el divorcio serían un ejemplo típico— resulta controvertida (cfr. G. CIAN/A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, 1981, pp. 264-265). Sobre la cuestión, P. RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, cit., pp. 163 y ss. y, antes, D. RUBINO, «La mancanza sopravvenuta del motivo espresso e determinante della disposizione testamentaria», *Riv. Dir. Priv.*, 1938, II, pp. 23 y ss. y F. SATTÀ, «Motivo mancato e motivo erroneo nel testamento», *Giur. It.*, 1949, I, c. 665.

(51) En este punto, el CS parece haber seguido al CC alemán, respecto al cual KIPP observaba: «*Es también un caso de desconocimiento por parte del causante de circunstancias futuras el caso, regulado por el § 2077, de la ulterior disolución del matrimonio o de los esposales. Sin embargo, aquí la ley prevé ineficacia, no impugnabilidad*» (*Derecho de sucesiones*, 2.ª ed, 1976, cit., p. 263).

(52) A los efectos del presente trabajo no interesa la cuestión de la posible distinción, dentro de la nulidad *lato sensu*, entre nulidad e impugnabilidad. De ella, con referencia al testamento en sí y en el marco normativo del CC, se ha ocupado amplia y acertadamente F. CAPILLA, en su artículo «*Nulidad e impugnabilidad del testamento...*», cit.». En relación con el CS el estudio de esa cuestión —muy necesario— está aún pendiente. Por ahora, baste con decir que el art. 128 CS parece distinguir entre nulidad *strictu sensu* e impugnabilidad, sometiendo a este último régimen la invalidez por vicios, con independencia de que éstos afecten al contenido del testamento o a su mismo otorgamiento. En cuanto al alcance del error, el CS lo limita a las concretas disposiciones, sin admitirlo en relación con el acto en sí (compárense los párrafos 3 y 4 del art. 126 CS). También esta cuestión reclama la atención de la doctrina. Sobre ella, con referencia al CC, *vid.* A. GORDILLO, «*El error...*», cit.», pp. 774 y ss. y *Comentarios...* XI/1.º, cit., p. 336.

(53) Prescindo ahora de si ese hacer suyos los bienes implica adquirir *mortis causa* su propiedad o, simplemente, hallarse en una situación inatacable por haber prescrito las acciones utilizables en su contra.

(54) Cfr. CAPILLA, «*Nulidad e impugnabilidad del testamento...*», cit.», pp. 57-59.

bilidad de que el cónyuge en cuyo favor se dispuso pueda consolidar su adquisición por vía de usucapión, cuando se den los requisitos de ésta.

Por otra parte, cuando la disposición es nula por error, nada impide que los legitimados para la impugnación renuncien a la acción (art. 128.2 CS). De este modo, y siempre que lo hiciesen todos, las disposiciones en favor del cónyuge podrían lograr plena eficacia a pesar de la nulidad, separación o divorcio del matrimonio. Se dirá que lo mismo sucede con el art. 132.1 CS si —no pudiendo acudir al párrafo segundo— hay acuerdo unánime a favor de que el cónyuge haga suyos los bienes de que se trate. Pero es dudoso que, en este caso, haya sucesión. Más bien parece producirse una transmisión *inter vivos*, con todo lo que ello supone, sobre todo desde el punto de vista fiscal.

También es preciso tener en cuenta que la nulidad no puede ser subsanada por el testador. Si se incurrió en error al testar, la disposición es y seguirá siendo nula aunque el error se desvanezca y el testador se muestre conforme con ella, salvo —claro está— si esta voluntad asume la forma de una nueva declaración testamentaria (55). En principio se diría que la solución es la misma en relación con la ineficacia *ex art.* 132.1 CS, pues parece que no podrá eludirse recurriendo a manifestaciones sanatorias informales posteriores a la voluntad testamentaria (cfr. art. 132.2 CS). No obstante, las hipótesis —ya aludidas al tratar de la indignidad— de una posible reconciliación de los separados o de nuevas nupcias entre los mismos divorciados hacen surgir la duda. Limitémonos aquí a plantearla. Habrá ocasión de volver sobre ella una vez aclarada la naturaleza del art. 132 CS.

La lógica sugiere que las diferencias de régimen entre la ineficacia derivada de nulidad y la ineficacia *ex art.* 132.1 CS, deben corresponderse con un diverso ámbito de aplicación. La nueva norma no tendría mucho sentido si los supuestos en ella contemplados encajasen siempre en el art. 126.4 CS. Dicho de otra forma, si al disponer en favor del cónyuge se incurrió en error no tendremos un caso de ineficacia *ex art.* 132.1 CS sino un caso de nulidad. Pero ¿cómo definir los campos respectivos?

En principio, parece inmediato que la nulidad exige que haya una voluntad: sin ella no puede haber vicio. Así, para poder recurrir a los arts. 126 CS y concordantes se requeriría que, tras la interpretación, llegásemos a la conclusión de que el testador pensó que seguiría casado y en normal convivencia hasta su muerte. En otras palabras, que efectivamente creyó que nunca se producirían la nulidad, separación o divorcio y, precisamente por ello, dispuso en favor de su cónyuge. Sólo

(55) Sobre la cuestión, nuevamente, CAPILLA, «Nulidad e impugnabilidad del testamento...», *cit.*», pp. 69 y ss.

entonces podremos hablar de error, como algo distinto de la pura y simple imprevisión, aplicando el régimen de la nulidad (56).

No obstante, hay que reconocer que la línea divisoria entre *imprevisión* y *equivocación respecto de hechos futuros* puede ser muy oscura (57). ¿Cuándo nos hallamos ante una *representación positiva falsa* —constitutiva de error propiamente dicho— y cuándo ante una falta de previsión? ¿Cabe impugnación por error si la testadora nombró heredera a su hermana porque temía que, en caso de dejar sus bienes al marido, acabaría beneficiándose la primera esposa de éste —acreedora de alimentos— cuando, antes de la apertura de la sucesión, se llegó a un acuerdo que eliminó tal riesgo? (58). ¿Y si un aristócrata hace un legado a un sobrino que luego —¿quién lo iba a decir!...— contrae matrimonio con una plebeya? (59). Como se ve, las fronteras entre el error *strictu sensu* y la imprevisión se desdibujan al introducirse la no-

(56) Como dice KIPP, al comentar el § 2078 del CC alemán (*vid. supra*, nota 50): «El causante debe haber tenido una determinada creencia o esperanza, fuese de contenido positivo o negativo: de que algo sea o no sea, de que algo sucederá o no ocurrirá. Si el causante no ha tenido una de estas determinadas ideas, si ha dudado o para nada ha tenido en cuenta las circunstancias, la disposición no puede ser impugnada porque se crea que no la hubiera adoptado en el caso de haber conocido la verdad o de haber previsto el futuro» (KIPP, *Derecho de sucesiones*, 1.^a ed., 1951, cit., p. 158).

(57) El propio KIPP, a renglón seguido de la cita transcrita en la nota precedente, habla de «*esperanzas tácitas*» del causante con referencia al problema de una inesperada y excepcional devaluación monetaria: habría error, pues se testó con una *esperanza tácita* en la estabilidad de la moneda (*Derecho de sucesiones*, 1.^a ed., 1951, cit., pp. 158 y s.). Posteriormente, KIPP parece haberse replanteado la cuestión. Así, en la segunda edición española de su obra, empieza afirmando que «“error” significa, en primer lugar, una idea que existe positivamente, pero que es falsa», para añadir de inmediato que, sin embargo, «según el común sentir de la gente, hay que equiparar a éste el caso en que el causante no ha tomado en absoluto en consideración determinadas circunstancias que se han producido más tarde y cuyo conocimiento le hubiera inducido a testar de distinto modo, o sea, que hubieran constituido un “contramotivo”. Como dice Savigny, “error” e “ignorancia” son “jurídicamente equivalentes”» (*Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, cit., p. 260).

(58) El caso, tomado de la jurisprudencia alemana, fue resuelto admitiendo la impugnación de la institución por parte del marido, al entenderse «que la causante había sido decidida por una representación concreta pero errónea de acontecimientos futuros» (KIPP, *Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, cit., p. 262).

(59) El caso también corresponde a la jurisprudencia alemana y se planteó cuando el heredero de un príncipe de Hessen impugnó el legado del castillo de Philippstal, aduciendo que el beneficiario —el sobrino menor del causante— se había casado, después del otorgamiento del testamento con una americana «de estado llano». En el testamento el causante no había hecho manifestación alguna sobre el matrimonio que esperaba contrajeran sus sobrinos. Sin embargo, el Tribunal del Reich admitió la impugnación, «habida cuenta de las opiniones del causante, demostradas a satisfacción». Como explica KIPP, la sentencia «supuso que el causante había abrigado «inconscientemente» la esperanza, para él natural, de que el sobrino se casaría con arreglo a su condición, y esta esperanza fue lo que le indujo a otorgar su disposición» (*Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, cit., p. 262).

ción de «representación inconsciente» y recurrir a la suposición de que el causante se había formado representaciones positivas (60).

En la doctrina española, se ha ocupado del asunto Gordillo, quien se manifiesta de acuerdo con la última opinión de Kipp: «*Al error se equipara la ignorancia. A pesar de que conceptualmente el error, como juicio erróneo positivamente existente, se distingue nítidamente de la ignorancia, simple desconocimiento que se traduce en mera imprevisión, lo cierto es que en la realidad será difícil deslindar ambos supuestos [...] Tiene razón Varela cuando indica que puede considerarse determinada por una causa falsa toda disposición fundada en la convicción de perdurabilidad de una determinada situación que posteriormente resulta interrumpida, no interesando al caso saber si el declarante llegó, o no, a pensar concretamente en el hecho interruptivo de la situación*» (61).

Ahora bien, si admitimos que la imprevisión referida al cambio de circunstancias constituye un caso de error (de futuro), parece inevitable concluir que, cuando se ha dispuesto en favor del cónyuge y luego sobrevienen la declaración de nulidad, separación o divorcio, deben aplicarse los arts. 126.4 CS y concordantes. Así la disposición en favor del cónyuge será nula, siempre que del testamento resulte «*que el testador no lo habría otorgado de haber conocido el error*» (art. 126.4 in fine) (62).

Pero entonces ¿para qué sirve el art. 132 CS? Considerada la cuestión desde el punto de vista del error, quizá habría bastado con presumir su existencia y carácter determinante cuando se dispone en favor del cónyuge y luego sobrevienen la nulidad, separación o divorcio. De esta forma y sin perjuicio de la posible prueba en contra, las disposiciones serían impugnables por los sujetos legitimados, aplicándose, sin

(60) Esta es la razón por la cual, como se ha visto (*supra* nota 57), KIPP acaba sugiriendo volver a la doctrina de la equivalencia entre error e ignorancia propia del Derecho común (*Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, *cit.*, pp. 260-261). Contra esta opinión se manifiesta, sucintamente, BADOSA en la correspondiente anotación: «*No se puede equiparar ignorancia a error. En la ignorancia falta la expresión testamentaria de la circunstancia y, por supuesto, la de su valor determinante. Por ambas razones no entra en el art. 767.1*» (*op. ed. ult. cit.*, p. 278).

(61) GORDILLO, «*El error...*», *cit.*, p. 799 y también pp. 812 y ss.; asimismo, del propio autor, *Comentarios...XI.1.*, *cit.*, pp. 340 y ss. Pero nótese que el autor exige al menos la «*convicción de perdurabilidad*» de la situación.

(62) Cabe observar que el art. 126.4 CS, tomado literalmente, refiere el error al otorgamiento del testamento («*no "lo" habría otorgado...*») cuando, en realidad, el propio art. 126 rechaza la posibilidad de un testamento otorgado por error y limita este vicio al contenido (*vid. supra* nota 52). Obviamente se trata de una expresión defectuosa. El art. 126.4 CS, que establece la nulidad de institución, legado y otras disposiciones, debiera decir «*no "las" habría otorgado...*». Véase cómo el art. 146 CS, correctamente, usa esta expresión referida a «*las instituciones hereditarias*».

más, el régimen ordinario de la nulidad previsto en el art. 128 CS (63). Esa era, en teoría, una de las soluciones posibles: mantenerse en el ámbito de la nulidad por error, facilitando —vía presunción— la prueba del vicio. Sin embargo, el art. 132 CS se ha apartado de este enfoque, estableciendo un régimen de ineficacia diferente, que cubrirá los casos de imprevisión evitando que entre en juego la nulidad. Es muy posible que en esta decisión pesase, de forma determinante, la opinión de que no cabe hablar de voluntad viciada por error en los casos de divorcio y separación, por tratarse de circunstancias sobrevenidas (64).

Como es sabido, antes de anular hay que interpretar (65). Pero para ello no hay que limitarse a la voluntad real. También cabe la llamada interpretación integradora, dirigida al establecimiento de la voluntad testamentaria hipotética (66). Ciertamente, en los casos que nos interesan —nulidad, separación y divorcio— esa voluntad hipotética es, en principio, contraria a la eficacia de las disposiciones en favor del cónyuge, con lo que, en última instancia, se llega a un resultado análogo al que se conseguiría mediante la nulidad por vicios. Pero esa coincidencia no debe hacer perder de vista la realidad: prescindiendo del desenlace final —en este caso, ineficacia de la disposición— la interpretación integradora se dirige a dar virtualidad a la voluntad —conjetural— del causante. Por contra, la nulidad tiene un alcance meramente negativo: impedir que produzca efectos una voluntad irregularmente formada, sin entrar en especulaciones acerca de lo que se habría decidido en ausencia del vicio.

La interpretación integradora es, como se verá, el espacio en que se ubica el art. 132.1 CS. Con él no se trata de evitar la eficacia de una

(63) Paradójicamente, por esta vía las disposiciones en favor del cónyuge podrían llegar a adquirir eficacia con más facilidad (por ejemplo, por prescripción de la acción), a pesar de constar con certeza que ese efecto no fue querido. En cualquier caso, esta consecuencia es la general prevista por el CS en materia de vicios y se aplicará incluso en los casos de intimidación grave y violencia, lo que no deja de ser llamativo.

(64) Sobre el error de futuro y las dudas que suscita *vid. supra* nota 50.

(65) En palabras de FERRER CORREIA, «sólo después de resolver un problema de interpretación puede ser planteada y resuelta la cuestión del error y de sus consecuencias jurídicas» (*Error e interpretação na toria do negócio jurídico*, Coimbra, 1955, *apud*. JORDANO, *Interpretación del testamento*, *cit.*, p. 52 y *Comentarios...*, IX/1.º-A, *cit.*, p. 228).

(66) Así lo señala GORDILLO: «La ley ordena —cuando el supuesto así lo permite (art. 798)— el cumplimiento de la voluntad del testador, si no en sus propios términos, si en otros, los más análogos y conformes a su voluntad. La interpretación de la voluntad hipotética, presunta o conjetural del testador —favor testamenti— opera así como límite a la impugnación del testamento por error» («El error...», *cit.*, p. 812). Sobre la interpretación integradora del testamento *vid.* J. B. JORDANO, *Interpretación del testamento*, *cit.*, pp. 101 y ss. y *Comentarios...*, IX/1.º-A, *cit.*, pp. 261 y ss.; M. GARCÍA AMIGO, «Interpretación del testamento», *cit.*, pp. 947 y ss. y 965 y ss., en part. 967 a 971; J. PUIG BRUTAU, «La interpretación del testamento...», *cit.*, pp. 519 y ss.; G. ALFEREZ, «El testamento y su interpretación», *RCDI*, 1973, pp. 109 y ss. y V. SIMO SANTONJA, «La interpretación de las disposiciones "mortis causa"», *RDP*, 1961, pp. 372, 378 y 383.

voluntad viciada sino de lograr que sí la tenga una —conjetural— no viciada. En definitiva, la solución ideada para los casos de nulidad matrimonial, separación o divorcio posteriores al acto en que se dispuso en favor del cónyuge, no ha pasado por presumir el error (nulidad) sino por presumir una voluntad testamentaria contraria a la eficacia. Se trata, por tanto, de una ineficacia *ex voluntate*, con todo lo que ello significa en cuanto a su régimen jurídico.

4. ¿PRESUNCIÓN DE REVOCACIÓN O VOLUNTAD TESTAMENTARIA HIPOTÉTICA?

Desechado el recurso a la nulidad, el problema de la anulación, separación o divorcio sobrevenidos podía haber sido resuelto mediante una ineficacia *ex lege* y sin excepciones, al estilo del Código portugués. Sin embargo, el art. 132 CS, como el Código alemán y el Anteproyecto de Compilación de 1955, ha preferido dejar una puerta abierta al mantenimiento de las disposiciones en favor del cónyuge. De esta forma, la cuestión ha quedado situada en el ámbito de la voluntad y su alcance. Este es el marco en el que se mueven la «presunción de revocación» (art. 132.1 CS) y la posibilidad de probar «que el testador habría ordenado la disposición de última voluntad en favor del cónyuge incluso en los casos mencionados» (art. 132.2 CS). A ellas se añade, como dato de indudable interés, la DT 3.^a.1 CS en la que se alude al art. 132 CS como una «regla interpretativa de la voluntad del causante» (67). Este es, en esencia, el material normativo del que se ha de extraer la naturaleza de la institución.

¿Realmente se trata de una «presunción de revocación», como nos dice el precepto? (68). La clave para entender la ineficacia prevista en el párrafo primero del art. 132 CS reside, sobre todo, en el segundo: ¿Qué es exactamente lo que hay que probar, y con referencia a que momento, para que se mantenga la eficacia de la disposición a pesar de la nulidad, separación o divorcio? Desde este punto de vista, se diría que existe una contradicción entre los párrafos primero y segundo del artículo. En efecto, la noción de revocación sugiere valorar o tomar en consideración no la voluntad pretérita (expresada y contenida en el acto otorgado en su día) sino una posterior; y, sin embargo, para desvirtuar

(67) *Vid. supra* nota 8, *in fine*.

(68) Quizá, si la ineficacia se asociase sólo a actos del testador (limitándose a los casos en que es él quien pide la nulidad, separación o divorcio) cabría haber recurrido a la noción de revocación «tácita». Sin embargo, para cubrir los casos de inactividad absoluta —es decir, de ausencia de todo comportamiento expresivo— se hacía necesaria una presunción. Sobre variación de la causa de las disposiciones y revocación tácita, *vid. también* P. VOIRIN, «Évolution de la cause des libéralités postérieurement à la donation ou au testament», en *Études de Droit Civil à la Mémoire de Henri Capitant*, Vaduz/París, 1977 (reimp. de la ed. de 1939), pp. 895 y ss.

la pretendida revocación se nos remite al pasado: al testamento, codicilo o memoria o, para ser más exactos, a su «*contexto*» (69).

Configurada la hipótesis como un caso de revocación presunta, la prueba en contra debería ir referida a la voluntad —simultánea o posterior— de mantener la disposición a pesar de la nulidad, separación o divorcio. Ello obligaría a tomar en consideración el impacto que esas situaciones —una vez han tenido lugar— han producido o dejado de producir en el ánimo del testador, dando así cabida a una voluntad revocatoria informal. Por contra, si lo que hay que valorar es lo que el causante quería o pensaba o, mejor, lo que habría querido o pensado cuando otorgó la disposición, entonces lo que no cuadra es que se hable de revocación. ¿Hemos de dar preferencia al primer párrafo (presunción de revocación), corrigiendo el tenor literal del segundo o, por contra, debemos otorgar preferencia a éste, recalificando la naturaleza jurídica de la institución?...

En mi opinión, la opción procedente es la segunda. Así lo confirma la DT 3.^a 1 *in fine* CS cuando, como se ha visto, sitúa al art. 132 CS entre las normas interpretativas de la voluntad testamentaria (70). De ahí que sea correcta la remisión al pasado —al acto en que se otorgó la disposición— e incorrecta la perturbadora referencia a una supuesta voluntad de revocar (71).

En este sentido, dogmáticamente, era preferible la indefinición —terminológica, aunque no sistemática— de los Anteproyectos de Compilación y de Ley de Sucesión Testada. La pregunta no es ¿quiso el causante —después de la nulidad, separación o divorcio— mantener la disposición? (72). Es otra la que hay que hacerse: ¿Habría querido el

(69) La expresión «*contexto*» resulta algo equívoca. De acuerdo con su significado normal, no alude tanto al acto en sí —el testamento— como a su entorno. De ser así, el art. 132.2 CS se apartaría de otros preceptos, como los arts. 126.4 CS (error en los motivos si «*del testamento*» resulta...), 126.5 CS («...*de su contenido*...») ó 146 CS (que «*del mismo testamento*» resulte...). Pero no cabe ignorar que a menudo también se habla de contexto para referirse al *conjunto* del testamento. Así sucede en el art. 132 CS, aunque sería más correcto hablar del contexto *de la disposición* (la disposición es eficaz si *de su contexto en el testamento*...). En cualquier caso, es evidente que el art. 132.2 CS nos remite a una voluntad pretérita.

(70) No obstante, en relación con el art. 132 CS, cabe observar que la DT se aparta de la regla general —contraria a la eficacia retroactiva de las reglas interpretativas— estableciendo su aplicabilidad a los actos otorgados antes de la entrada en vigor del CS, siempre que la sucesión se abra después. Así, al art. 132 CS tan sólo escapan las sucesiones ya abiertas en ese momento.

(71) Considérese el caso de quien ha perdido la capacidad natural (p.e. por demencia). Si luego se producen la declaración de nulidad, la separación o el divorcio ¿cómo presumir que ha revocado, si es incapaz? ¿Y qué sentido tiene admitir prueba en contra? ¿Cómo se demostrará que no quiso revocar?... Como señalaba RUBINO, recurrir a una ficción de revocación cuando se produce una falta sobrevenida del motivo, no pasa de ser una «*solución infeliz*» («*La mancanza sopravvenuta...cit.*, p. 24 y p. 27).

(72) Planteándola así volveríamos a la interpretación según la *voluntad verdaderamente última* (vid. *supra* nota 44).

testador —al otorgar el acto— que su cónyuge heredase o recibiese bienes aunque en el futuro se declarase la nulidad o se produjeran la separación o el divorcio?

La correcta inteligencia del art. 132.2 CS exige poner el acento no tanto en su primera parte (en la que se nos dice de qué debemos valernos: el contexto del acto) como en la segunda (en la que se nos indica qué debemos buscar: lo que el testador *habría* ordenado). Como se ha señalado anteriormente, el hecho de que se nos remita al testamento, codicilo o memoria no debe hacernos pensar que la cuestión se agota en la voluntad real. Para ésta nos bastaría la simple y estricta interpretación. En cambio, el art. 132 CS empieza a actuar allí donde el testador ha callado. De otra forma, su párrafo segundo quedaría reducido a afirmar algo obvio: que las disposiciones en favor del cónyuge son eficaces, a pesar de la nulidad, separación o divorcio, si así resulta que lo quiso el testador.

¿Cómo se habría testado de haber considerado la posibilidad de que el matrimonio fuese declarado nulo o de que sobrevinieran la separación o el divorcio?... El art. 132.1 CS da una respuesta clara, estableciendo, con base en una valoración de corte sociológico, la que podemos considerar *voluntad hipotética típica*: el causante no habría querido que las disposiciones en favor de su cónyuge fueran eficaces en tales casos. Pero, a pesar de ello, no se rechaza una eventual *voluntad hipotética individual* de signo diverso: ¿Habría querido el testador —este testador— que las disposiciones fueran eficaces a pesar de todo? Ese es el interrogante que —siempre referido a una voluntad anterior, histórica— plantea el art. 132.2 CS (73).

Como dice Jordano, se trata de reconstruir «*la presumible voluntad del disponente: aquella voluntad virtual que, con base en la propia voluntad real y línea de pensamiento, hay que suponer se habría formado el disponente si se hubiera producido la hipótesis no pre-*

(73) Puede aplicarse al art. 132 CS la siguiente observación de JORDANO: «No faltan disposiciones legales (cfr. arts. 769, 770, 771, 772, pfo 3.º, 779 y 780 CC) que, para colmar las posibles lagunas de la interpretación testamentaria, procuran también inspirarse, aunque no siempre con gran acierto (es el caso del art. 770 CC), en la voluntad presumible media de todo testador. En tales supuestos, el régimen establecido «*ex lege*» con carácter dispositivo puede ser apartado no sólo por una voluntad real opuesta, aun incompletamente expresada en el testamento, sino también, en algún caso (art. 770 CC), demostrando que otra habría sido la solución adoptada por el testador, siempre que la conclusión se apoye en datos concretos y especiales no compulsados por la estatución general y abstracta de la ley: entonces la presumible voluntad del testador prevalecerá sobre la presumible voluntad testatoria media» (*Interpretación del testamento*, cit., p. 107 y Comentarios..., IX/1.º-A, cit., pp. 265-266).

vista». Es esa «línea volitiva trazada en el testamento» la que hay que establecer (74).

Para llevar a cabo esta tarea ¿hemos de limitarnos al acto? Así cabría pensarlo a la vista del art. 132.2 CS. Sin embargo, una cosa es el momento en relación con el cual debe fijarse la voluntad testamentaria y otra los elementos de juicio de que podemos valernos. Si éstos se agotasen en el testamento, el art. 132.2 CS resultaría prácticamente inútil ya que, con frecuencia aquél será por completo inexpresivo. Por ello es razonable admitir la posibilidad de utilizar datos posteriores (75). Pero no como expresión de una voluntad ulterior de mantener la disposición, sino como elementos para establecer la hipotética voluntad testamentaria individual, siempre pretérita (76). Hay que reconocer que la diferencia práctica entre esta explicación y la de quienes puedan entender que debe darse beligerancia, sin más, a la voluntad posterior en cuanto a tal —al margen de un nuevo acto testamentario— es seguramente limitada. Pero creo que sólo con ella se logra conciliar los diferentes párrafos del art. 132 CS, dando satisfacción a los principios y naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado (77).

(74) JORDANO, *Interpretación del testamento*, cit., p. 103 y *Comentarios... IX/1.^o-A*, cit., p. 262. En términos parecidos se expresa E. BETTI: «Aunque se trate de una disposición con lagunas o redactada en términos ambiguos, el intérprete puede perfectamente persistir y proseguir en la dirección psicológica de la investigación y proponerse el problema de reconstruir en tal dirección la presumible voluntad del disponente, o su presumible modo de ver; es decir, aquella voluntad virtual que —argumentando desde una compleja línea de conducta— es de suponer sería la del disponente, si se hubiese planteado la hipótesis no prevista» (*Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, trad. de la 2.^a ed. ital. [1971] por DE LOS MOZOS, Madrid, 1975, p. 884-385). Vid. asimismo la doctrina citada *supra* en nota 66.

(75) En este sentido, KIPP, *Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, cit., pp. 49 y 250. También, con el correspondiente estado de la cuestión, LEIPOLD, *Münchener Kommentar*; cit., § 2077, Rn 17, p. 800.

(76) Cfr. JORDANO, *Interpretación del testamento*, cit., p. 91 y *Comentario... IX/1.^o-A*, cit., p. 256. Asimismo, LEIPOLD, *Münchener Kommentar*; loc. ult. cit. Parece contrario a esta opinión KIPP quien —dejando constancia de un cambio de criterio respecto de ediciones anteriores— dice: «Se discute, a propósito de esta regla, si lo que importa es sólo la actitud del causante en el momento de la otorgación del testamento [que sería la opinión dominante], o si también hay que tomar en consideración su criterio posterior. Si se adopta el primer punto de vista, la regla apenas sí poseerá importancia práctica. Según la última concepción bastará, por ejemplo, que después de la separación los cónyuges se hayan reconciliado. [...] El § 2077 ap. 1 y 2 toman en cuenta la posibilidad de que ulteriormente se haya producido un importante cambio en las relaciones entre el causante y el designado, atendiendo en ella a la experiencia general de la vida. Contra lo que opina la doctrina dominante, esta disposición no ha de ser considerada como regla de interpretación, sino como norma dispositiva para un caso especial. Según ello hay que considerar lícito que el (anterior) cónyuge designado, etc., demuestre con cualquier medio de prueba posible que el causante a pesar del divorcio, etc., quería dejar en pie la disposición» (*Derecho de sucesiones*, 2.^a ed., 1976, cit., p. 250).

(77) Sobre las diversas concepciones del testamento, J. B. JORDANO, «El testamento», *RDN*, 1962, pp. 59 y ss. Para la opinión expresada en el texto, *vid.* en part. p. 88.

En orden al establecimiento de la hipotética voluntad testamentaria individual, es difícil precisar qué datos admiten una proyección hacia el pasado (interpretación integradora de una voluntad pretérita) y cuáles no (expresión de una nueva voluntad —informal— desconectada de la anterior) (78). Es seguro que quien pretenda la eficacia de la disposición en favor del cónyuge —este mismo o sus herederos— no podrá ampararse en la mera inactividad del testador. El argumento al que de inmediato se recurriría (no sabemos cómo habría testado el causante si hubiese previsto la nulidad, separación o divorcio, pero sí sabemos cómo testó y —sobre todo— que podía revocar y no lo ha hecho) resulta por sí solo insuficiente (79). Para establecer una voluntad hipotética favorable a la eficacia deberán concurrir actos o comportamientos que vayan más allá de la pura y simple inactividad. Quizá una nueva disposición en favor del cónyuge, posterior a la declaración de nulidad o crisis matrimonial (por ejemplo, tras haberle instituido heredero en su día, se le hace un legado en un codicilo o memoria). O acaso el hecho de permitirle —siempre tras la nulidad, separación o divorcio— un disfrute anticipado del bien objeto de la disposición (80).

Sin duda el caso más interesante es el de una eventual reconciliación de los cónyuges. A primera vista, se diría que es un dato favorable a la eficacia de la disposición. Casi definitivo (81). Y así parece con-

(78) Como observa JORDANO con referencia a la interpretación, «los actos o comportamientos del testador sucesivos al otorgamiento del testamento sólo pueden valer como medios interpretativos si no implican una nueva orientación de voluntad» (*Interpretación del testamento, cit.*, p. 92 y *Comentarios... IX/1.º-A, cit.*, p. 256).

(79) En este sentido, D. RUBINO, «La manzanca sopravvenuta...», *cit.*, p. 34.

(80) Cfr. J. B. JORDANO (*Interpretación del testamento, cit.*, p. 93 y *Comentarios... IX/1.º-A, cit.*, p. 257). He de admitir que reconocer la posibilidad de reconstruir la voluntad conjetural del testador recurriendo a actos posteriores al otorgamiento parece implicar una cierta contradicción, de signo opuesto a la que en estas páginas se ha imputado a la presentación de la ineficacia *ex art.* 132 CS como un caso de revocación presunta. En efecto, el CS presume que, tras la anulación, separación o divorcio, el testador ha revocado y, sin embargo, para salvar la disposición, se remite al pasado (con lo que viene a admitir que el problema no es tanto qué pensó el testador después de tales contingencias como qué pensaba —*rectius*, habría pensado— cuando testó). Por contra, centrada la cuestión en la voluntad testamentaria, el problema es el inverso: evitar que una rígida concepción *histórica* del testamento conduzca a resultados contrarios al sentido común. Para resolverlo, nos vemos obligados a admitir la interpretación —incluso integradora— mediante actos posteriores. Así *prolongamos* hacia el futuro una voluntad, la testamentaria, por definición *pretérita*. Pero ese es en definitiva un problema general inevitable, que deriva de la naturaleza del testamento: un acto formal y perfecto desde que se otorga, cuya eficacia se produce, sin embargo, tiempo después, cuando seguramente ya ha habido numerosos cambios en relación con el momento de la perfección. Nada tiene de extraño que, en los ordenamientos que parten de semejante concepción, sea frecuente el recurso a la noción de revocación —tácita— para cubrir ciertas contingencias (cfr. P. VOIRIN, «*Évolution de la cause des libéralies...*», *cit.*, p. 899).

(81) En este sentido observa KIPP: «Si los cónyuges se han vuelto a casar después de su divorcio o han restablecido la comunidad conyugal disuelta, es presumible que la intención del causante sea la de que su disposición de última voluntad quede vigente» (*Derecho de sucesiones, 1.ª ed.*, 1951, *cit.*, p. 147 nt 11).

firmarlo el art. 335 CS —al que se remite el art. 132.3 CS— cuando impide a los herederos continuar con las demandas ya interpuestas si hubo reconciliación entre los cónyuges.

No obstante, la reconciliación, en rigor, es un hecho expresivo de una voluntad actual, separada de la testamentaria. Constituye un dato posterior que, en sí, no es significativo en cuanto a la pregunta subyacente en el art. 132.2 CS (¿cómo se habría dispuesto —entonces— de haber sabido o previsto lo que luego iba a pasar?). En efecto, de admitir la relevancia de la reconciliación para establecer la voluntad hipotética individual del testador, nos encontraríamos con una voluntad testamentaria cambiante. Cada nueva separación y posterior reconciliación de la pareja implicaría una variación de la misma, lo que pugna con su naturaleza de dato histórico, fijado de manera definitiva en el momento de otorgar el acto, sin perjuicio —claro está— de una nueva voluntad formalmente expresada.

¿Significa lo dicho que, a pesar de la reconciliación, el testador deberá disponer de nuevo en favor de su cónyuge para evitar la ineficacia prevista en el art. 132.1 CS? Una conclusión semejante no parece muy conforme con el sentido común. Pero ¿resulta ineludible? Consideremos las diversas hipótesis contempladas en la norma.

En caso de separación sí ha de admitirse que la reconciliación determina la eficacia de la disposición en favor del cónyuge. Ahora bien, no porque permita entender que eso es lo que habría querido el testador sino porque restablece la convivencia conyugal (art. 84 CC), excluyendo así el supuesto de hecho del art. 132.1 CS. La eficacia, por tanto, no resultaría de la aplicación de la excepción (art. 132.2 CS) sino, simplemente, de no darse los presupuestos de la regla.

La hipótesis del divorcio es algo diferente. Por lo pronto hay que distinguir aquellos casos en los que la reconciliación se produce cuando el procedimiento judicial está aún abierto y aquellos otros en los que tiene lugar tras la firmeza de la sentencia. En los primeros, sigue habiendo vínculo y la reconciliación resulta eficaz, con la consiguiente extinción de la acción (art. 88.1 CC). Esta es la razón por la cual el art. 335 CS no permite a los herederos continuar la demanda. Por contra, en los segundos, la reconciliación —es decir, el restablecimiento de la convivencia— carece de efectos en cuanto al vínculo. Se trata de una situación de puro hecho, sin perjuicio de un eventual nuevo matrimonio entre los divorciados (art. 88.2 CC).

La reconciliación antes del divorcio nos llevará a una situación semejante a la descrita para la separación. Así, la disposición en favor del cónyuge será eficaz porque no se dan las condiciones para aplicar el art. 132.1 CS. La reconciliación tras el divorcio resulta en cambio problemática. ¿Indica una voluntad favorable a la eficacia de las disposiciones? Es posible que así sea en la práctica. Sin embargo, esa voluntad —del todo informal— carece de relevancia testamentaria. No nos sirve para excluir la aplicación del art. 132.1 CS (sigue sin haber

vínculo conyugal) ni para poner en juego el art. 132.2 CS (establecimiento de la voluntad hipotética individual). Para excluir la ineficacia *ex art. 132.1 CS* sería preciso un nuevo testamento o bien un nuevo matrimonio de los divorciados (82). Pero quede claro que con este último no se integraría la voluntad testamentaria: la inaplicación del art. 132.1 CS derivaría de la falta de sus presupuestos.

En cuanto a la nulidad, el problema se plantea en otros términos, pues la idea de reconciliación —como la de crisis— le es extraña (83). Lo que sí cabría plantearse es el alcance del mantenimiento de la convivencia en aquellos casos en los que la acción ha sido iniciada —o proseguida— por un tercero o de oficio (cfr. art. 74 CC). Considérese, por ejemplo, la hipótesis de bigamia. Imaginemos que alguien, ya casado, contrae nuevo matrimonio y otorga testamento en favor del segundo cónyuge. Supongamos que, interpuesta demanda de nulidad por el primero, la convivencia con el segundo no se interrumpe, continuando incluso una vez declarada la nulidad. Si la voluntad testamentaria no estuviese viciada (por error) y, además, resultase inexpresiva en cuanto al problema que nos ocupa ¿cabría recurrir al art. 132.2 CS y utilizar la convivencia como un dato significativo para establecer lo que habría decidido el testador en el caso de haber considerado la posibilidad? Seguramente sí.

5. CONCLUSIONES

El art. 132 CS es una norma subordinada a la voluntad real del testador y, por tanto, a la actividad interpretativa en sentido estricto. Cuando la voluntad testamentaria contemple y resuelva de forma anticipada el problema de la nulidad, separación o divorcio sobrevenidos, habrá que estar a ella sin más. A este objeto son indiferentes tanto la naturaleza de la voluntad (expresa o tácita) como la prueba (intrínseca o extrínseca) a la que se haya hecho preciso recurrir.

El art. 132 CS presupone una laguna en la voluntad testamentaria. El testador no consideró la posibilidad de que sobrevinieran la nulidad, separación o divorcio; y no por estar convencido de que no se producirían —error propio— sino porque ni siquiera se lo planteó. Ante ese vacío, el art. 132 CS se dirige a facilitar una tarea —la de la interpretación integradora— que sin él —aun siendo posible— podría resultar

(82) En este sentido LEIPOLD, *Münchener Kommentar*, cit., § 2077, Rn 17.

(83) Le es extraña sólo en términos jurídicos, pues en la práctica no pocas veces la demanda de nulidad se sigue utilizando como expediente para resolver situaciones de crisis conyugal. Era de esperar que la aceptación del divorcio devolviese la nulidad a sus límites naturales y así ha sucedido en buena medida. Pero no de una forma absoluta, seguramente debido a la eficacia civil de las sentencias canónicas y al atractivo que sigue teniendo la boda religiosa.

muy dificultosa, con la inseguridad y litigiosidad consiguientes. Esa es la razón de ser de la norma.

Para ello, en primer lugar, se establece la voluntad testamentaria hipotética típica, es decir, la que cabe presumir en el testador medio. De este modo, la voluntad testamentaria se integra con una previsión legal, de carácter interpretativo, contraria a la eficacia.

Pero, antes de llegar a este resultado (ineficacia), se deja una puerta abierta a una eventual voluntad hipotética individual de signo diverso. Para establecerla, a través de una interpretación integradora, no pueden admitirse conjeturas que no tengan un mínimo fundamento en el testamento. De ahí la remisión a su contexto. Pero ello no impide servirse de elementos externos, incluidos los posteriores al acto en que se otorgaron las disposiciones.

En suma, la secuencia lógica en los casos de nulidad, separación o divorcio sobrevenidos, será: Primero, interpretación estricta para averiguar la voluntad real del testador; segundo, interpretación integradora dirigida a establecer una eventual voluntad hipotética individual (art. 132.2 CS); tercero, recurso a la voluntad hipotética típica, elevada por la ley al rango de norma dispositiva (art. 132.1 CS).

La facultad patrimonial de exposición pública de las creaciones intelectuales en Derecho francés y en Derecho español. Análisis comparativo

CARMEN PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Las Palmas

SUMARIO: Introducción. 1.— El derecho de exposición pública como facultad de carácter patrimonial. Concepto 2.— Obras que pueden ser expuestas públicamente. 3.— Ejercicio del derecho de exposición pública. 4.— El derecho de exposición pública en los supuestos de venta del objeto material en que se plasma una creación intelectual.

I. INTRODUCCIÓN

Desde un punto de vista histórico, podemos decir que el nacimiento de los derechos reconocidos a los autores no se produce sino en una época muy tardía, solamente de forma lenta y paulatina se va formando una conciencia presidida por el principio de que los creadores intelectuales han de gozar en cuanto al ejercicio de sus derechos de las garantías establecidas en las leyes; a pesar de ello, la rapidez con la que avanza el desarrollo tecnológico hace que sea la propiedad intelectual una de las instituciones jurídicas más sujeta a estímulos externos, ya que continuamente surgen nuevas modalidades de difusión de las obras artísticas, con el consiguiente aumento de las posibilidades de defraudación, circunstancia que debe estar siempre presente en el estudio y regulación de esta institución. Ahora bien, si nos remontamos en el tiempo, se observa que una de las primeras formas de hacer llegar a conocimiento del público, en suma, destinatario de la cultura, cierto tipo de obras calificadas como de artes figurativas (pintura, escultura, grabado, etc.), era la de mostrarlas a su vista en una exposición pública. Ciertamente, hoy en día cabe la posibilidad de obtener idéntico resultado mediante la difusión impresa de una reproducción de dichas obras, pero no por ello ha perdido importancia la comunicación directa

a través del ejercicio de una de las facultades que otorga la Ley a los creadores intelectuales, esto es, por medio del derecho de exposición pública.

Con el presente trabajo se pretende el acercamiento a una de las facultades integrantes de la llamada propiedad intelectual, concretamente voy a dedicar estas páginas al estudio del derecho de exposición pública. Como más adelante tendré ocasión de precisar, esta facultad forma parte del haz de prerrogativas de carácter patrimonial que la mayoría de legislaciones confieren al autor por el hecho mismo de dar vida a una creación intelectual. La aparente simplicidad con que en ocasiones es examinada —basta con pasar revista a los manuales y tratados que se ocupan de la materia—, no es óbice que justifique el abandono de su estudio, pues son múltiples los problemas y cuestiones que pueden plantearse en cuanto a su ejercicio y atribución. Así, basta para avalar esta afirmación el referir las dificultades que surgen a la hora de resolver los conflictos que pueden plantearse entre el autor, titular del derecho de propiedad intelectual, y el propietario del objeto material en que se plasma una creación intelectual, en los casos en los que se produce la venta del citado soporte; igualmente es de destacar el hecho de que la fama e importancia de un autor se obtienen generalmente a través del conocimiento que de su obra tenga el público, conocimiento que en ocasiones se alcanza mediante la muestra directa de sus obras; finalmente, hay que hacer referencia a la importancia, desde un punto de vista económico, de esta facultad, en tanto que múltiples transacciones comerciales de obras de arte se llevan a cabo con motivo de exposiciones organizadas al efecto.

Si el análisis del derecho de exposición pública es la finalidad perseguida por este estudio, el ámbito elegido para su realización es el Derecho español y el Derecho francés. Como dice el profesor Raynard (1), la comparación técnica de diferentes reglamentaciones nacionales debe procurar al observador la imagen concreta de las diferencias que oponen los sistemas nacionales de propiedad literaria y artística. El alcanzar dicho objetivo no reviste aparentemente mucha dificultad, toda vez que ambas legislaciones, francesa y española, puede decirse que se encuentran imbuidas de los mismos principios inspiradores, y dentro de lo que se han llamado sistemas de ámbito continental de protección de la propiedad intelectual, para contraponerlos a aquellos otros basados en principios diferentes, conocidos como sistemas de ámbito anglosajón.

No obstante lo anterior, es evidente que no son pocas las diferencias que se observan al comparar los Ordenamientos Jurídicos elegidos. En primer lugar, un dato relevante a tener en cuenta es la fecha cronológica de las leyes reguladoras de la propiedad intelectual en los

(1) RAYNARD, J. «Droit d'auteur et conflits de lois. Essai sur la nature juridique du droit d'auteur» 1990, p. 35.

dos países vecinos. Por un lado, la L.P.I. francesa tiene fecha 11 de marzo de 1957, mientras que la L.P.I. española es de 11 de noviembre de 1987; treinta años separan ambas legislaciones, y a pesar de que el legislador francés quiso adecuar los preceptos de la Ley de 1957 a los innumerables avances de la técnica mediante la modificación que de la misma se llevó a cabo por la Ley de 3 de julio de 1985, es obvio que la legislación española contiene preceptos en los que se recogen principios verdaderamente innovadores y en los que se definen, a veces con excesiva precisión no exenta de complicaciones, conceptos que con anterioridad constituían una laguna, a veces difícil de colmar. Por otro lado, ambos Ordenamientos Jurídicos son conscientes de que cualquier ley de protección de los derechos de autor que quiera perdurar en el tiempo, ha de contener fórmulas abiertas que permitan su aplicación a situaciones novedosas.

Otro punto a considerar es el hecho de que el legislador español ha tenido presente en la elaboración de la L.P.I. de 1987, no sólo la propia legislación gala —muchos de sus preceptos son un fiel reflejo de lo dispuesto en la L.P.I. francesa—, sino también las aportaciones que la doctrina y la jurisprudencia de este país han realizado durante muchos años en esta parcela. La doctrina jurídica española, brillante en numerosos campos, ha dejado en el más completo olvido el estudio de las cuestiones relacionadas con la propiedad intelectual, y han sido muy pocos los autores que han dedicado sus esfuerzos a esta institución jurídica, circunstancia que hoy en día muestra una clara tendencia a la mejoría, pero que sin duda representa un retraso considerable, difícil de superar. De la misma forma, mientras la lectura de la jurisprudencia francesa es sumamente ilustrativa a efectos de precisar cuál es el resultado práctico obtenido al aplicar la ley a los problemas concretos que se presentan, la ausencia de soluciones jurisprudenciales en España, pese a ser un país que ha dado al mundo innumerables creadores intelectuales, es notable, por lo que el estudioso no tiene más remedio que acudir a meras especulaciones, a la espera de poder observar resultados concretos.

Una vez precisada la finalidad y el ámbito del trabajo, existe una cuestión que debe de ser tratada previamente a la continuación de este estudio, es el tema de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual. Cualquiera conocedor de la materia tiene constancia de que ésta es una de las cuestiones que más reiteradamente se plantea la doctrina, sin que se hayan alcanzado soluciones uniformes, puesto que el objeto sobre el que recae la propiedad intelectual: las creaciones intelectuales, no susceptibles como tales de aprehensión material y desligables del objeto en que se plasman, dificulta enormemente la tarea.

Puesto que realizar un profundo análisis de la cuestión trasciende el objeto de mi estudio, es necesario decir que la mayor parte de la doc-

trina francesa relevante (2) concibe el derecho de autor como de doble naturaleza, es decir, siguen la llamada postura dualista. A su juicio el mismo estaría integrado por derechos de carácter patrimonial y derechos de carácter personal. El punto de apoyo para tales afirmaciones se encuentra en el texto del art. 1 de la Ley de 1957, a tenor del cual la propiedad intelectual entraña atributos de orden intelectual y moral, así como de orden patrimonial que quedan determinados en la ley (3). Es patente entre los seguidores de la citada teoría el considerar que las facultades de carácter personal (el llamado derecho moral de autor) ostentan una preeminencia en relación a las de carácter patrimonial, si bien esta prioridad no debe hacer olvidar que a la hora de regular los intereses pecuniarios es necesario conciliar los derechos de los autores con los de los cesionarios de los derechos de explotación.

En Derecho español, la cuestión de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual, tal como ha quedado regulada por la L.P.I de 1987, no es pacífica. Los que opinan que la misma es de carácter dualista se apoyan en el texto del art. 2, modificado en su redacción inicial durante tramitación parlamentaria. Dicho artículo establece textualmente que: «La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo de explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (4), y como se observa, su redacción hace deducir que existen dos derechos diferentes: unos de carácter moral y otros de carácter patrimonial (5). Ello no obstante, es mayoritaria la opinión de la doctrina española que considera el carácter monista de la propiedad intelectual (6). Esta última postura es a mi juicio más aceptable puesto que en realidad, analizando íntegramente el contenido de la Ley, se puede deducir que la pretendida dualidad es meramente ficticia y que la propiedad intelectual comprende un conjunto de facultades de carácter patrimonial y personal íntimamente interrelacionadas (7).

(2) Citaré así a DESBOIS, H. «Le droit d'auteur en France» Troisième édition 1968. DUMAS, R. «La propriété littéraire et artistique» 1987. COLOMBET, C. «Propriété littéraire et artistique» 1980.

(3) Si bien es ésta la postura dominante hemos de decir que hay otros autores franceses que no cesan de referir sus críticas a la tesis dualista, así RAYNARD, J. Obra citada p. 243 y ss.

(4) En la redacción inicial figuraba el término «facultades» en lugar del de «derechos».

(5) A tal conclusión llega, entre otros, BONDÍA ROMÁN, F. en su obra «Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información» 1988, p. 155. Si bien este autor no cesa de criticar la modificación de términos realizada.

(6) Entre otros el profesor BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. en los «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual» de 1988, que el mismo autor coordina p. 27. También el profesor LACRUZ BERDEJO, J. L. sigue la misma posición en la citada obra p. 34.

(7) Esta es la postura que el Tribunal Supremo mantiene en una sentencia de 3 de junio de 1991 al afirmar expresamente que el derecho de autor es inescindible y debe ser contemplado en su unicidad, teniendo un contenido global de facultades unas de contenido patrimonial y otras de contenido moral o personal.

La razón por la cual es necesario hacer alguna observación acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual en los dos sistemas objetos de estudio se debe a que, si bien es cierto que el derecho de exposición es una facultad eminentemente patrimonial, la íntima conexión que a mi juicio existe entre todas las facultades integrantes del derecho de autor implicará consecuencias diferentes según se adopte una u otra posición.

1. EL DERECHO DE EXPOSICIÓN PÚBLICA COMO FACULTAD DE CARÁCTER PATRIMONIAL. CONCEPTO

Cualquiera que sea la posición adoptada, lo cierto es que la protección que otorgan a los autores ambas legislaciones incluye la posibilidad de obtener un beneficio económico mediante la actualización de las modalidades de explotación de que toda creación intelectual pueda ser objeto. El autor, desde el momento mismo de la creación, es titular de un haz de facultades, tanto de carácter moral como de carácter patrimonial (8), cedibles estas últimas e irrenunciables e inembargables las primeras, cuyo ejercicio le es conferido con carácter exclusivo y de manera originaria. El titular podrá hacer él mismo efectivas tales posibilidades de explotación, pero podrá también concluir contratos, bien de carácter oneroso o gratuito, por los que atribuya a un tercero los derechos que en principio le corresponden; tales actos son eminentemente de carácter patrimonial y por lo tanto el régimen jurídico a ellos aplicable es el propio de los actos y derechos patrimoniales.

El derecho que corresponde al autor, al menos en lo que respecta a las facultades patrimoniales, implica en definitiva, a juicio de una corriente doctrinal muy extendida, una exclusiva de explotación, o lo que es lo mismo, un monopolio (9), en tanto técnica que asegura al titular una actuación individualizada.

Es claro que el derecho de exposición pública es una de las prerrogativas patrimoniales que integran la propiedad intelectual, por ello es susceptible de proporcionar rendimientos económicos a aquél que sea titular del mismo en un momento determinado. A efectos de su estudio es necesario analizar cada uno de los Ordenamientos Jurídicos a cuyo ámbito nos hemos circunscrito; en primer lugar me ocuparé del Derecho francés.

La Ley francesa de 1957 dedica su título II, bajo el enunciado general «La explotación de los derechos patrimoniales de autor», al desarrollo de las prerrogativas que tienen tal carácter, refiriendo en su art. 26

(8) Ambos Ordenamientos Jurídicos se refieren a ello (arts. 1 y 2 de la L.P.I. española de 1987 y art. 1 de la L.P.I. francesa de 1957).

(9) Ver en este sentido la postura de RAYNARD, J. (obra citada p. 183) para el Derecho francés y la teoría propuesta por BONDIA ROMÁN, F. (obra citada p. 29) para el Derecho español.

que son dos los derechos de explotación que corresponden al autor: el derecho de representación y el derecho de reproducción. Los arts. 27 y 28, una vez definido en que consisten tales facultades, ofrecen una lista de formas de explotación que implican, o bien representación, o bien reproducción de las creaciones intelectuales.

A juicio de Durrande (10), la división que la Ley francesa hace de los derechos patrimoniales en dos grandes prerrogativas se explica a la vez por razones históricas y por la observación de los hechos. El derecho de reproducción está unido a la aparición de la imprenta, mientras que el derecho de representación se va imponiendo poco a poco gracias a la práctica de los teatros, si bien la primera de las leyes revolucionarias, de fecha 13 de enero de 1791, se ocupa del derecho de representación y la de 19 de julio de 1793 del derecho de reproducción.

Sin embargo, son muy numerosos los autores que critican la citada división, así, Edelman (11) considera que dicha enumeración no sólo es poco clara, sino que también es totalmente obsoleta. Ciertamente, sin entrar a fondo en cuanto a la adecuación o no de los conceptos definidos en la Ley de 1957, circunstancia a la que más adelante podré referirme con más garantía de éxito, es interesante destacar que la distinción entre derecho de representación y derecho de reproducción descansa sobre el principio de independencia de ambos derechos, principio que gobierna el ejercicio de las prerrogativas patrimoniales del derecho de autor (12). Desde la posición dualista, mayoritaria en la doctrina francesa, cada una de las facultades patrimoniales conferidas al autor goza de independencia en relación a la otra, de tal forma que la transmisión de una de ellas no implica en modo alguno la transmisión de la otra si ello no se ha establecido; idéntica es la solución a la que podríamos llegar si se adopta una postura unitaria sobre la naturaleza jurídica de la propiedad intelectual.

En el concreto ámbito de este trabajo es necesario determinar si la facultad de exposición pública aparece recogida en la Ley de 1957 entre uno de los derechos patrimoniales en ella enumerados. Para alcanzar dicho objetivo es tarea previa el precisar las líneas esenciales de la citada facultad, es decir delimitar su contenido. En un intento de tales características, a mi juicio, la definición más elaborada es la que efectúa el profesor Rivero (13). Para este autor español, y referido a las obras plásticas, hay que entender por exposición pública todo acto por el cual, sola una obra, o conjuntamente con otras de esta clase, en su original o por medio de sus reproducciones, es exhibida públicamente,

(10) DURRANDE, S. *Juris Classeurs 1991, Propriété littéraire et artistique* fas. 315. *Droit d'exploitation*.

(11) EDELMAN, B. «Que sais-je? La propriété littéraire et artistique». 1989, p. 52.

(12) DURRANDE, S. *Obra citada* p. 4.

(13) RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual» *Obra citada* n. 405.

de forma que una pluralidad de personas pueda tener acceso a ella, a su conocimiento y a su goce estético o intelectual en la proporción en que lleve incorporados valores de esta clase. Quizá podríamos añadir que esa exhibición ha de llevarse a efecto sin distribución de ejemplares. Por lo tanto se trata de una específica forma de acceso de una obra al público, una forma que implica posibilidad de percepción a través de los sentidos y que lleva aparejada una oferta de acercamiento a la creación intelectual objeto de exposición, cualquiera que sea la finalidad perseguida por la misma.

Si, de acuerdo con el art. 28 de la Ley de 1957, la reproducción es una forma de explotación patrimonial que consiste en la fijación material de la obra por cualquiera de los procedimientos que permitan comunicarla al público de una manera indirecta, mientras según el art. 27 del mismo cuerpo legal la representación consiste en la comunicación de la obra al público por un procedimiento cualquiera, en una primera aproximación y teniendo presente la definición antes expresada, la exposición pública no puede consistir sino en una de las formas de representación a las que alude el último de los preceptos citados.

El texto del art. 27 de la L.P.I. de 1957 fue modificado en la reforma efectuada por la Ley de 3 de julio de 1985; con anterioridad a la reforma decía lo siguiente: «La representación pública consistirá en la comunicación directa de la obra al público, especialmente por medio de: la recitación pública, la ejecución lírica, la representación dramática, la presentación pública, la difusión por cualquier procedimiento de palabras, sonidos o imágenes, la proyección pública, la transmisión de la obra radiodifundida por medio de altavoz o pantalla de radiotelevisión colocada en sitio público».

Como se observa, la modificación afecta a su enunciado general, pero también afecta a las formas de representación posteriormente enumeradas, dado que en la actualidad se consideran formas de representación: la recitación pública, ejecución lírica, proyección pública, presentación pública, representación dramática, teledifusión y transmisión en un lugar público de la obra teledifundida.

El mismo artículo entiende por teledifusión la difusión por todo proceso de telecomunicación de sonido, imágenes, documentos, datos y mensajes de toda naturaleza. Es asimilada a una representación la emisión de una obra vía satélite.

La finalidad de la modificación resulta evidente. La sola lectura del precepto permite entender que el legislador de 1985 ha querido adecuar la Ley de 1957 a las nuevas formas de representación obtenidas mediante los progresos de la técnica.

En relación al derecho de exposición pública, tradicionalmente ha suscitado dudas en la doctrina francesa su inclusión o no entre las diferentes modalidades de representación. A juicio de numerosos autores, y con anterioridad a la reforma, no resultaba muy convincente la citada inclusión, y ello porque el silencio del legislador era demasiado llama-

tivo. Así, Wistrand (14) alude a que la falta de mención de la Ley no puede sino hacernos considerar que nos encontramos ante una de las vías de comunicación directa del art. 27, concretamente ante una presentación pública, a pesar de que el concepto en que se desenvuelve el citado precepto debería llevar a una solución opuesta. Desbois (15), después de señalar que la denominación de «derecho de explotación» ha llegado a ser con el curso del tiempo inexacta, manifiesta que es necesario negar que la presentación pública puede incluir la llamada exposición pública de las obras de arte, afirmando que si el Parlamento francés hubiese querido que esto fuese así, habría recurrido a la expresión más adecuada al espíritu de lo que quiere designar, es decir: «exposición pública».

Con posterioridad a la reforma, la mayoría de la doctrina francesa considera que la exposición pública es una forma de representación, puesto que la amplitud del enunciado del art. 27 permite dicha interpretación al emplear el término «notamment»; sin embargo, precisando aun más la ubicación de esta prerrogativa, los autores galos insisten en identificar la facultad en estudio con una de las formas de representación referidas en el precepto, concretamente con la llamada «presentación pública». Insistencia que tiene su causa en la discusión que se planteó en el Senado francés sobre el posible cambio de este término por el de «exposición pública». La negativa a la modificación lleva a los autores a mantener la citada postura. Así, Durrande (16) expresa que el derecho de exposición pública debe por lo tanto ser considerado como una forma de presentación pública de la obra y como un derecho patrimonial incluido en el derecho de representación. De la misma forma, el profesor Françon (17) manifiesta que el derecho de exposición pública es una forma de explotación incluida en el derecho de representación; a su juicio, se trata de un nuevo derecho reconocido a los autores de obras de arte.

Finalmente, me parece interesante aludir en estas páginas a la posición mantenida por Lalignant, y ello porque su tesis es bastante opuesta a la que con carácter general sigue el resto de la doctrina francesa. Este autor, en su libro «Droit de divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français», aparecido en 1983, tomando como punto de partida la independencia entre la propiedad intelectual y la propiedad material del objeto en que se plasman las creaciones intelectuales, establece que existen unos modos de comunicación de la obra al público reservados al autor por el monopolio de explotación de la obra (representación y reproducción) y otro modo de

(14) WISTRAND, H. «Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses oeuvres» 1968, p. 23.

(15) DESBOIS, H. Dalloz «Propriété littéraire et artistique» p. 32.

(16) DURRANDE, S. Obra citada p. 4.

(17) FRANÇON, A. «Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle» 1985-86, p. 313.

comunicación que deriva de la propiedad del objeto corporal en el que se plasma, éste último lo identifica con el derecho de exposición pública (18). En un intento por aclarar tales afirmaciones, resulta que la teoría propuesta por el citado autor otorga una autonomía al derecho de exposición pública al incluirlo como una forma de explotación que acompaña a la titularidad del objeto material, lo que puede servir para justificar la posibilidad de atribuir al comprador de tal objeto, y en los casos de venta de éste, el derecho de exposición pública —a lo que me referire más adelante— pero que sin hacer numerosas matizaciones puede hacer desvanecer la teoría que mantiene la adquisición por autor de la propiedad intelectual por el hecho mismo de la creación.

En Derecho español, el legislador dedica a los derechos de explotación la sección segunda del capítulo tercero del libro primero de la L.P.I. de 1.987, concretamente el art. 17 de dicho cuerpo legal dice textualmente que: corresponde al autor el ejercicio exclusivo de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizados sin su autorización salvo en los casos previstos en la presente Ley. La alusión clara y directa a la explotación por el autor de su obra en cualquier forma es la mejor expresión de un tipo abierto por el que ha optado la Ley española (19).

En este caso resulta mucho más fácil precisar donde encuadrar el derecho de exposición pública, puesto que el art. 20 de la L.P.I. de 1.987, después de definir que se ha de entender por comunicación pública en su punto primero párrafo tercero (20), enuncia una serie de actos que tienen tal carácter en su párrafo segundo, mencionando entre ellos y en el apartado g) la exposición pública de las obras de arte y sus reproducciones.

Si realizamos una traslación de los elementos que integran la definición legal de comunicación pública, de tal forma que vayamos poniéndolos en relación con el concepto adoptado de exposición pública, podremos comprobar que todos los elementos referidos en la misma están recogidos igualmente en la que he propuesto. Ciertamente se trata de una puesta a disposición de un número indeterminado de personas de la creación intelectual a efectos de que éstas puedan percibirla sin poner a disposición del público ejemplares que la reproduzcan. Esto no significa que no puedan ser objeto de exposición las reproduccio-

(18) LALIGANT, O. «Le divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français» 1983, pp. 101 y ss.

(19) RIVERO HERNÁNDEZ, F. Obra citada p. 347. Este autor compara el sistema adoptado por la L.P.I. española y el sistema francés llegando a la conclusión de que el sistema español es más apropiado ya que no limita los derechos de explotación al derecho de reproducción y representación.

(20) Art. 20 L.P.I. 1987: «Se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas».

nes de las propias obras de arte, siempre que dicha exhibición se realice en la misma forma en que sería expuesto el original, dado que nada desvirtúa el carácter de la facultad que estudiamos el que el acceso al público que representa se realice por medio de tales reproducciones.

Puesto que toda exposición pública implica una comunicación pública de la creación intelectual, es evidente que habrá que señalar un círculo que permita diferenciar y separar aquellos actos que representan comunicación pública de aquellos otros que quedan excluidos de la citada noción, y por lo tanto aquel ámbito dentro del cual es lícita la exhibición sin lesionar los derechos que pueden corresponderle al autor o al que en ese momento sea titular de la facultad de exposición. En ese sentido el art. 41 de la Ley francesa considera lícitas las representaciones privadas y gratuitas efectuadas exclusivamente en un círculo familiar y el párrafo segundo del art. 20 de la L.P.I. española de 1987 señala que no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo.

No obstante lo anterior, el hecho de que ambas normas incluyan un concepto que sirva a los tribunales como punto de referencia para el caso de que surjan conflictos, no ha sido todo lo beneficioso que hubiese sido preferible. Mediante el estudio de la jurisprudencia francesa (21) se observa que no ha resultado pacífico el determinar el alcance del ámbito de excepción y que solamente de forma lenta han ido alcanzado las resoluciones judiciales una cierta uniformidad.

Sin embargo se puede decir que las conclusiones adoptadas por la jurisprudencia francesa son fácilmente trasladables al Derecho español, y ello porque a excepción del requisito de la gratuidad, al que se refiere la Ley gala, y la alusión última de la Ley española al hecho de que el ámbito doméstico no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo (22), ambas legislaciones circunscriben el límite de las excepciones al derecho exclusivo al «ámbito familiar» (Ley francesa) o al «ámbito doméstico» (Ley española). Ambos términos vienen a comprender conceptos similares, si bien el término utilizado por la Ley española resulta más adecuado al significado que se le quiere atribuir, como más adelante podremos comprobar.

Con anterioridad a la Ley de 1957 la jurisprudencia francesa había oscilado en sus afirmaciones, adoptando en sus primeros tiempos posiciones que podríamos calificar de abiertas. Así, la Cour de cassation, en sentencia de 1 de abril de 1882, consideró que tenían carácter privado los conciertos y representaciones teatrales organizadas por una so-

(21) Es la jurisprudencia francesa la que estudiaremos puesto que en España no existen prácticamente resoluciones jurisdiccionales que puedan servirnos de referencia.

(22) Introducida a efectos de la emisión y pensando en alguna situación específica, por ejemplo, lo que sucede con los videos comunitarios.

ciudad con fines de distracción o pasatiempo, siempre que a tales actos literarios y musicales tuvieran acceso únicamente los socios. El mismo Tribunal, en sentencia de 6 de diciembre de 1909, estima que no puede considerarse como público el baile ofrecido por el encargado de un hotel a sus amigos y clientes en el que las consumiciones fueron gratuitas, puesto que a pesar de que entraron algunas personas sin haber sido invitadas, éstas habían sido presentadas al anfitrión por amigos comunes y él había dado su consentimiento para que estuviesen presentes.

Con posterioridad a la Ley de 1957 la jurisprudencia francesa ha restringido notablemente el alcance de la comunicación privada, lo que se presenta como evidente, dado que la licitud de la actuación y por lo tanto de la posible intromisión en el espacio reservado al titular del derecho ha de circunscribirse a un círculo muy reducido.

Sumamente ilustrativo es lo dispuesto por la sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Reims de fecha 26 de octubre de 1960 (23), según dicha resolución judicial, la expresión «círculo de familia» puede dar lugar a tres definiciones diferentes:

1) Sentido muy restrictivo: se trata de reuniones en un mismo lugar de numerosas personas que están unidas por un lazo de parentesco o alianza.

2) Sentido intermedio: serían reuniones en un mismo lugar de personas cuya relación es habitual.

3) Sentido más amplio: reuniones en un mismo lugar de numerosas personas que forman parte de una asociación.

A pesar de la claridad con la que el Tribunal sintetiza las diferentes posturas, sin embargo, en su fallo no podemos distinguir certeramente cual es el criterio adoptado.

Con posterioridad, otras resoluciones judiciales se han ido encargando de aportar nuevos elementos dirigidos a formar un criterio preciso, entre ellas las sentencias de la Cour de Grenoble de 28 de febrero de 1968, la de la Cour de Cassation de 14 de junio de 1971 y la del Trb. corr. Paris (31 ch.) de 24 de enero de 1984 (24).

Los hechos que dan origen a la última de las resoluciones citadas fueron los siguientes: un particular organizaba de forma regular representaciones cinematográficas, proyectando copias de películas stockes de unos laboratorios. Las sesiones se realizaban cada semana y en ellas participaban quince o veinte personas; de ellas, algunas reconocieron conocer simplemente al anfitrión. A la vista de lo cual, el Tribunal considera que en el citado domicilio se realizaban representaciones a terceros que no correspondían al círculo de familia del propietario, y entre las que sólo existía el vínculo de una relativa amistad.

(23) R.I.D.A. 1961. p. 99.

(24) R.I.D.A. 1984, p. 159.

Igualmente la doctrina francesa ha colaborado a precisar el concepto. A juicio de Dumas (25) es evidente que el legislador ha querido dar a la noción de «círculo de familia» un sentido restrictivo, lo que se observa por el empleo en el art. 31 de la expresión «exclusivement»; por ello sólo se puede aplicar a reuniones que guardan cierto grado de intimidad. Desbois (26) mantiene que la noción a la cual el legislador se refiere cuando habla de «círculo de familia», implica que la familia sea el centro de reunión, que ésta tenga carácter familiar, poco importa la ocasión o el lugar; la presencia de amigos en relación más o menos estrecha no es obstáculo a la excepción cuando la reunión tiene una razón familiar. El profesor Fraçon (27) se adhiere también a la postura de considerar el evidente carácter restrictivo del término legal; a su juicio, si se trata de personas no parientes es necesario que estén unidos por círculos de amistad muy estrechos, de tal forma que pudieran pasar por miembros de una misma familia.

En relación con el requisito de la gratuidad exigido por la Ley francesa dice Desbois (28) que ésta no es suficiente para exceptuar una representación en el sentido del art. 27, puesto que constituye una excepción al círculo de familia, pero no una causa de exoneración de reuniones que vayan más allá de éste. Françon (29) manifiesta igualmente que la gratuidad u onerosidad no son puntos de apoyo muy significativos para determinar el carácter de una reunión.

En la doctrina española, y con anterioridad a la promulgación de la Ley de 1987, Alvarez Romero (30) se mostraba partidario de otorgar gran importancia al requisito de la gratuidad u onerosidad, aun a pesar de poner de relieve que no se pueden sentar conclusiones taxativas al respecto.

Una vez expuesta la posición de la doctrina y la de la jurisprudencia (31), se puede finalizar esta exposición diciendo que no cabe considerar como pública una muestra de obras de arte realizada dentro del ámbito meramente familiar o doméstico. Tal como decía antes y a pe-

(25) DUMAS, R. Obra citada p. 183.

(26) DESBOIS, H. «Le droit d'auteur... Obra citada p. 315.

(27) FRANÇON, A. Obra citada p. 317.

(28) DESBOIS, H. Dalloz, Obra citada p. 34.

(29) FRANÇON, A. Obra citada p. 317.

(30) ALVAREZ ROMERO, C. «Significado de la publicación en el derecho de propiedad intelectual» 1969. pp. 29 y 30.

(31) He analizado la jurisprudencia francesa y la doctrina de ambos países dado que ambos Ordenamientos son el punto de mira de este trabajo, pero sin embargo no quiero dejar de referir que es interesante comparar los resultados alcanzados con los de otros sistemas jurídicos; así, algunas de las resoluciones adoptadas por los Tribunales holandeses vienen comentadas por GERBRANDY, S. en «Decisiones y reflexiones en torno al objeto del derecho de autor, a las nociones de ejecución pública y de derecho moral de autor» aparecida en la R.I.D.A. de 1980 pp. 68 y ss. Igualmente algunas de las resoluciones adoptadas por los Tribunales italianos se pueden ver en la obra de ALGARDI, Z. «La tutela dell'opera dell'ingegno e il plagio» publicada en 1978.

sar de que el significado y alcance de los arts. 20.2 de la Ley española y 41.1 de la Ley francesa es prácticamente el mismo, la Ley española utiliza un término más preciso para determinar el ámbito de la excepción. La expresión «círculo familiar» inclina a hacer pensar al estudioso que las personas ante las que tiene lugar dicha muestra deben estar unidas por lazos de parentesco, mientras que la expresión «círculo doméstico» parece comprender no solamente la relación de consanguinidad o afinidad entre los destinatarios de la exposición, sino que parece abarcar otro tipo de relaciones que, si bien son igualmente cercanas, no pueden incluirse entre las familiares, así las existentes con los amigos o domésticos.

2. OBRAS QUE PUEDEN SER EXPUESTAS PÚBLICAMENTE

Desde el inicio de este trabajo estoy haciendo referencia a las obras de arte; ahora bien, se hace necesario el concretar y determinar específicamente qué creaciones intelectuales pueden ser objeto de exposición pública. El punto de partida para resolver dicha cuestión es la definición aceptada de esta facultad; con arreglo a ella, tales obras serán aquéllas que sean susceptibles de ser exhibidas, es decir, puestas a la vista de un determinado número de personas sin previa distribución de ejemplares entre los destinatarios. Tradicionalmente las creaciones intelectuales que se identifican con esta posibilidad son las llamadas obras de arte plástico o figurativo.

El término figurativo significa que sirve a dar figura, a hacer aparecer, a representar, a simbolizar y por lo tanto si en sentido estricto figura significa representación de un animal, de una persona o de una cosa, en sentido amplio puede referirse a todo lo que se presente en una forma bidimensional, o sea, con el dibujo plano (dibujo, pintura, etc.) o tridimensional, es decir, con relieve (así las esculturas) (32). Ahora bien, hoy en día la expresión «obras figurativas» ha sido sustituida por la de «obras plásticas», dado que este último calificativo abarca también las obras del mismo tipo en las que la representación no comprende figuras en sentido estricto del término (reproducciones de elementos reales); entre ellas las obras de arte abstracto.

En un intento definitorio, la O.M.P.I. (33) considera las obras artísticas (entre las que se pueden englobar las de arte plástico) como aquéllas cuya finalidad es la de apelar al sentimiento estético de la persona que las contemple. En idéntico sentido, Greco (34) señala que la categoría de obras artísticas, prescindiendo de la difícil y debatida cuestión del concepto del arte, engloba todas las obras dirigidas no a estudiar fe-

(32) ALGARDI. Z. Obra citada p. 197.

(33) Glosario de los derechos de autor y derechos conexos.

(34) GRECO. P. «I diritti su benni immateriale» p. 166.

nómenos, ni a inventar, revelar o exponer relaciones, leyes o nociones de la vida física o moral, sino a través de sensaciones y representaciones y con el auxilio más o menos relevante de la fantasía se dirigen a esgrimir intuiciones, suscitando emociones y sentimientos estéticos. A su juicio las obras artísticas pueden subdividirse a su vez en tres formas elementales: obras del arte literario, del arte musical o del arte figurativo; aunque evidentemente son frecuentes las interferencias entre la actividad científica y la artística, como se observa en la obra arquitectónica. Finalmente, Françon (35) afirma que tales obras son las que manifiestan creaciones sensibles a la vista.

Evidentemente y como más adelante se podrá observar, no sólo las obras de arte plástico, en sentido estricto de la expresión, son susceptibles de exposición pública, sino que también existen una serie de creaciones intelectuales en las que se aprecian sutiles diferencias con las anteriormente citadas, que facultan de la misma forma la exposición.

Ahora bien, las creaciones intelectuales susceptibles de exposición, como cualquier otra, para ser protegidas han de reunir una serie de requisitos que o bien vienen especificados en las propias leyes especiales o bien ha sido la jurisprudencia la encargada de perfilar y delimitar. La Ley española de 1987, al determinar el objeto protegido, dice que éste abarca todas las creaciones intelectuales de carácter literario, artístico o científico que, expresadas por cualquier soporte tangible o intangible conocido en la actualidad o que se invente en el futuro, estén dotadas de originalidad (art. 10), añadiendo esta misma disposición una lista de obras a las que hay que considerar como tales (enumeración que no puede entenderse como limitativa, sino como meramente ejemplificativa). La Ley francesa de 1957 (con las modificaciones introducidas en 1985) dice expresamente que son objeto de protección las obras intelectuales, cualquiera que sea el género, la forma de expresión y el mérito o el destino al que se dirijan (art.2). El art. 3 de la misma disposición establece, al igual que la Ley española, una relación de obras que tienen tal carácter, lista igualmente abierta, dado que la redacción del mismo precepto lo permite al utilizar el término «especialmente» antes de comenzar la enumeración.

Tradicionalmente se considera que las creaciones intelectuales para ser protegidas por la Ley, han de reunir los requisitos de originalidad y de novedad. La originalidad, y en relación a la forma, implica la manera de ser de dicha obra en sí, distinta a las demás; existen diferentes grados de originalidad, de manera que el acto de creación podrá hacer surgir una obra enteramente original y una obra derivada de otra pero que al estar dotada de su propia entidad va a poder ser protegida por el Derecho al igual que la obra preexistente. En aras de procurar la protección, tanto de la obra original como de la derivada, las leyes especiales establecen medidas que garantizan el señorío del autor de la obra

(35) FRANÇON. A. Obra citada p. 214.

antecedente, siendo necesaria siempre su autorización, pero confirmando la posibilidad de recibir los beneficios económicos que la obra acarree al autor de la obra derivada, protegiendo igualmente sus facultades morales.

En relación a la originalidad de las obras de arte plástico, Colmbet (36) considera que en ellas este requisito alcanza un sentido muy específico, porque aquí la ejecución personal del autor tiene un valor preponderante incluso superior al de cualquier tipo de creación intelectual.

La novedad exige que la creación no exista con carácter previo y hace referencia a la forma externa, porque una obra es nueva cuando esta novedad recae en el modo y en la forma, ya que puede ocurrir que aquello a lo que se refiera o exprese no sea nuevo es por ello por lo que, como afirma Bercovitz (37), en las obras plásticas la noción de novedad viene dada mucho más por la ejecución de las mismas que por su concepción, que suele carecer de originalidad.

Si la novedad y la originalidad son requisitos exigidos para que cualquier obra goce de la protección de la legislación especial, las diferencias que pueden establecerse entre las variadas clases de creaciones intelectuales vendrán determinadas por la forma en que las ideas, existentes en la mente del autor, vengán a exteriorizarse. Así, como dice Baylos (38), es el medio expresivo, es decir, la clase de realidad sensible de la que se sirve el autor para encarnar su obra y a la que infunde el sello cultural que la caracteriza, el que hará que un tipo de creación sea diferente a otro.

A efectos de determinar concretamente qué obras pueden ser expuestas públicamente, analizaré con detenimiento los preceptos, tanto de la Ley francesa como de la Ley española, que enumeran los tipos de creaciones protegidas por el derecho de autor.

De las obras citadas en el art. 10 de la Ley española pueden ser objeto de exposición pública las recogidas en los apartados e), f) y g), así:

e) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos o comics, así como sus ensayos o bocetos y demás obras plásticas, sean o no aplicadas.

f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.

g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y en general a la ciencia.

(36) COLOMBET. C. «Propriété littéraire et artistique et droits voisins» 1990, p. 38.

(37) BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO. R. Obra citada p. 208.

(38) BAYLOS CORROZA, H. «Tratado de derecho industrial. Propiedad industrial. Propiedad intelectual. Derecho de la competencia económica. Disciplina de la competencia desleal» 1978, p. 497.

De esta relación se observa en principio que el punto primero hace referencia a las obras de carácter plástico, definidas anteriormente, mientras que las enumeradas en los otros dos párrafos son creaciones intelectuales que, aunque podrían ser calificadas también de obras plásticas puesto que tiene idéntica forma de exteriorización y se trata de obras en las que existe una unión indisoluble entre la materia y la creación, sin embargo, por las interferencias que se aprecian en ellas entre la actividad artística y la actividad científica o técnica de la que se encuentran imbuidas, hace que sean sometidas a un tratamiento diferente. Idéntica afirmación podríamos hacer en relación a las artes aplicadas, que se caracterizan por su vocación al uso, a pesar de que éstas vienen recogidas en el párrafo primero.

El art. 3 de la Ley francesa de 1957 fue objeto de modificación por la Ley de 5 de julio de 1985, y de las obras enumeradas en su redacción actual son susceptibles de exposición pública las siguientes: las obras de dibujo, pintura, escultura, grabado, litografía, obras gráficas y tipográficas, las obras fotográficas, las obras de arte aplicado, las ilustraciones, los mapas geográficos, los planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias. Prácticamente la redacción es la misma que la de la Ley española, sin embargo, la Ley francesa separa las obras plásticas en sentido estricto de aquellas otras, también de carácter plástico pero que pueden ser objeto de una clasificación diferente puesto que en ellas concurren circunstancias específicas (obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, etc.).

De las obras enumeradas es evidente que no plantean problemas las obras de carácter pictórico, que son aquellas en las que actúan como medios expresivos los trazos o los colores impresos bidimensionalmente (39) en una superficie; dentro de ellas se encuentran englobadas el dibujo, la pintura y el grabado en sus diferentes manifestaciones (40). Lo mismo ocurrirá con la obra de carácter escultórico, que es aquella en la que se utiliza como medio expresivo propio la combinación de materiales en un orden tridimensional.

La L.P.I. española establece expresamente que no sólo van a ser protegidas las obras en sí mismas, sino que también van a gozar de protección los ensayos o bocetos elaborados por el autor como primera etapa de creación; sin embargo creo que para que ello sea posible han de haber alcanzado un grado mínimo de realización y además estar dotados de una cierta originalidad; en tal sentido son susceptibles de exposición pública. La L.P.I. francesa, a diferencia, no alude sino a las obras como tales, sin referirse a la posible protección del resultado de las etapas preparatorias, pero creo que nada impide considerarlas

(39) Ello no obstante en la actualidad cabría la posibilidad de preguntarnos si existen obras pictóricas impresas en forma tridimensional.

(40) BAYLOS CORROZA. H. Obra citada p. 497.

igualmente incluidas, puesto que la disposición en estudio opta por un criterio amplio y abierto.

Algún problema pueden plantear las llamadas obras de arte aplicado a las que se refieren ambas legislaciones. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, en las obras de arte pueden distinguirse dos categorías: las que se benefician de la protección aislada de la legislación de propiedad intelectual y aquellas otras en las que además de la protección del derecho de autor pueden beneficiarse de otra legislación protectora, estas últimas son las llamadas obras de arte aplicado. Las creaciones de este tipo están generalmente dirigidas a ser reproducidas industrialmente y por ello la creación intelectual sirve de ornamentación a un objeto utilitario.

En un intento por establecer una diferenciación entre las obras de arte aplicado y las de arte puro se podría decir que estas últimas no se realizan normalmente para ser destinadas a su reproducción en gran número de ejemplares, lo que sí puede ocurrir con las obras de arte aplicado; si bien hoy en día existe una corriente muy extendida que propugna la unidad del arte dada la dificultad de establecer una separación entre ambos tipos de obras, ya que en ocasiones las creaciones de arte aplicado pueden ser consideradas como verdaderas obras maestras. Pensemos, por ejemplo, en una simple silla, ésta puede alcanzar un grado de perfección artística que le permita su protección por la legislación de propiedad intelectual, siendo al mismo tiempo un objeto utilitario. Es obvio que las obras de arte aplicado pueden ser expuestas públicamente en los mismos términos que cualquier otra creación intelectual de las que estoy examinando.

Ni el Derecho español ni el Derecho francés supeditan la protección de la obra de arte aplicado a requisito alguno más allá de los que con carácter general se establecen para todas las creaciones intelectuales, y en ello se diferencian de otros Ordenamientos Jurídicos como el italiano, al que me referiré a título de ejemplo. La Ley italiana de 22 de abril de 1941 impone como condición para que las obras de arte aplicada puedan ser protegidas el de que el valor artístico sea separable del carácter industrial del producto al que son asociadas (art. 2.4). La doctrina y la jurisprudencia de este país han precisado el alcance de este requisito señalando que la separabilidad se refiere a la posibilidad de concebir idealmente la obra con independencia del producto al cual se encuentra asociada.

Al igual que las obras de arte aplicado, son susceptibles de ocasionar alguna dificultad en cuanto a su protección por el derecho de autor los proyectos, planos, diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería, dado que en realidad se trata de creaciones que se realizan como tarea previa a la construcción de un edificio o una obra de ingeniería. Lo mismo ocurre con los mapas, gráficos y diseños relativos a la topografía, la geografía y en general a la ciencia, puesto que, tanto en este grupo como en el anterior es difícil deslindar si nos encontramos ante una

creación protegible o ante simples trabajos de carácter técnico, carentes de la originalidad necesaria. Esta circunstancia no ha pasado por alto en la jurisprudencia francesa, como resulta de la lectura de una sentencia de la Cour de Cassation de 18 de junio de 1969, en la que el Tribunal señala que no todas las obras de esas características han de entenderse incluidas en el círculo legal (41).

Entre todas las creaciones intelectuales susceptibles de exposición pública, una de las que más conflictos ha planteado ha sido la obra fotográfica, puesto que la fotografía, como obra de arte, presenta una singularidad: no existe sino por la intermediación de un aparato que permite una toma de visión por un procedimiento puramente mecánico; es por ello por lo que la aportación o prestación del autor (que es en definitiva lo que se trata de proteger) consiste, como dice Bercovitz (42), en la capacidad de detectar (ver) y mostrar la belleza de determinados planos, objetos, paisajes o perspectivas; lo principal es la elección del objeto, de sus límites, de la distancia y del ángulo de mira, dado que la captación misma de la imagen se limita a un proceso mecánico que carece, en principio, de participación original alguna por parte del creador. Es por ello por lo que algún autor (43) ha llegado a afirmar que la fotografía es sólo un resultado técnico protegible como derecho cercano a los que se conceden al titular de la propiedad intelectual, de cuyo régimen no forma parte de modo estricto.

Es interesante en este punto proceder al estudio de la jurisprudencia francesa puesto que su evolución resultará sumamente ilustrativa; ya desde antes de la aprobación de la Ley de 1957 sus decisiones oscilaron de criterios amplios a restrictivos y viceversa. Una posición restrictiva es la recogida en una resolución de la Corte de apelación d'Orlean de fecha 4 de febrero de 1925. Según esta sentencia, la fotografía merece ser protegida en tanto que el operador haya hecho prueba de su gusto, habilidad y discernimiento en sus producciones. En el mismo sentido una resolución del Tribunal Civil del Sena de 31 de mayo de 1944, señala que la fotografía debe ser protegida cuando en ella se encuentre el sello de la personalidad resultante de la elección del tema, del ángulo de vista, de la claridad, etc.

La Ley de 11 de marzo de 1957 condicionaba la protección de la fotografía o las obras obtenidas por procedimiento análogo a que estuviesen dotadas de un carácter artístico o documental; la exigencia de tales requisitos no fue acogida con agrado por la doctrina, ya que resultaba difícil de precisar el alcance de los mismos.

En relación al carácter artístico, numerosas resoluciones judiciales expresan que éste consiste en el esfuerzo personal del autor (entre otras Cass. civ. 24 de noviembre de 1959 y 18 de febrero de 1960); esta so-

(41) R.I.D.A. número LXJV, p. 122.

(42) BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. Obra citada p. 207.

(43) BAYLOS CORROZA, H. Obra citada p. 515.

lución ha merecido la crítica de la doctrina francesa al considerar que se está teniendo en cuenta el mérito del autor, lo que se aparta tanto de la letra como del espíritu de la L.P.I. de 1957.

El carácter documental se presentaba como alternativa para la protección de las fotografías en el caso de que pudiese considerarse que no tenían valor artístico (a pesar de que ambos caracteres podían aparecer acumulativamente); con la inclusión de este requisito se trataba de proteger aquellas tomas realizadas por los reporteros que requerían cualidades físicas, técnicas especiales o bien que habían sido realizadas en condiciones peligrosas. Su apreciación resultaba muy dificultosa, toda vez que exigía la realización de juicios de valor carentes de la objetividad necesaria.

Los problemas planteados han tenido como resultado que en la reforma realizada por la Ley de 3 de julio de 1985 se suprima la necesidad de concurrencia de requisito alguno, y por ello en este momento las fotografías, para ser protegidas por el derecho de autor han de estar dotadas de los mismos elementos que cualquier otra creación intelectual.

En el Derecho español la Ley de 1987 enumera en su art. 20 apartado h) como obras protegidas las fotografías y las obras expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía (44); pero junto a esta protección, en el libro II de la misma norma jurídica el art. 118 considera las meras fotografías protegidas por un derecho afín o conexo al derecho de autor, otorgando al autor de éstas los derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública durante un plazo de veinticinco años a contar desde la realización de la misma. Esta última norma se aplicará a aquellas fotografías que no reúnan los requisitos necesarios para su protección como creación intelectual. Es evidente que se confiere al intérprete una difícil tarea para determinar cuándo nos encontramos ante un tipo u otro de fotografía.

Finalmente, he de decir que las exposiciones públicas pueden tener por objeto no sólo las obras originales, sino también las reproducciones de éstas; por ello, cuando se trate de muestras de tales características, el consentimiento del autor es igualmente necesario. En este sentido no debe en ningún momento confundirse la cesión del derecho de reproducción con la cesión del derecho de exposición pública, de manera que el cesionario del primero no goza por ello de la posibilidad de exponer públicamente tales reproducciones a no ser que así se haya acordado, y de la misma forma el titular del derecho de exposición pú-

(44) No se exige requisito alguno más allá de los necesarios con carácter general, sin embargo el Grupo Parlamentario Minoría Catalana presentó una enmienda ante el Congreso, la número 313, en la que se solicitaba la inclusión de la necesidad de que las fotografías tuviesen carácter artístico o documental. Dicha enmienda fue retirada. Otra enmienda en el mismo sentido fue presentada bajo el número 218 por Coalición Popular y fue rechazada.

blica de las reproducciones carece de la facultad de reproducción a falta de pacto, todo ello como consecuencia del principio de independencia de las facultades patrimoniales.

En relación con el derecho de exposición pública de las creaciones intelectuales existe una cuestión que no puede sino sorprender al estudioso del derecho de autor, es la posible exposición de las reproducciones de las obras plásticas situadas en parques, jardines, vías y plazas públicas. Este tema no es nuevo para la doctrina francesa, que siempre se ha ocupado de él, considerando que el hecho de que las citadas obras se encuentren en las vías públicas y a la vista de todos no tiene porqué implicar que el autor haga dejación de los derechos que como creador le corresponden. La discusión surge en principio en relación a la posibilidad de reproducción de tales obras. Es en torno a ella, y para conciliar los derechos de los creadores intelectuales con los de la colectividad, donde se ha ido perfilando una doctrina cuya síntesis es la siguiente: las reproducciones de las obras situadas en vías públicas son posibles siempre que las mismas tengan por objeto el conjunto global en el que se encuentra enclavada la obra, sin embargo no cabe aceptar su validez cuando éstas tengan por objeto única y exclusivamente la creación intelectual. Reflejo de esta corriente doctrinal es una sentencia de la Corte de Apelación de París (4^{ème} chambre) de 19 de junio de 1979 en la que el Tribunal dice expresamente que: el hecho de edificar una obra de arquitectura (45) no implica en sí mismo que el autor abandone los derechos de propiedad artística, salvo que renuncie expresamente.... La obra de arquitectura, en cuanto obra protegida como producción individual y original, como elemento del conjunto en que se encuentra puede ser reproducida con él, pero no es lo mismo si la obra es el objeto principal y único de una fotografía, con exclusión del cuadro arquitectónico o natural donde se encuentra el inmueble situado». Por ello esta resolución considera atentado el derecho de reproducción de los arquitectos por medio de las fotografías.

El tema tiene importancia puesto que no sólo no se permite la reproducción, sino que ya que el autor conserva todas sus facultades patrimoniales, sin su autorización nadie podrá exponer públicamente tales reproducciones.

Ahora bien, en España la L.P.I. de 1987 contiene un precepto que formula una regulación totalmente opuesta a la tesis admitida como general en el Derecho francés; el art. 35 de la citada disposición considera que las obras situadas permanentemente en parques, calles, plazas o vías públicas pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas li-

(45) Las obras arquitectónicas no son a mi juicio y como tales susceptibles de exposición pública, si lo son los proyectos, planos, maquetas realizados para su preparación e igualmente son susceptibles de exposición las reproducciones tanto de las obras en sí mismas, es decir de los edificios, como de las obras realizadas para su preparación.

bremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales. Aparentemente esta disposición es sumamente restrictiva de los derechos patrimoniales de autor, puesto que desde el momento mismo en que la obra es colocada en un lugar público, las facultades que originariamente corresponden al autor con carácter exclusivo pasan a ser compartidas con todo aquél que quiera utilizarlas, respetando evidentemente las facultades morales que le corresponden. Las posibilidades de actuación que ofrece el precepto a los terceros son muy amplias y entre ellas se encuentra la facultad de comunicación pública por medio de reproducciones. A juicio del profesor De Angel Yáguez (46), el fundamento de dicha norma hay que buscarlo en el hecho de que desde el momento en que una obra se encuentra en un lugar público hay que considerarla expuesta públicamente; sin embargo, a mi juicio, son muy escasos los argumentos que pueden aportarse en defensa del contenido del art. 35 que sin embargo sí que ocasiona múltiples dudas. Así podríamos preguntarnos qué es lo que ocurre cuando una obra, por ejemplo una escultura, es retirada del lugar público en que se encuentra para situarlo en otro privado ¿Cabe a partir de ese momento exponer públicamente una reproducción de dicha obra realizada durante su permanencia en sitio público? La cuestión es muy dudosa y no queda resuelta en la Ley. Si en realidad se trata de un supuesto limitativo de los derechos del autor, toda limitación debe ser interpretada de forma restrictiva; con este tipo de interpretación se podría afirmar que durante el tiempo en que la obra esté situada en un lugar de los que los que el precepto enumera, las facultades patrimoniales del autor sufren una restricción en tanto que se permite la reproducción, distribución y comunicación pública de las reproducciones que de ella se hagan.

3. EJERCICIO DEL DERECHO DE EXPOSICIÓN PÚBLICA

Decíamos que exposición pública es el acto por el cual una obra sola o conjuntamente con otras, en su original o por medio de sus reproducciones es exhibida a una pluralidad de personas a efectos de que puedan tener acceso a ella, sin que exista entre el público destinatario ninguna relación de intimidad y sin previa disposición de ejemplares de la citada creación. Como tal, dicha actividad forma parte de las prerrogativas patrimoniales del autor y por ello tiene las mismas características atribuidas al resto de las facultades con tal carácter.

Si contraponemos las facultades morales a las patrimoniales se observa que las primeras tienen su fundamento en los lazos de unión existentes entre el artífice y su creación y por ello son irrenunciables, inembargables e inalienables —art. 6 L.P.I. francesa de 1957 y art. 14

(46) DE ANGEL YAGÜEZ, R. «Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual» Obra citada n. 554.

de la L.P.I. española de 1987— mientras que los derechos patrimoniales son cedibles *inter vivos* y *mortis causa*, a título oneroso y a título gratuito —art. 30 de la L.P.I. francesa y arts. 42 y 43 de la L.P.I. española—; de tal forma que la posibilidad de obtener un beneficio económico mediante la actualización de estas últimas prerrogativas podrá ser realizada por el autor o por un tercero al que éste haya cedido su derecho. Diferente es también la duración de ambas prerrogativas, puesto que algunas de las facultades morales son perpetuas —art. 6 L.P.I. francesa y arts. 15 y 16 L.P.I. española— mientras que las facultades patrimoniales están sujetas a un plazo de duración limitado —la vida del autor y cincuenta años tras su muerte (art. 21 L.P.I. francesa) o la vida del autor y sesenta años tras su muerte o declaración de fallecimiento en Derecho español— (art. 26 de la L.P.I.).

La posibilidad de transmisión de los derechos patrimoniales implica la atribución de su ejercicio a un tercero y en este punto hay que tener en cuenta que dicha transmisión no es habitualmente una transferencia normal de derechos, sino una especie de cesión o concesión del derecho de uso y disfrute de los mismos (47), a pesar de que nada impide que el autor pueda desprenderse de éstos de manera permanente mediante su venta. A la hora de determinar el alcance de la cesión, la atribución originaria al creador intelectual de las prerrogativas legales implica que éste pueda limitar su alcance en el espacio, así como en el tiempo y en el contenido (48); y puesto que una de las características atribuidas a las facultades patrimoniales es la independencia de que gozan cada una de ellas en relación a las demás (49), puede el autor ceder una o varias conservando el resto para sí.

Una vez el autor se ha desprendido de sus facultades patrimoniales (bien sea mediante concesión o mediante una venta propiamente dicha), su actitud deberá implicar un comportamiento de abstención en cuanto a los actos de explotación que realice el tercero titular en ese momento de las facultades que originariamente correspondían al creador intelectual.

Si bien las legislaciones que son objeto de nuestro estudio tienen su punto de partida en la protección del autor, ello no significa que no se haya tratado de establecer un punto de equilibrio entre los derechos de éstos y los de los terceros que traten o contraten con los creadores intelectuales; dicho equilibrio está llamado a evitar que se produzcan abusos amparándose en una posición preeminente que tiene su origen en el

(47) RIVERO HERNÁNDEZ, F. Obra citada p. 335.

(48) RAYNARD, J. Obra citada p. 153.

(49) El art. 23 de la L.P.I. española de 1987 establece expresamente la independencia de tales facultades y el art. 30 de la L.P.I. francesa de 1957 considera que la cesión del derecho de reproducción no implicará la del derecho de representación.

señorío que el autor ostenta sobre la obra, incluso cuando sobre ella existen derechos que corresponden a otra persona (50).

Al igual que ocurre con cada facultad de carácter patrimonial, el autor podrá ejercitar por sí mismo el derecho de exposición pública. La finalidad a la que se dirige esta puesta a disposición del público podrá ser muy variada, así, puede realizarse con la única intención de que la obra sea observada, sin otro objetivo que el de comprobar cuál es el efecto que dicha contemplación produce en la sensibilidad del espectador; puede realizarse a efectos de lanzar a un autor novel o puede dirigirse a procurar la venta de tales obras de arte en cuanto objeto material, lo que ha sido tradicionalmente y durante mucho tiempo la única forma de explotación de este tipo de creaciones intelectuales. En estos casos es el autor el que determina y decide como se ha de llevar a efecto la muestra, la cual podrá ser realizada de forma individual o bien mediante agrupación con otros creadores intelectuales.

Sin embargo, cabe también la posibilidad de que el autor ceda a un tercero el ejercicio de la facultad de exposición pública y que por lo tanto el titular sea persona distinta del creador. Para ello se habrá formalizado el oportuno contrato de cesión.

Tanto en Derecho francés como español, las facultades patrimoniales son cedibles inter vivos o mortis causa, a título oneroso o a título gratuito. Dejando al margen todos aquellos supuestos en los que se efectúa es la transmisión de la propiedad del objeto material en que se plasma una creación intelectual —dado que su complejidad merece una mayor atención y de ello nos ocuparemos más adelante— es importante para el estudio del derecho de exposición pública determinar cuál es la finalidad por la que se efectúa la citada cesión. En un intento clasificatorio, y sin tener en cuenta la posible contribución de las exposiciones públicas al aumento o disminución de la fama de un creador intelectual, se puede decir que la finalidad habitual de la cesión puede ser doble: 1) El cesionario desea adquirir la titularidad del derecho para obtener unos beneficios económicos por la exposición realizada, de tal forma que la muestra de las creaciones intelectuales le reportará unos ingresos, porque para acceder a su contemplación es necesario abonar una cantidad económica y 2) Aquellos casos en los que el autor transmite el derecho de exposición pública con la finalidad de que el cesionario enajene en su nombre sus creaciones intelectuales. En esta segunda situación nos encontramos propiamente con un mandato para enajenar, que implica como accesorio la transmisión del derecho de exposición pública.

En uno y otro caso la cesión podrá tener carácter gratuito u oneroso. Así, cabe que un escultor de renombre conceda a una asociación benéfica el derecho de exposición pública para que éstos obtengan unos

(50) Basta para comprobar dicha afirmación con observar, a título de ejemplo, los rigores que marcan las leyes para que el autor pueda ejercitar el derecho de retirada de la obra del comercio (art. 32 ley francesa y art. 14.6 ley española).

rendimientos por su realización, sin recibir él contrapartida alguna, a título de mera liberalidad; pero dicha cesión puede llevarse a efecto de forma onerosa y reportando al creador unos beneficios económicos que serán más o menos elevados, presumiblemente en relación a la fama o renombre del autor. Es también posible que a pesar de ser la finalidad de venta la única perseguida por las partes en el segundo de los supuestos enunciados, se pacte una contrapartida por el ejercicio del derecho de exposición pública concedido al mandatario.

Debido a la finalidad proteccionista de los autores que se observa en ambas legislaciones, las normas reguladoras de la propiedad intelectual contienen reglas específicas dirigidas a la conclusión de los contratos que tengan por objeto la cesión de los derechos patrimoniales. Así se regulan específicamente algunos de los contratos típicos, tales como el de representación y el de edición, pero sin embargo, en ninguno de los dos sistemas estudiados aparece normado el contrato de exposición pública de manera autónoma e independiente; circunstancia que se justifica por la escasa importancia que hasta ahora se ha venido otorgando a esta facultad patrimonial. Algún autor español (51) ha puesto de manifiesto lo erróneo de esta actuación, que aún es menos justificable en el Derecho patrio puesto que la L.P.I. de 1987 alude de manera directa a esta posibilidad de explotación patrimonial.

Esta ausencia de normas específicas ocasiona, a mi juicio, algunos inconvenientes que se irán observando a medida que avancemos en la exposición, teniendo en cuenta que para una mejor comprensión de este tema es necesario analizar de manera independiente ambos Ordenamientos Jurídicos, comenzando en este caso por el Derecho español.

La Ley de 1987, en el capítulo I del título V de su libro I establece una serie de normas específicas que son de aplicación necesaria para cualquier transmisión de derechos de explotación. Dichas reglas tienen carácter supletorio de las disposiciones especiales en la misma Ley establecidas para los contratos de edición, representación, ejecución y producción de obras audiovisuales, y son de aplicación prioritaria para cualquiera de los contratos que puedan suscribirse con el citado objeto, tal como dispone el art. 57 de la L.P.I.

Puesto que no existe referencia concreta en la L.P.I. a la cesión del derecho de exposición pública, todos los contratos que se dirijan a ello se han de regir por las normas generales de la L.P.I. y por las normas contenidas en el Código civil en materia de obligaciones y contratos. No obstante la importancia de las citadas en primer lugar, de lo que se hace eco el preámbulo de la Ley, la doctrina (52) afirma que no van acompañadas de una regulación de calidad, toda vez que se observan graves defectos técnicos y sistemáticos en todo el título V de la Ley.

(51) RIVERO HERNÁNDEZ. F. Obra citada p. 333.

(52) Así TORRES LANA, J. A. «Comentarios a la ley de propiedad intelectual» Obra citada p. 694.

En primer lugar, el art. 45 de la citada disposición establece que toda cesión habrá de formalizarse por escrito, luego cualquier contrato por el cual el titular transmita el derecho de exposición pública deberá revestir dicha forma. Ahora bien, es importante determinar si esa forma es exigida *ad probationem* o *ad validitatem*, de manera que el no cumplimiento de ese requisito llevara aparejada la sanción de nulidad; en este sentido coincido con el profesor Torres Lana (53), entendiendo que se trata de una forma *ad probationem*, ya que la propia redacción del precepto induce a adoptar dicha posición. Efectivamente, el art. 45 confiere al autor la posibilidad de resolver el contrato en el caso de que, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliese esta exigencia, luego la propia alternativa presupone la existencia del contrato.

En segundo lugar, son de aplicación las normas contenidas en el art. 43 de la L.P.I., dado que el mismo establece los principios reguladores de la transmisión de los derechos de explotación por actos *inter vivos*.

El apartado primero de este artículo alude a la determinación del ámbito de la cesión, diciendo que: «ella quedará limitada al derecho o derechos cedidos a las modalidades de explotación expresamente previstas y al ámbito territorial que se determinen». Esta referencia supone una concreción práctica del principio de independencia de los diferentes derechos de explotación adoptada en el art. 23 de la L.P.I.; ahora bien, si se observa la redacción de la norma (art. 43.1), vemos que en primer lugar se ocupa del derecho cedido y con posterioridad de las modalidades del mismo, lo que tiene una enorme importancia en la facultad que estudiamos, puesto que la exposición pública de las obras de arte es una modalidad dentro de la llamada comunicación pública (facultad patrimonial). Lo anterior demuestra que la cesión del derecho de comunicación pública no supone la de todas las modalidades en que puede concretarse la misma, enumeradas en el art. 20 de la L.P.I., sino únicamente a la modalidad o modalidades determinadas, a menos que se especifique otra cosa.

Del mismo modo, el principio proteccionista del creador intelectual queda patente en la referencia al ámbito territorial, es decir, el titular del derecho de exposición podrá ejercitarlo únicamente en el ámbito territorial determinado.

La Ley de propiedad intelectual, no sólo se ocupa de determinar expresamente el contenido de los contratos de cesión de derechos de explotación, sino que contiene una norma dirigida a interpretar e integrar la voluntad contractual en los casos en que no exista una declaración de voluntad expresa. El art. 43.2 dice que la falta de mención del

(53) TORRES LANA, J. A. Obra citada p. 700.

tiempo limitará la cesión a cinco años. La falta de determinación del ámbito territorial lo limitará al país en que se realice la cesión, finalmente, si no se especifican de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquélla que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo.

En relación a la remuneración del autor, el art. 46 establece que toda cesión a título oneroso conferirá al autor una participación proporcional en los ingresos de explotación en la cuantía convenida con el cesionario. Norma que también pone de manifiesto el carácter proteccionista de la Ley, puesto que persigue solventar el posible desequilibrio entre los beneficios que puedan obtener los cesionarios y los que consiga el propio creador. Sin embargo, no sólo se establece la remuneración proporcional, sino que el propio art. 46 autoriza la posibilidad de que los autores obtengan una remuneración a tanto alzado, posibilidad que se establece como alternativa para el caso de que así lo acuerden el autor y el cesionario, y siempre que concurra alguna de las circunstancias que el propio art. 46 enumera.

En el estudio del derecho de exposición pública tiene importancia lo dispuesto en el apartado b) del punto 2 del art. 46, y ello porque en él se dispone que podrá estipularse una remuneración a tanto alzado cuando la utilización de la obra tenga carácter accesorio respecto de la actividad o del objeto material a los que se destine, y tiene importancia porque una de las finalidades a las que se dirige la exposición pública es a la venta de las creaciones intelectuales, y no son raros los casos en los que la relación contractual que con carácter principal une a las partes es la de un contrato de mandato, por el que el mandatario se compromete a la enajenación de tales obras. Ahora bien, la propia Ley dispone que si en la cesión se produjese una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario, el primero podrá pedir la revisión del contrato, y en defecto de acuerdo, acudir a la autoridad judicial para que ésta fije una remuneración equitativa teniendo en cuenta las circunstancias del caso, facultad que podrá ejercitarse dentro de los diez años siguientes a la cesión (art. 47 L.P. 1.).

Como en el resto de las cesiones de las facultades patrimoniales, el ejercicio atribuido al cesionario podrá o no ser en exclusiva. Cualquier cesión en exclusiva deberá otorgarse expresamente con esa cualidad (art. 48), y lleva aparejada la facultad de explotar la obra con exclusión de cualquier otra persona, incluido el cedente; como norma general, el cesionario en exclusiva tiene la facultad de transmitir a otro su derecho, con el consentimiento expreso del cedente. En los casos en que la cesión no es en exclusiva, el autor o un tercero podrán concurrir con el cesionario realizando actos de explotación similares. Esta última afir-

mación, en relación a la facultad que estudiamos, puede resultar paradójica ya que normalmente las exposiciones públicas de las obras de arte requieren la presencia del original de la creación intelectual, pero ya sabemos que en nada desvirtúa el carácter de este derecho de explotación el que lo expuesto sea una reproducción de ellas, por lo que cabe el ejercicio simultáneo de esta prerrogativa.

El ejercicio de cualquiera de las facultades de explotación de la obra, no sólo puede implicar la obtención de beneficios económicos, parte de los cuales van a parar al autor, sino que sin duda influye en el reconocimiento, fama y prestigio que éste pueda alcanzar, es por ello por lo que en los supuestos de cesión el ejercicio comporta, además de un derecho para el cesionario, un correlativo deber. La L.P.I española de 1987 contempla expresamente esta obligación del cesionario en relación a las cesiones otorgadas en exclusiva diciendo que: éstas constituyen al cesionario en la obligación de poner todos los medios necesarios para la efectividad de la explotación concedida, según la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate (art. 48.2). El hecho de que esta norma sea de aplicación a las cesiones en exclusiva se justifica porque la actuación individualizada a la que tiene derecho el cesionario impide alcanzar el fin propuesto utilizando otros medios. Quizá sea la facultad de exposición pública de las obras una de aquéllas en las que se aprecia con más nitidez el sentido de esta norma proteccionista, puesto que como sabemos, ha sido durante mucho tiempo la única forma de llevar a conocimiento las obras de arte figurativo o plástico (54). Si el cesionario no ejercita el derecho se puede entender que el sentido de la disposición autoriza a solicitar la resolución del contrato.

Con independencia de la necesaria aplicación de las normas contenidas en la L.P.I., en los contratos concluidos entre los creadores intelectuales y los cesionarios de los derechos de explotación, las partes gozan de la autonomía que con carácter general otorga el art. 1255 del C.c. en materia contractual; así, los contratantes podrán establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público. Pero como dice el profesor Françon, en materia de libertad contractual y en el ámbito de las cesiones de los derechos de autor, debe existir un control si se quiere asegurar al creador una justa remuneración por su pres-

(54) El autor francés VERNAUD, F. en su libro «Les contrats conclus entre les peintres et marchands de tableaux» de 1958, al estudiar los diferentes tipos contractuales posibles entre los pintores y los marchantes de cuadros hace referencia, en muchas ocasiones, a la obligación de exposición que compete a los últimos y a la posible intervención que en ellas puedan tener los pintores. Igualmente una sentencia de la Cour de Cassation (1 Chambre civile) de 5 de marzo de 1968 (J. C. Semaine Juridique 2-1.968 número 15.523) en un supuesto en que existía un contrato exclusivo de mandato de venta de los cuadros de un pintor, mediando una comisión, el Tribunal reconoce que la dueña de la galería se obligaba a hacer una serie de exposiciones tanto en Francia como en el extranjero, además de asegurar al pintor una venta mínima.

tación. Ciertamente esta afirmación se realiza para el Derecho francés, pero nada impide su validez para el Derecho español.

Esa libertad de la que gozan las partes se observa con mayor claridad en lo relativo a la forma de llevar a cabo la exposición pública. Frecuentemente se suelen incluir cláusulas relativas a tal extremo, puesto que la manera de llevar a conocimiento del público las creaciones intelectuales es sumamente importante para el creador. También son habituales los pactos que aluden a obligación, a cargo del cesionario, de dar publicidad a tales muestras. Por último, casi todos los contratos hacen referencia a las condiciones de seguridad en que van a ser puestas las creaciones intelectuales, a efectos de evitar cualquier tipo de peligro, en especial en todos aquellos casos en los que lo que se muestra es la obra original e irrepetible en sí misma. La violación de estos pactos, así como las de las cláusulas de necesaria inclusión a las que se refiere la L.P.I., llevará aparejada las sanciones y medidas que la propia Ley establece, independientemente del posible ejercicio por parte del autor de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

Una vez efectuado el estudio de la cesión del derecho de exposición pública en Derecho español me ocuparé de la misma cuestión en Derecho francés. La Ley francesa de 1957, modificada por la Ley de 3 de julio de 1985, incluye también una serie de normas de general aplicación para todos los contratos que tengan por objeto la cesión de los derechos patrimoniales de autor e igualmente establece una regulación específica de algunas modalidades de explotación. Así, son objeto de mención especial los contratos de representación y de edición, a los que dedica los capítulos I y II de su título tercero; mientras que la normativa del contrato de producción audiovisual fue introducida en la reforma que efectuó la Ley de 1985.

La primera dificultad con la que se encuentra el estudioso a la hora de tratar este tema es la de la posible aplicación a las cesiones de la facultad de exposición pública de las normas específicas contenidas en la Ley para el contrato de representación. Si de acuerdo con la doctrina mayoritaria, y sobre todo a partir de la modificación de la Ley de 1985, hay que considerar la facultad de exposición pública como una modalidad de representación, incluyéndola dentro de la llamada representación pública, es evidente que los contratos dirigidos a transmitir la citada facultad estarán sometidos a las normas especiales de la L.P.I. No obstante, existen ciertas complicaciones para la aplicación de todas las contenidas en el capítulo I del título III a las cesiones del derecho de exposición pública de obras intelectuales. Muchos de los preceptos de la citada sección parecen dirigidos exclusivamente a normar las relaciones jurídicas entre empresarios de espectáculos y autores de obras susceptibles de ser representadas en teatros o establecimientos semejantes, por lo que el intérprete tendrá que realizar una labor de adecuación y traslación de su contenido.

El Derecho francés de propiedad intelectual se encuentra, al igual que el español, imbuido por un principio proteccionista del autor, que tiene un especial reflejo en las normas que en este momento estudiamos. En primer lugar, una concreción de esta máxima puede encontrarse en el art. 30 de la Ley de 1957; dicho precepto declara la independencia existente entre las diferentes facultades de explotación, de manera que los contratos que impliquen cesión deberán hacer referencia al derecho o derechos cedidos, indicando expresamente cada uno de los que son objeto de transmisión, así como la delimitación de la extensión, destino, lugar y duración de la cesión (art. 31.3). Sin embargo, no existe en el Derecho francés una norma dirigida a suplir la voluntad no manifestada por las partes, al igual que existe en el Derecho español (art. 43.2 de la L.P.I. de 1987), por lo que parece que el art. 31 de la Ley francesa contiene una regulación aún más estricta que la española, y en la que el principio proteccionista es llevado a su último extremo, puesto que de su texto se deduce que la transmisión del derecho se subordina al cumplimiento de lo preceptuado en la norma.

En cuanto a la remuneración al creador, el art. 35, enclavado en las disposiciones de general aplicación, establece que éste tiene derecho a una participación proporcional en los ingresos procedentes de la venta o explotación de la obra. La finalidad de dicho sistema remuneratorio ya la expusimos al hablar del Derecho español: tratar de evitar que el desequilibrio entre lo percibido por el autor y los beneficios del cesionario suponga un perjuicio manifiesto para el creador intelectual. No obstante lo anterior, es posible pactar una remuneración a tanto alzado cuando concurre una de las circunstancias que el mismo precepto enumera. También se reconoce la posibilidad de revisión de las condiciones contractuales cuando se alcanza una desproporción que viene tasada numéricamente en la Ley.

En relación a la forma, el art. 31 de la L.P.I. de 1957 señala que tanto el contrato de representación como el de edición, así como el de producción audiovisual y las cesiones que tengan por objeto los derechos de adaptación audiovisual, deben constar por escrito. Al igual que ocurre en el Derecho español, la doctrina ha considerado que dicho requisito es exigido por la Ley *ad probationem* y no *ad validitatem*. Sin embargo, puesto que el art. 31 exige el cumplimiento de dicho requisito solamente para los contratos en él enumerados, aduciendo que todos los demás por los que se ceda cualquier derecho de explotación van a estar sometidos a las normas generales del C.c. (arts. 1.341 a 1.348) (55), es necesario volver a referir que el contrato por el cual se cede el derecho de exposición pública es, para la mayor parte de la

(55) La jurisprudencia, con esta base, rechaza la aplicación de esta regla en otros contratos distintos de los enumerados, puesto que al negar la prueba de la existencia del contrato por testigos o por presunciones es una excepción a la regla general que debe de ser interpretada restrictivamente.

doctrina, un contrato de representación; la exposición pública ha de incluirse en una de las formas de representación (la presentación pública), a pesar de que en muchas ocasiones habrá de realizarse una tarea de adecuación de las normas que regulan este contrato en la Ley para adaptarlas a la cesión concreta que se pretende.

El contrato de representación aparece definido en el art. 43 de la Ley como aquél por el cual el autor de una obra intelectual y sus derechohabientes autorizan a una persona natural o jurídica para representar dicha obra en las condiciones que se determinen. El art. 44 señala que este contrato podrá celebrarse para un plazo limitado o por un número determinado de comunicaciones al público. Es evidente que esta última norma está pensada para representaciones teatrales, dramáticas o musicales, sin embargo es posible su traslación al derecho que estudiamos, puesto que nada impide ceder el derecho de exposición pública para que el cesionario muestre la obra durante un período de tiempo o que el límite venga marcado por el número de comunicaciones que se realicen.

Este mismo artículo señala que la cesión en exclusiva no puede presumirse, por lo que la conclusión de un contrato de este tipo no autoriza al cesionario a impedir la concurrencia con terceros en el mismo derecho y la misma obra, a no ser que se haya establecido expresamente. Si se ha pactado la exclusiva durante el tiempo de duración de ésta, el cesionario podrá traspasar el derecho que le corresponde, con el consentimiento del autor.

Como concreción del principio de remuneración proporcional y dirigido a hacerlo efectivo, el art. 46 establece que el empresario de espectáculos (56) estará obligado a notificar al autor o a sus representantes, el programa exacto de las representaciones o ejecuciones públicas y a entregar cuenta certificada de los ingresos; debiendo abonarles a los vencimientos previstos el importe de los porcentajes estipulados. El mismo artículo contiene una reducción de tales porcentajes a favor de determinados organismos. La referencia que esta norma hace a la obligatoriedad de entrega por parte del cesionario del programa de las representaciones, evidentemente se realiza pensando en las representaciones escénicas y quizá cabría efectuar una adecuación pensando que lo que éste ha de notificar al autor es la forma exacta en la que se va a llevar a efecto la comunicación al público.

Finalmente es importante destacar lo dispuesto en el art. 47 de la L.P.I., ya que dicho precepto establece la obligatoriedad para el empresario (cesionario), de asegurar que la representación o ejecución (presentación) se efectúe en condiciones técnicas apropiadas para garantizar el respeto a los derechos intelectuales y morales del autor.

(56) La referencia al empresario de espectáculos, dada la labor de traslación que se está realizando, debe entenderse hecha al cesionario del derecho de exposición pública cualquiera que sea, independientemente del hecho de si dicha actividad la realiza como medio habitual de subsistencia o de modo ocasional.

Esta última norma supone la consagración del principio proteccionista del autor, que impregna la Ley al completo, puesto que viene a reiterar de forma expresa lo que otros preceptos persiguen en su espíritu.

Una vez analizado el ejercicio del derecho de exposición pública, no sólo cuando es realizado de forma autónoma por el autor sino también cuando éste lo cede a terceros mediante la formalización de los oportunos contratos, nos queda por referir la incidencia que en los últimos supuestos tiene el reconocimiento por ambas legislaciones del llamado derecho moral de autor. El motivo por el que se regulan una serie de facultades con los caracteres de inalienables, inembargables y perpetuas es el lazo existente entre el artífice y su creación, a la que se considera una emanación de su propio ser (57), es por ello por lo que no se puede olvidar la presencia de tales prerrogativas.

El creador va a gozar en todo momento del respeto a su paternidad, lo que representa que el titular del derecho de exposición pública deberá presentar la obra al público en condiciones tales que este último pueda siempre conocer la autoría de la obra. Es igualmente obligación del cesionario el respetar la integridad de la creación sin que acto alguno pueda atentar contra el honor y los intereses del autor.

Forma parte también del haz de prerrogativas personales la que faculta al autor para retirar la obra del comercio ejercitando el llamado derecho de rectificación o retracto; derecho que la legislación francesa (art. 33) acoge más ampliamente que la española (art. 14.6), puesto que esta última disposición supedita su ejercicio a que se produzca un cambio en las convicciones intelectuales o morales del autor. Ambas normas, en aras de respetar también los derechos del cesionario, imponen al creador que quiera hacerla efectiva la obligación de indemnizar los perjuicios que su acción pueda causar al titular del derecho de explotación, así como la obligación, si quiere volver nuevamente a ceder el mismo derecho sobre dicha creación, de ofrecérselo con preferencia al anterior cesionario y en las condiciones originarias.

De entre las facultades morales existe una que tiene un enorme interés en el punto que estudiamos, es el derecho del autor a decidir la divulgación de su obra y a determinar las condiciones y forma de ésta, y ello porque no es infrecuente que la primera vez que una obra acceda al público lo haga por medio de exposiciones. Si el autor se ocupa de su preparación, él elegirá el lugar, la forma, el tiempo, etc. pero si ha cedido el derecho de exposición pública, a pesar de que se ha de considerar que ya ha agotado el derecho a decidir la divulgación, queda siempre al creador la posibilidad de intervenir en la preparación de ta-

(57) La mayor parte de los autores que admiten la llamada doctrina dualista de la propiedad intelectual mantiene que los derechos morales son derechos de la personalidad. Sin embargo resulta más adecuado el considerar que se trata de facultades íntimamente ligadas a la persona del autor diferentes de los derechos de la personalidad.

les exposiciones. Frecuentemente el contrato de cesión contendrá cláusulas en las que se establezcan medidas acerca de como se ha de llevar a efecto dicha muestra, y presumiblemente el autor otorgará su consentimiento para la cesión teniéndolas en cuenta, sin embargo hay ocasiones en las que esto no ocurre; cuando sea así, la opinión del autor habrá de ser considerada, siempre que esa comunicación suponga el primer acceso de la obra al público.

4. EL DERECHO DE EXPOSICIÓN PÚBLICA EN LOS SUPUESTOS DE VENTA DEL OBJETO MATERIAL EN QUE SE PLASMA UNA CREACIÓN INTELECTUAL

El enunciado de este epígrafe alude a uno de los temas que más han preocupado a la doctrina, cuyo origen se encuentra en el hecho de que las creaciones intelectuales, para ser protegidas por la ley, deben necesariamente plasmarse en objetos materiales, haciendo necesario el compatibilizar algunos de los derechos que puedan recaer sobre ellas. Dado que la creación intelectual trasciende del objeto en que se plasma y como tal no es susceptible de aprehensión material, puede dicho objeto pertenecer a un tercero, correspondiendo, por el contrario, la propiedad intelectual al autor, el cual puede incluso haber cedido a otra persona alguna de las facultades patrimoniales que le corresponden. Esta concurrencia de titularidades, cada una con un contenido diferente, obliga a compatibilizar y coordinar los diferentes derechos e intereses que entran en juego.

Las disposiciones objeto de estudio reconocen la independencia y separación entre la propiedad intelectual y el *corpus mechanicum* a través del cual se exterioriza. La Ley española declara en su art. 3.1 independiente y compatible la propiedad intelectual respecto de la propiedad y otros derechos que tengan por objeto la cosa material en la que se plasma, y su art. 56 establece que el adquirente de la propiedad del soporte a que se ha incorporado la obra no tendrá por este título ningún derecho de explotación sobre ella. La Ley francesa de 1957 dispone en su art. 29 que la propiedad incorpórea definida en su art. 1 será independiente de la propiedad del objeto material. El adquirente de ese objeto no estará investido por este hecho de ninguno de los derechos reconocidos en esa Ley (58).

Sin embargo esta independencia de derechos, fácil de establecer desde un punto de vista teórico, resulta difícil de sostener en la práctica en aquellos casos en los que la relación entre la creación y su soporte es de tal naturaleza que sea extraño concebir una sin la otra, aunque sólo se realice de una forma ideal; este extremo se produce generalmente

(58) Saivo en los casos previstos en los párrafos primero y segundo del art. 23.

en las mismas obras que son susceptibles de ser expuestas públicamente. La pintura, la escultura, las maquetas, los bocetos se exteriorizan en el lienzo, la escayola, la madera, etc. y por ello la adquisición de la propiedad del soporte externo por un tercero implica una separación tajante del creador, aunque solamente sea en el aspecto físico, ya que la propiedad intelectual sigue perteneciendo a éste. Como dice Del Bianco (59), en estos casos, reconocer la preeminencia del derecho del autor podría llegar a convertir al propietario en un simple depositario y por ello es necesario llegar a un compromiso entre los dos derechos absolutos, partiendo del principio de que ambos son de igual valor y que tanto el propietario como el autor han de ejercitar el derecho que les corresponde conforme a las exigencias de la buena fe; dado que una cierta restricción, sobre todo en lo que respecta al propietario, no está en desacuerdo con los principios que dominan cada uno de los derechos. Se podría añadir a tales palabras que la existencia de las facultades morales confieren en principio una cierta superioridad al derecho del creador.

Es en relación al derecho de exposición pública de las obras de arte donde se han planteado grandes debates doctrinales acerca de las relaciones existentes entre el propietario y el autor, puesto que se ha cuestionado reiteradamente si el traspaso de la propiedad corporal llevaba unido el derecho de exposición pública. Esta discusión deriva de que frecuentemente, para ejercitar el derecho de exposición pública se requiere estar en posesión del objeto material en que se plasma la creación.

La Ley española de propiedad intelectual del año 1879 establecía en su art. 9 que la enajenación de una obra de arte, salvo pacto en contrario, no llevaba consigo la enajenación del derecho de reproducción ni del de exposición pública de la misma obra, que permanecían reservados al autor o a sus derecho habientes. El mismo espíritu plasmado en dicho precepto estaba recogido en el art. 35.1 del proyecto de ley del año 1934, proyecto que no fue nunca llevado a término. Sin embargo, a pesar de tales antecedentes, la Ley española de 1.987 se aparta radicalmente de lo recogido por su predecesora y dispone en su art. 56 que el propietario del original de una obra de artes plásticas o de una fotografía tendrá el derecho de exposición pública, aunque la obra no haya sido divulgada, salvo que el autor hubiese excluido expresamente este derecho en el acto de enajenación del original. Este mismo precepto deja a salvo la posible oposición del autor a la citada exposición, cuando ésta se realice en condiciones que puedan perjudicar su honor o reputación profesional.

A diferencia de la Ley española, la Ley francesa no hace referencia en ninguno de sus artículos a la posible transmisión o no del derecho

(59) DEL BIANCO, E. «Le droit d'auteur et ses limites» These Lausana 1951, p. 215.

de exposición pública con la venta del original, sin embargo la doctrina más moderna se muestra prácticamente a favor de la tesis que mantiene la transmisión; así, entre los autores franceses partidarios de ello se encuentra el profesor Raynard (60), al sostener que el propietario que expone una obra no podrá ser considerado en modo alguno un contrafactor, a pesar de que la estricta lectura del art. 29 de la Ley de 1957 conduce a determinar que el adquirente no está investido del derecho de exposición pública. Este autor refuerza su postura manifestando que la vocación natural de las obras de arte a la publicidad es lo que invita a considerar que, en ausencia de restricción expresa, la cesión del *corpus mechanicum* comporta la del derecho de presentación.

No obstante la delimitación del ámbito de este trabajo, que se encuentra reducido al Derecho francés y al Derecho español, me parece interesante el referir lo que en este punto ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia italiana, dado que en este país, imbuido por los mismos principios en cuanto a la protección de los derechos de autor que los ordenamientos que estudiamos, el tema ha sido objeto de abundantes debates. La polémica se planteó a raíz de una célebre resolución de los tribunales italianos en el caso del pintor Giorgio de Chirico. Este autor había enajenado una obra suya, y el propietario la expuso en la Bienal de arte de Venecia sin consentimiento del autor. El caso en cuestión dio origen a dos resoluciones jurisdiccionales, en la primera de ellas, de fecha 5 de julio de 1951, el Tribunal de Venecia dice que: siendo las formas de publicación de una obra múltiples, con la venta de la obra se transfiere alguna de estas formas, en particular la de hacerla admirar por otros, pero no otras como, en particular, la de hacerla admirar en una exposición como la Bienal de arte que por su importancia en cuanto manifestación nacional, por la repercusión que puede tener en el mundo artístico, por la influencia que puede ejercitar en la estimación pública del artista, constituye una fuente *sui generis* de divulgación que sólo el artista es árbitro de querer y prohibir. En sentido contrario, la Corte de Apelación de Venecia, en sentencia de 25 de marzo de 1955, considera que no puede haber múltiples formas de publicación, pues ésta sólo es una y por lo tanto expuesta y cedida la obra el momento de publicación ya se ha agotado, constituyendo el derecho a exponer en una muestra o exposición un ejercicio normal del derecho de propiedad. La opinión de la doctrina en cuanto a la actuación de los tribunales en ambos sentidos ha sido igualmente contradictoria, así, F. Piero (61) considera satisfactoria la primera postura, al contrario que Parrella, al que el mismo autor cita. Esto no obstante, la opinión de la última de las sentencias citadas es la que ha prevalecido en el Derecho

(60) RAYNARD, I. Obra citada p. 256 y ss.

(61) PIERO, F. «In tema di pubblicazione di opera dell'ingegno» Il Diritto di Autore 1972.

italiano, muestra de ello es otra resolución del Tribunal de Apelación de Roma, fechada el 13 de mayo de 1961 (62), en la que se hace referencia a la manifiesta diferencia que existe entre el Derecho italiano y el español (vigente en aquella época, es decir la Ley de 1879), puesto que este último atribuía al autor el derecho de exposición pública no obstante la venta del objeto material, lo que no ocurre en la legislación italiana.

Entre las manifestaciones de la doctrina italiana, parece digna de recoger en estas páginas la opinión mantenida por Greco y Vercellone (63), estos autores distinguen dos tipos de exhibición pública; el primero, al que denominan exhibición en negocio, tiene como finalidad atraer al comprador sirviendo como oferta de venta, y el segundo, que es el que se considera verdadera y propia exhibición es el que, sin excluir el fin de vender, busca esencialmente el hacer conocer al público y someter a su apreciación comparativa un grupo de obras. En el primer caso, el comportamiento del propietario es perfectamente legítimo en cuanto ejercicio de su derecho de propiedad, lo que no ocurre en el segundo.

Desde un punto de vista general, y retornando al ámbito de este estudio, es evidente que el hecho de que el autor conserve la facultad de exposición pública supone una restricción a los derechos que corresponden al propietario, de tal forma que se estaría afectando su dominio a una especie de limitación que se extendería en el tiempo hasta el momento de la muerte del autor, y que pasaría, como el resto de las facultades patrimoniales, a sus derechohabientes durante el plazo que establecen las leyes de propiedad intelectual. Pero, no obstante lo anterior, el atribuir al propietario el derecho de exposición pública significa apartarse de alguno de los principios que más fervientemente se han tratado de defender en las legislaciones protectoras. Así, ¿cómo conciliar esta atribución con el principio de independencia entre la propiedad del *corpus mechanicum* y la propiedad intelectual? Si el autor conserva el resto de las facultades patrimoniales, ¿porqué establecer una diferencia con una de ellas configurando un régimen jurídico diferente? Si se han arbitrado una serie de normas a las cuales tendrán que someterse con carácter general todos los contratos que tengan por objeto la cesión de alguna de las facultades patrimoniales de autor, e incluso existen algunas normas específicas en el Derecho francés (contrato de representación) que se imponen como preceptivas en las cesiones del derecho de exposición pública, ¿porqué dejarlas a un lado cuando se trata de la enajenación del objeto material en que se plasma una obra? (a pesar de que en este caso no nos encontraríamos ante una cesión, sino ante una verdadera venta) Finalmente, el hecho de que am-

(62) Ver FABIANI, M. «I contratti di utilizzazione delle opere dell'ingegno» 1987, p. 39.

(63) GRECO-VERCELLONE. «I diritti sulle opere dell'ingegno» 1974, p. 63.

bos Ordenamientos regulen el llamado derecho de acceso al ejemplar único y raro de la obra cuando éste se encuentre en poder de un tercero a fin de que el autor pueda ejercer el derecho que le corresponda, puede también suscitar alguna paradoja. Esta facultad podrá hacerla efectiva el creador siempre que respete los derechos del poseedor, ahora bien, para exponer la obra, sólo podrá ejercitarla cuando se haya reservado el derecho de exposición, mientras que podrá hacer uso de ella siempre que vaya a hacer efectivo cualquier otro derecho patrimonial ¿por qué esta diferencia?

Todas estas interrogantes tienen, a mi juicio, una difícil respuesta, quizá la única que puede justificar tanto la actuación del legislador español de 1987 como la opinión de la doctrina francesa, sea la excesiva preocupación por salvaguardar junto a los derechos del autor los del propietario, considerando que el hecho de que la facultad de exposición pública quede en manos del primero supone una limitación de mayor gravedad que la que acarrea el que el creador conserve cualquier otra facultad patrimonial.

La salvaguarda de los derechos que corresponden al propietario ha sido referida por la jurisprudencia francesa en numerosas ocasiones, incluso sobreponiéndolos al derecho moral del autor, especialmente en relación al derecho moral del arquitecto. En este sentido podemos citar una reciente sentencia de la Cour de cassation de fecha 7 de enero de 1992. El supuesto de hecho que da origen a dicha resolución es la realización por parte del propietario de una serie de obras en un edificio diseñado por el arquitecto, éste las consideró atentatorias a la facultad moral que le corresponde de respeto a la integridad de la obra. El Tribunal desestima la demanda apoyándose en la función utilitaria de las modificaciones realizadas. La citada resolución ha sido criticada por el profesor Françon (64) porque en la misma se determina que la intervención del juez sólo podrá ser posible una vez hayan sido efectuadas las obras, siendo, como dice este autor, muy difícil en este caso que el Tribunal dictamine condenando a destruirlas.

Es evidente que la salvaguarda del derecho moral podrá hacerse efectiva, aun cuando el derecho de exposición pública se atribuya al propietario, siempre que el creador intelectual considere que la muestra que éste efectúa supone un atentado a su honor o reputación. El art. 56.2 de la Ley española de 1987 hace referencia expresa a ello y no resulta dudoso el mantener que la misma solución puede alcanzarse para el Derecho francés a pesar del silencio de la Ley. Sin embargo, en este caso es el derecho patrimonial del autor el que más seriamente queda dañado, pues la atribución del derecho de exposición pública supondrá, sin duda, una disminución de los posibles ingresos a recibir.

(64) FRANÇON, A.R.T.D. Com. 42 (2) abril-junio 1992, p. 376.

Por otro lado se plantean también algunas cuestiones que han quedado sin resolver, en primer lugar, el hecho de determinar si, una vez enajenado el soporte que contiene el original de la obra, y por tanto, cedido al adquirente el derecho de exhibición, el autor podrá exponer una reproducción de la misma.

En segundo lugar, ¿qué ocurre cuando el primer adquirente titular del derecho de exposición pública enajena la obra? ¿se transmite también al nuevo propietario la citada facultad patrimonial? ¿es posible que pueda el vendedor reservarse ese derecho? En este sentido me parece razonable entender que el derecho de exposición pública deberá acompañar al objeto corporal, de tal modo que si el autor se lo ha reservado en el acto de enajenación, el propietario no podrá transmitir lo que no tiene, ahora bien, esta facultad de reserva se debe conferir únicamente al autor, pero no al adquirente; nos encontramos así ante un caso de puesta en circulación de una facultad patrimonial.

Las Palmas — Octubre 1992

INFORMACIÓN LEGISLATIVA (*)

A cargo de

PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH
Y LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

I. DERECHO CIVIL

1. *Parte General*

1. FUNDACIONES. Se modifica el estatuto jurídico de la Fundación «Museo Sorolla».

Real Decreto 1386/1993, de 30 de julio («B.O.E.» del 3 de septiembre).

Con la finalidad de regularizar y actualizar la situación jurídico-administrativa de la mencionada fundación, adaptando sus normas de gobierno a la nueva situación creada por la vigencia del Reglamento de Fundaciones Culturales Privadas, aprobado por Real Decreto 2930/1972, y por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español y el Reglamento de Museos de titularidad estatal y del Sistema Español de Museos, aprobado por Real Decreto 620/1987, de 10 de abril, se ha procedido a la promulgación de la presente disposición, en la cual se deroga el Decreto de 24 de marzo de 1932, que aprobó el Reglamento del Museo Sorolla, viniendo éste a integrarse como museo de titularidad estatal en la Dirección de Museos Estatales y adscribiéndose al mismo en concepto de comodatario la colección de obras de arte que componen la herencia de don Joaquín Sorolla. La titularidad de estas obras se atribuye a Fundación «Museo Sorolla», cuyos estatutos son objeto de aprobación por la norma presentada.

— En la configuración de los órganos de gobierno, pese que el artículo 1 de los Estatutos califica a la Fundación «Museo Sorolla» como Fundación Cultural Privada, coexisten, junto a vocales de representación de la familia Sorolla y otros de libre designación, titulares de cargos públicos designados por razón de los mis-

(*) Se refiere a las disposiciones publicadas en el Boletín Oficial del Estado durante el tercer trimestre de 1993.

mos. Así, el Consejo del Patronato está integrado por el Director general de Bellas Artes y Archivos, como presidente, y por tres vocales natos: el Director de los Museos Estatales, el Subdirector general de Protección del Patrimonio Histórico y el Director del Museo Sorolla, cuatro vocales de representación de la familia Sorolla y otros cuatro de libre designación, nombrados por el Ministro de Cultura, a propuesta del Consejo del Patronato. Este dato sitúa a la entidad fundacional en un punto intermedio entre las fundaciones públicas y privadas, implicando a la vez cierta distorsión en el esquema tradicional fundamentado en la intervención fiscalizadora del Protectorado de Fundaciones del Ministerio de Cultura, toda vez que esta actividad queda en cierto modo duplicada cuando la intervención administrativa en los órganos de gobierno de la fundación es tan cualificada como en el presente caso.

— Entre las disposiciones establecidas para asegurar la guarda de los bienes constitutivos del patrimonio de la Fundación, contempladas en el artículo 19 de los Estatutos aprobados, destaca la expresa prohibición de enajenar las obras de arte, que, como ya señalamos, habrán de quedar adscritas a la colección fija del Museo Sorolla en concepto de comodato, en iguales condiciones que sus propios fondos.

En cuanto a los restantes bienes que adquiera la fundación, y sin perjuicio de que se hayan de observar las previsiones establecidas en el propio artículo 19, el artículo 15 establece que estarán a disposición del Consejo del Patronato, pudiendo éste incorporarlos al capital de la fundación o consumirlos en cumplimiento de sus fines.

— Además, en caso de extinguirse la Fundación, circunstancia que podrá acontecer en los supuestos previstos en el Código Civil o cuando así lo decidan sus órganos en la forma y con el quórum requerido para la modificación de los Estatutos, los liquidadores habrán de dar a los bienes del Patrimonio Fundacional de origen el destino fijado en la voluntad testamentaria de Joaquín Sorolla.

II. DERECHO REGISTRAL

2. REGLAMENTOS NOTARIAL E HIPOTECARIO. Se desarrolla el Real Decreto 1558/92, de 18 de diciembre, sobre colaboración entre las Notarías y los Registros de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario.

Si en la presentación del Real Decreto 1558/1992, (llevada a cabo en las páginas de Información Legislativa correspondientes al Tomo XLVI, Fascículo II, disposición número 10) mostrábamos cierto pesimismo acerca del alcance práctico que la mencionada norma podía representar para la seguridad del tráfico inmobiliario, el desarrollo de sus previsiones, llevado a cabo por la Orden Ministerial hoy presentada, no contribuye demasiado a modificar nuestra inicial opinión.

— En cuanto a los aspectos positivos de la Orden Ministerial, resulta destacable la ampliación de los datos que los Registradores han de comunicar a los Notarios, que pasa a comprender ahora, además de la información relativa a la titularidad y cargas prevista por el Real Decreto, los siguientes aspectos:

a) En la propia nota simple informativa habrán de hacerse constar las solitudes de información respecto de la misma finca recibidas de otro notario, pendientes de contestación o remitidas en los cuatro días hábiles anteriores (art. 8 párrafo primero de la Orden presentada).

b) Una vez expedida la nota simple informativa, habrá de comunicarse por Telefax al Notario que lo solicitara toda presentación que se haga en el Registro, dentro de los cuatro días hábiles siguientes a la expedición de la certificación o nota, de documentos relacionados con la finca a la que se refiera la información suministrada, así como las solicitudes posteriores de información registral relativas a la misma finca y que, procedentes de otro Notario, reciba en ese mismo plazo (artículo 8 párrafo segundo).

— Resulta también de interés el artículo 10 de la norma presentada, por cuanto viene a regular el orden a seguir en la presentación de las copias de escrituras o escritos a que se refiere el artículo 249 del Reglamento Notarial, recibidas por telefax y fuera de las horas de despacho.

— Los problemas comienzan, sin embargo, desde el momento en que se establece que la solicitud de nota simple informativa, enviada por telefax por los Notarios, ha de ajustarse a un modelo oficial que, según el artículo 2.º de la Orden presentada «se aprobará» por la Dirección General de los Registros y del Notariado, haciéndose constar además en la Disposición Final de la misma Orden que «El cumplimiento de las obligaciones derivadas del sistema de colaboración entre Notarios y Registradores de la Propiedad para la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, alcanzará plena eficacia en el momento de la entrada en vigor de la presente Orden y de los modelos previstos en la misma».

Por si esto fuera poco, el artículo 11 de la Orden Ministerial establece que «cuando el Notario no emplee el telefax para obtener la información a que se refiere el artículo 175.1 del Reglamento Notarial, se aplicará igualmente lo dispuesto en la presente Orden».

Se plantea así un curioso problema de jerarquía normativa, toda vez que la entrada en vigor del Real Decreto 1558/1992 había de producirse a los seis meses de su publicación en el «B.O.E.», que tuvo lugar el día 6 de febrero de 1993. Problema que dudosamente puede ser resuelto mediante la artificiosa diferenciación entre eficacia y «plena eficacia» a que alude la disposición final de la Orden ministerial.

— Además, en el artículo 9 de la Orden presentada y por si no bastara el supuesto contemplado por el nuevo artículo 175.2.b) del Reglamento Notarial, se establece una nueva posibilidad de autorizar la escritura haciendo constar las cargas y gravámenes por lo que resulte de la manifestación de la parte transmitente o constituyente y por lo que aparezca en los títulos que se exhiban al Notario: cuando por obstáculos materiales no puede obtenerse la información registral referida

por el artículo 175.1 del Reglamento Notarial y, además, existan razones de urgencia o necesidades por parte del adquirente.

Se añade así un nuevo caso en el cual se sitúa al adquirente ante la necesidad de optar entre una mínima eficacia procedimental y la propia seguridad de su adquisición, cuando lo lógico sería que tuviera derecho a disfrutar de ambas ventajas.

Además de la inconcreción de los «obstáculos materiales» a que se refiere la Orden, y de que la concurrencia de «razones de urgencia o necesidades del adquirente» supone más bien la regla general que la excepción cuando de la autorización de una escritura de enajenación o gravamen de bienes inmuebles se trata, ante lo cual de escasa utilidad nos parece la exigencia de que el Notario exprese en la parte expositiva de la escritura los obstáculos observados y las razones alegadas por el adquirente, nos parece difícil diferenciar esta previsión normativa de la posibilidad contemplada por el ya citado artículo 175.2.b) del Reglamento Notarial, a menos que entendamos posible la aplicación de lo dispuesto en el artículo 9 de la Orden Ministerial incluso cuando el adquirente no declare su voluntad de prescindir de la información por su conocimiento de la situación jurídica del inmueble, lo cual nos parece francamente inadmisibles, o que entendamos su supuesto de hecho como una especie dentro del género común de situaciones residenciables bajo el propio artículo 175.2.b), en cuyo caso nos parece una previsión innecesaria.

III. DERECHO MERCANTIL

3. INSTITUCIONES DE INVERSION COLECTIVA. Normas de funcionamiento de las Sociedades de Inversión Mobiliaria de Capital Variable. Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de julio de 1993 («B.O.E.» del 17).

Desarrollando la regulación contenida en la Ley 46/1984 de 26 de diciembre y en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre, (reseñado en este Anuario, XLIV-I, disposición n.º 9 de la Información Legislativa) se detallan las normas reguladoras de las Sociedades de Inversión Mobiliaria de Capital Variable. Característica de estas sociedades es la operatoria para la compra y venta de sus propias acciones, cuyo régimen se establece con especial detalle. Obviamente no es aplicable en estos casos el régimen general para la adquisición derivativa de acciones propias. Tanto la adquisición como la venta de estas acciones habrán de hacerse por su valor teórico y, mientras se encuentran en cartera, verán suspendidos sus derechos políticos y económicos.

Las operaciones sobre acciones propias se imponen para asegurar que la cotización bursátil de las mismas no difiera de su valor teórico en más de su 5%. Si resultase imposible el control de la cotización de esta manera, la sociedad deberá aumentar o reducir su capital forzosamente, so pena de perder su condición de Institución de Inversión Colectiva.

El valor teórico de las acciones de estas sociedades, que constituye un dato esencial de su existencia, debe publicarse diariamente en el Boletín Oficial de las Bolsas en que cotice. Otro dato importante, como es el número de acciones en circulación, debe ser objeto de publicación mensual.

4. VALORES MOBILIARIOS. Regulación de los folletos informativos de emisiones y ofertas públicas de venta.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de julio de 1993 («B.O.E.» del 22).

Se desarrolla el Real Decreto 291/1992, de 27 de marzo, regulador de las emisiones y OPV de valores (reseñado en este Anuario, XLV - III, disposición n.º 8 de la Información legislativa) regulando los folletos informativos que deben elaborarse, con distinción de los supuestos que se presentan.

En general se lleva a cabo una integración de las sucesivas Directivas comunitarias que han regulado los folletos, lo cual permite simplificar la tramitación de aquellos casos en que la emisión o colocación se simultanea en varios Estados miembros.

La Orden se completa con una serie de modelos de folleto, utilizables en cada caso: A (renta variable), B (renta fija), C (emisor persona física), D (emisores públicos) y E (Sociedades de Inversión Mobiliaria).

Estos mismos modelos se aplicarán en los procedimientos de admisión de valores a negociación en Bolsa.

V. OTRAS DISPOSICIONES

5. DEPARTAMENTOS MINISTERIALES. Reestructuración del Gobierno.

Real Decreto 1173/1993, de 13 de julio («B.O.E.» del 14).

Con ocasión del nombramiento de nuevo Gobierno, se modifican algunos departamentos ministeriales, quedando su número fijado en dieciséis. Las reformas introducidas son las siguientes:

— El Ministerio de Obras Públicas y Transportes añade a su denominación «Medio Ambiente», sin alterarse sus competencias.

— Los Ministerios de Industria y Energía y de Comercio y Turismo se crean escindiéndose el anterior departamento que englobaba ambos sectores.

— El Ministerio de la Presidencia asume las funciones de los Ministerios de Relaciones con las Cortes y Secretaría del Gobierno y del Portavoz del Gobierno, que se suprimen.

— El Ministerio de Asuntos Sociales amplía sus funciones a costa de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Sanidad y Consumo.

6. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Adhesión al Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Instrumento de ratificación de 7 de mayo de 1993 («B.O.E.» del 19 de julio).

España y Portugal se adhieren ahora al Convenio de Roma de 1980, elaborado por los países integrantes, entonces, de la Comunidad Económica Europea.

El texto del Convenio, muy prolijo y detallado, parte de remitir a la libre elección de las partes la determinación de la ley aplicable, sin perjuicio de contemplar la solución a los casos de falta de elección y de establecer reglas singulares para contratos especiales.

7. ADMINISTRACIONES PUBLICAS. Regulación de los procedimientos administrativos especiales.

Real Decreto-Ley 14/1993, de 4 de agosto («B.O.E.» del 20).

Mediante el presente Real Decreto-Ley se amplía a dieciocho meses el plazo que se establecía en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (presentada en las páginas de Información Legislativa correspondientes al fascículo I del tomo XLVI de este Anuario, disposición n.º 7), para adecuar las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos al nuevo régimen legal.

Coherentemente, el apartado tercero de la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992 también se modifica, refiriéndose al nuevo plazo contemplado en la disposición adicional tercera el momento a partir del cual los procedimientos que se inicien habrán de girarse, en todo caso, por sus preceptos.

8. NUMERO DE IDENTIFICACION FISCAL. Se modifica el artículo 15 del Real Decreto 338/1990, de 9 de marzo, por el que se regula su composición y forma de utilización.

Real Decreto 1393/1993, de 4 de agosto («B.O.E.» del 31).

La presente disposición viene a desarrollar la disposición adicional 18.^a de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que precisaba la obligación de comunicar el Número de Identificación Fiscal en determinadas operaciones realizadas por entidades de crédito, así como cuando estas entidades libren cheques, y el artículo 84 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, que imponía también a las mencionadas entidades el deber de dejar constancia del pago del cheque y de la identificación del tenedor que lo presente al cobro.

Se regula así con el debido detalle la forma en que las entidades de crédito deberán dejar constancia y comunicar esos datos a la Administración Tributaria, estableciéndose también, pese al carácter reglamentario de la norma, las sanciones aplicables al incumplimiento de los referidos deberes.

9. CUERPOS DOCENTES UNIVERSITARIOS. Jubilación de su personal.

Real Decreto-Ley 15/1993, de 17 de septiembre («B.O.E.» del 21).

Se difiere la jubilación de los funcionarios de cuerpos docentes universitarios, permitiendo a los que correspondería la jubilación forzosa al fin del curso académico 1992-1993, optar por remitirla a la finalización del curso siguiente.

CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE LA
REFORMA DEL DERECHO CONTRACTUAL Y
LA PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES
(ZARAGOZA, NOVIEMBRE 1993)

GEMMA BOTANA GARCÍA
AURORA LÓPEZ AZCONA

Area de Derecho Civil.
Facultad de Derecho de Zaragoza

Durante los días 15 a 18 de noviembre de 1993, Zaragoza fue sede del Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la Protección de los Consumidores, organizado por el Area de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza. El Comité científico del Congreso estuvo integrado por los Catedráticos de Derecho Civil, profesores GARCIA CANTERO, DELGADO ECHEVERRIA, MOREU BALLONGA, LUNA SERRANO y RAMS ALBESA. El objetivo del Congreso era la reunión de un Foro seleccionado de juristas, con representación tanto de la doctrina española como comparada europea, para examinar en profundidad la actualización -y posible revisión- del Derecho de Obligaciones y Contratos. En efecto, la mutación del Derecho contractual viene originada, al menos, por tres factores: el propio desfase temporal, en alguno de sus aspectos, del Código Civil; la incidencia del Derecho comunitario y la necesidad de adaptar el Derecho interno al mismo; e igualmente la influencia decisiva de los principios constitucionales, en particular del relativo a la protección de los consumidores.

El principio de la autonomía de la voluntad acusa un determinado grado de desfase al finalizar este siglo en la regulación específica de los contratos. Parece indiscutible que nuestro Derecho de contratos se encuentra necesitado de una actualización. Para ello se hace indispensable acometer la reforma del Derecho contractual en nuestro propio Código civil. Sería muy deseable que esta reforma se llevase a cabo lo más pronto posible y por los especialistas en la materia. Por otra parte,

no se debe olvidar que en la renovación del Derecho de contratos juega un papel fundamental nuestra pertenencia a la Comunidad Europea.

El Congreso se estructuró en tres grandes Secciones. La primera Sección se dedicó al tema de «*La reforma del Derecho de la Contratación en los países de la Comunidad Europea*», mientras que la segunda reunió intervenciones tendentes al examen de «*La reforma del Derecho de la contratación en España*». Finalmente, y dada su creciente importancia, el tercer bloque de aportaciones tuvo como objeto la «*Informática y Derecho de Obligaciones*» (1).

El planteamiento del Derecho comparado, tema monográfico de la primera jornada, se inició con la exposición de la situación normativa, doctrinal y jurisprudencial en el Ordenamiento alemán, por razón de

(1) Las comunicaciones presentadas al Congreso fueron las que siguen: «*Un anacronismo legal: las arras en el Código de Comercio*», E. Alfonso Rodríguez; «*Algunos problemas que plantea la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en supuestos de prestación de servicios en relación al Derecho español*», M. T. Alonso Pérez; «*La unificación del contrato de compraventa*», J. M. Alvarez Carvallo; «*Pactos de limitación indirecta de responsabilidad en las condiciones generales de los contratos, en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*» D. Bello Janeiro; «*El derecho de revocación en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*», J. M. Caballero Lozano; «*El control de las condiciones generales de la contratación y el consumidor final*», M. T. Carrancho Herrero; «*Una aproximación a la contratación por medios electrónicos*», S. Cavanillas Múgica; «*Algunas consideraciones sobre el consumidor en la compraventa de inmuebles: el título constitutivo de la propiedad horizontal como instrumento de protección*», A. M. Díaz Martínez; «*Reserva de dominio y unificación contractual*», M. A. Egusquiza Balmaseda; «*Notas sobre el régimen de responsabilidad de daños por productos ex art. 28 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*», J. A. García García; «*La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del consumo*», M. P. García Rubio; «*Los daños causados por filtraciones de aguas: un supuesto de concurrencia de normas de responsabilidad extracontractual*», J. R. García Vicente; «*El arbitraje como cauce idóneo para la solución de conflictos surgidos en el ámbito de consumo*», S. Gaspar Lera; «*Contratos informáticos: defensa del usuario en fase precontractual*», M. Gómez Peral; «*El desestimiento de los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles en el Derecho comparado*», M. Klein; «*El derecho a la información de los consumidores y usuarios en la contratación con entidades de crédito*», A. Lizcano Giles; «*La conexión de contratos como "relación preexistente" a efectos de la determinación del ámbito de responsabilidad contractual*», A. M. López Frías; «*La revalorización del principio de "justo equilibrio de las contraprestaciones" en el nuevo Derecho contractual: el art. 10.1.c. de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*», J. A. Martín Pérez; «*La contratación por medio de videotex*», M. Martínez Martínez; «*Derecho de arrepentimiento y régimen de riesgos*», M. L. Moreno-Torres Herrera; «*Algunas razones para fundamentar la unificación del Derecho patrimonial privado*», T. Puente Muñoz; «*Naturaleza jurídica del derecho de revocación en los contratos celebrados fuera del establecimiento de mercantil (presupuestos metodológicos)*», M. Ruiz Muñoz; «*La admisibilidad de la gestión de negocios sin mandato en el Derecho administrativo*», E. Sánchez Jordán; «*La reparación "in natura" del daño corporal*», E. Vicente Domingo; y por último «*Los contratos de adhesión. Nuevas tendencias en la evolución de la protección del consumidor en el Derecho norteamericano*», A. Viguri Perea.

las Ponencias de los profesores Hans-Leo WEYERS de la Universidad de Frankfurt a.M., sobre «*La reforma del Derecho de la Contratación en Alemania*» y Norbert REICH de la Universidad de Bremen, concierne a «*La réforme du Droit des Contrats de Consommation*». Ambos prestigiosos profesores, de una manera coordinada y eficaz, lograron ofrecer una rica visión de la problemática existente sobre el tema en su país.

La primera Ponencia, a cargo del profesor WEYERS, reflejó el estado de opinión de los autores y prácticos alemanes sobre la reforma del Derecho de Obligaciones, detectándose una cierta falta de unanimidad sobre la necesidad de una operación innovadora inmediata. Con todo, sí que parece prosperar-al menos por parte del Ministerio de Justicia Federal- la idea de materializar una revisión parcial, toda vez que se ha dado publicidad en 1992 a un Anteproyecto de Ley elaborado por una comisión *ad hoc* que ha suscitado un intenso debate doctrinal. Las materias que se ven afectadas por el mismo son el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de contratos, saneamiento en materia de compraventa y de contrato de obra y, finalmente, la prescripción. Como principal innovación, el Anteproyecto sustituye las formas tradicionales de incumplimiento por un único concepto de «incumplimiento del deber» (*Pflichtverletzung*), sancionado con el resarcimiento de daños y en supuestos graves, con la rescisión del contrato. Otro tema de gran interés, entre los muchos que suscitó la conferencia de WEYERS, fue la posible unificación del Derecho civil y mercantil, lo que no tiene visos de producirse de inmediato, habida cuenta de que el verdadero objeto de la discusión en Alemania es el ámbito subjetivo de aplicación de las leyes mercantiles, ante la vigencia de las normas dimanantes del principio de protección de los consumidores. Asimismo, se dilucidó sobre la posible aplicación de un mismo régimen jurídico a los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual, recogándose en Derecho alemán la distinción entre lesión del derecho o deber (*Verletzung*) y el resarcimiento del daño (*Schaden*). Según este criterio divisorio, en la lesión del derecho se discrimina en el BGB, y a diferencia de lo que ocurre con la obligación de compensar el daño, entre los presupuestos de la responsabilidad contractual y delictual. A la hora de fijar la indemnización es intrascendente tanto el grado de culpa como la previsibilidad del daño. Con todo, el Derecho germano sí que atiende a unas diferentes reglas de prescripción según el tipo de responsabilidad. Tras exponer algunas cuestiones planteadas en el tráfico jurídico por la notable influencia de la informática en los actos jurídicos, el profesor alemán propone un cuerpo de normas, bien independiente, bien mediante una reforma del Código Civil, que integre toda la Teoría general del contrato y los contratos especiales para el ciudadano común.

El Profesor REICH, que se ciñó al Derecho de los contratos de consumo, comenzó su exposición afirmando que en Alemania no hay un régimen jurídico particular para los contratos propuestos a los consu-

midores; es solamente a través de las Directivas comunitarias y las Convenciones europeas que la noción de consumidor ha encontrado su reconocimiento en el Derecho alemán. El proceso de reforma no se ha visto paralizado después de los años setenta, pero ha cambiado de lugar en el sentido de que ha sido transferido a la sede del *Bundesgerichtshof* (2) (en adelante, BGH) y a Bruselas. Su informe estuvo orientado en dos direcciones. En la primera realizó un análisis de la jurisprudencia del BGH sobre la AGBG concerniente a las cláusulas abusivas en los contratos prerredactados de los servicios de consumo. En la segunda parte se interesó por la adaptación de la legislación alemana a las Directivas comunitarias. En materia de control de las cláusulas contractuales prerredactadas distinguió especialmente entre el control relativo a su inclusión en el contrato y el control de su contenido material. Parece que el criterio de la transparencia se ha convertido en el principio rector no solamente de la conclusión del contrato, sino también del control de su contenido, si las cláusulas prerredactadas son utilizadas por el profesional contra el consumidor. El ponente expuso las notas más destacadas de la jurisprudencia del BGH sobre la aplicación del principio de transparencia a las garantías contractuales, a los contratos de seguro, a las cláusulas suplementarias de los precios, a las cláusulas sobre los elementos de determinación del precio, así como a los contratos bancarios. Habló, asimismo, del principio llamado *Interessenabwägung* empleado por el BGH que consiste en partir de que el hecho mismo de la imposición de una cláusula prerredactada es el ejercicio unilateral de la libertad contractual. Este ejercicio está únicamente justificado si el usuario de las condiciones generales ha tomado en cuenta no sólo sus propios intereses, sino también los de sus cocontratantes. En su opinión, este método abre un camino importante de control y permite al mismo tiempo una evolución del derecho contractual para el examen de los nuevos contratos-tipos, especialmente de los servicios de consumo. Asegura la flexibilidad del derecho de los contratos y la equidad de las obligaciones mutuas de las partes contratantes. Un tercer método de control es el de una definición de la esencia del contrato por el BGH. Este método -para el profesor REICH- es particularmente relevante y al mismo tiempo difícil frente a la proliferación de nuevos tipos de contratos no habiendo encontrado una reglamentación suficiente en la legislación civil. La segunda parte de su informe estuvo centrada en la legislación alemana de los contratos de consumo. En

(2) El *Bundesgerichtshof* es la instancia suprema para decidir sobre la licitud de las cláusulas abusivas puestas bajo su control por medio de la Acción en grupo intentada por las asociaciones de consumidores.

El control judicial de las condiciones generales es ahora en Alemania el medio más importante para asegurar la adaptación del derecho contractual a los cambios sociales y económicos, y supone en opinión de REICH «una mejor protección de los consumidores».

esta materia el legislador nacional, incluido el legislador alemán, se ha limitado a adaptar o no su derecho particular a las Directivas comunitarias. Es decir, en Derecho de consumo es ahora el legislador comunitario quien ha tomado la iniciativa. Finalizó su explicación con un breve análisis de las Directivas comunitarias más importantes en esta materia y la adaptación de su país a las mismas.

El siguiente país de la Comunidad Europea en exponer su proceso de reforma del Derecho de la contratación fue Bélgica. Esta intervención estuvo a cargo de Françoise DOMONT-NAERT del Centre de Droit de la Consommation de la Universidad de Louvain-La-Neuve, que presentó la comunicación «*L'évolution du Droit des contrats au regard de la protection des consommateurs en Belgique*». Comenzó diciendo que si el Derecho de consumo había sido objeto en Bélgica, desde hacia una quincena de años, de una corriente jurisprudencial y doctrinal cada vez más afianzada, sólo recientemente ciertas proposiciones han sido traducidas bajo forma legislativa. Enumeró las leyes más importantes adoptadas en Bélgica en ámbitos que interesan a la protección de los consumidores: Ley de 14 de julio de 1991 sobre las prácticas de comercio y sobre la protección y la información del consumidor, Ley de 12 de junio de 1991 relativa al crédito de consumo, Ley de 4 de agosto de 1992 referente al crédito hipotecario y, por último, Ley de 25 de junio de 1992 sobre el contrato de seguros terrestres. Estas normas se caracterizan por la atención prestada a la categoría de los consumidores como destinatarios de derechos y de una protección particular, por la protección reforzada del consentimiento, por el retroceso del principio de la autonomía de la voluntad y por la ampliación del marco contractual que resulta de varias disposiciones. La ponente fue analizando brevemente cada unas de estas notas características. Para DOMONT-NAERT el Derecho de consumo se distingue del Derecho común de los contratos por el modelo colectivo que adopta, por el nuevo papel que atribuye a la información de las partes y por su toma en consideración de las nuevas realidades económicas y sociales. Modelo colectivo necesario para llegar a un mejor equilibrio entre los poderes respectivos de los actores presentes en las relaciones de consumo. A su vez la información del consumidor sobre las condiciones en las que contrata tiene un efecto preventivo. Por otra parte, la toma en consideración por el Derecho de consumo del desequilibrio entre los *partenaires* económicos conduce igualmente a una apreciación en concreto de su comportamiento. La noción de consumidor *medio* se encuentra desde ahora descartada de las normas en razón de su adecuación. La conferenciante fue rotunda en su conclusión final al señalar que el Derecho de consumo se afirma como un derecho autónomo, teniendo sus principios generales propios, sus reglas de interpretación, prueba e información, sus modos de reglamentar los litigios etc. Para ella la Teoría general del contrato no puede encontrar su unidad más que integrando estas experiencias.

La cuarta intervención corrió a cargo del profesor Michel VIVANT de la Universidad de Montpellier, que disertó sobre «*L'informatique dans la théorie générale du contrat*». Esta Ponencia, aunque perteneciente por su contenido a la tercera Sección del Congreso dedicada precisamente a la «*Informática y Derecho de Obligaciones*», se expuso en la sesión inaugural por razones de organización. Comenzó su exposición diciendo que la informática puede ser una herramienta o un objeto para el Derecho. Herramienta para el Derecho ya que supone la desmaterialización de los contratos que pasan por un vector electrónico. La informática obliga a interrogarse sobre la Teoría general del contrato, ya que es, de hecho, objeto de contrato. En el terreno de la calificación, constatar primero que la operación cubre en realidad dos contratos: uno -indiscutiblemente de venta- sobre el soporte del *software*, el otro sobre la creación del *software*. Para el profesor VIVANT la informática exige contemplar la Teoría general del contrato desde una nueva perspectiva. Examinó, en primer lugar, los contratos de informática y el afinamiento de los conceptos; en segundo lugar, los contratos de informática y la reconsideración de los equilibrios. Respecto al primer punto declaró que la informática tiene sus propias «herramientas conceptuales» pudiendo desbordar con ello el campo del Derecho. Este afinamiento de los conceptos o, más exactamente, la necesidad de tal afinamiento es más directamente perceptible tratándose de las obligaciones tomadas cuando son invocadas las nociones de garantía, de vicio oculto, conformidad, error. Ello explica que el sector de la informática haya sido favorable particularmente al cambio de la garantía de los vicios ocultos a la no conformidad. Pero lo fundamental reside en el hecho que los contratos del sector informático revitalizan de esta forma el debate sobre el dualismo o el monismo de las obligaciones de entrega -conforme- y la garantía. En lo tocante al segundo punto, el ponente explicó que la construcción jurisprudencial elaborada progresivamente a favor de los contratos de informática contribuye a la consolidación de la idea de que los contratos deberían de ser siempre equilibrados. Los contratos relativos a la informática han sido precisamente los que han propiciado el nacimiento de una importante jurisprudencia sobre el deber de consejo y, sobre el deber de colaboración que pesa sobre las dos partes. El ponente finalizó su intervención aseverando que los contratos de informática no son extraños y cerrados en un universo aparte, sino que obedecen a las reglas comunes. Pero la singularidad que viene dada en razón de la informática, la inmaterialidad y la complejidad de las operaciones ha obligado a una nueva consideración. Resulta necesaria una *relectura* del Derecho de los contratos y de la Teoría general. Es la ocasión de una reflexión madura sobre la herramienta contractual, sobre la noción misma de contrato.

La representación francesa corrió a cargo de los profesores Jacques GHESTIN de la Universidad de París y Jean CALAIS-AULOY de la Universidad de Montpellier. El primero en tomar la palabra fue el profesor GHESTIN sobre «*Une réforme souhaitable du Code Civil: la*

sanction du défaut de conformité et de sécurité des produits». El Derecho francés de la responsabilidad de hecho por los productos defectuosos está profundamente afectado por dos series de disposiciones de origen internacional: la Convención de Viena de 11 de abril de 1980 y la Directiva de la Comunidad Europea de 25 de julio de 1985. El estudio comparado de los diferentes Derechos europeos continentales y de los Derechos que, como el de Quebec, son derivados, constata una dificultad común, a la cual no escapa el Derecho francés: el comprador dispone de un abanico de acciones. Para el ponente *de lege ferenda*, la instauración de una acción única, al menos en el estado de ejecución del contrato, a fin de sancionar la no conformidad de los productos entregados, será el medio de regular el irritante problema de las relaciones complejas entre las acciones. *De lege ferenda* la fusión de las acciones pasa por un ajuste importante de la definición de conformidad y de los plazos. Otra dificultad procede de la jurisprudencia que ha sido apremiada a utilizar un conjunto complejo de disposiciones legislativas dispersas a fin de resolver la cuestión vecina, pero diferente, de la seguridad de los productos. Sobre este derecho complejo la Directiva comunitaria de 25 de julio de 1985 obliga a incorporar nuevas soluciones. La opción fundamental ha sido suprimir toda exigencia de prueba de una falta particular del fabricante. La acción nueva dada a las víctimas de los productos defectuosos viene así a añadirse a las que preexisten en los Derechos nacionales y a los Derechos en los cuales la víctima podría prevalerse del título de responsabilidad contractual o extracontractual. En Francia la *Chancellerie* confió a un grupo de trabajo encargado de preparar la introducción en su Derecho de la Directiva comunitaria, que remitió su trabajo al *Garde des Sceaux* el 7 de julio de 1987. Este texto ha sido modificado de forma ligera en febrero de 1988 y en marzo de 1988. Fue ésta última versión la que nos presentó el profesor GHESTIN, pues es la que, en su opinión, constituye la aportación más importante para una reflexión *de lege ferenda*. En primer lugar, trató los rasgos comunes de la responsabilidad de los productos defectuosos centrándose en las nuevas distinciones en función de las partes que operan, para después precisar las relaciones entre las diversas acciones. El Proyecto de Ley hace una distinción esencial entre la responsabilidad contractual por defecto de conformidad de los productos y la responsabilidad por defecto de seguridad de los productos. Analiza en cada una de ellas las condiciones de responsabilidad, los medios de defensa, así como las sanciones. Con referencia la segunda modalidad de responsabilidad, precisa la noción de defecto, la de puesta en circulación y la de daños reparables. Concluyó su exposición diciendo que dicho Proyecto podía ser todavía perfeccionado, especialmente ante el Parlamento, pero que parecía constituir una base de trabajo sería esforzándose por respetar en un conjunto coherente y más simple que el Derecho actual los intereses legítimos de unos y otros. Lamentó que el Gobierno francés hubiese descartado en particular, el aspecto relativo a la conformidad de los productos, que habría

permitido una armonización del Derecho francés con la Convención de Viena y una mejor, coherencia interna, respetando los intereses legítimos de los consumidores y más ampliamente de las víctimas, con los de los productores.

Por su parte, el profesor CALAIS-AULOY disertó sobre «*Le droit de la consommation, facteur d'évolution du Droit des contrats: l'expérience française*». El ponente partió de la estrecha relación entre el Derecho civil y el Derecho de consumo. El Código Civil se aplica tanto a los contratos de consumo como a los demás contratos. El Derecho de consumo no regula solamente el contrato en sentido estricto, busca también proteger a los consumidores antes y después del contrato. Lo que le llevó a concluir que este último Derecho cubre un ámbito más amplio que el Derecho civil. El particularismo del Derecho de consumo va a ser consagrado pronto en Francia mediante una codificación. Una comisión presidida por él mismo había elaborado un Proyecto de Código que habría supuesto una verdadera reforma del Derecho de consumo. El Gobierno se ha limitado a un proyecto menos ambicioso, el de un código que será una simple recopilación de los textos existentes. Para CALAIS-AULOY, el Derecho de consumo añade a los remedios del Código Civil medidas preventivas y colectivas al objeto de impedir, en lo posible, los abusos de poder económico y para proteger al conjunto de los consumidores que hubieran podido ser víctimas de estos abusos. El ponente presentó a todos los congresistas las innovaciones aportadas por el Derecho francés de consumo en materia contractual. Las unas, en sede de formación del contrato, buscan mejorar el consentimiento del consumidor. Otras, relativas al contenido del contrato, tienden a evitar ciertos desequilibrios. Otras novedades afectan a la ejecución del contrato y se dirigen a reforzar las obligaciones en los profesionales. Como última apreciación, subrayó que el Derecho de consumo ejerce sobre el Derecho de los contratos un efecto de arrastre, aunque no es probable que aquél pierda su especificidad.

El encargado de explicar la reforma del Derecho de la contratación en Gran Bretaña fue el profesor Hugh BEALE de la Universidad de Warwick que habló sobre «*The reform of Contract Law and the protection of Consumers*». Comenzó diciendo que el régimen sobre el contrato y gran parte del concepto de consumidor se basa en la jurisprudencia recaída. No hay distinción entre leyes de consumo, legislación general y Derecho mercantil en su país. A continuación, describió los puntos de dificultad en el Derecho inglés de la contratación en relación con la protección de los consumidores a través de numerosos ejemplos, lo que hizo muy interesante la exposición, aunque detallarlos aquí supondría extendernos en demasía, lo cual no es nuestro objetivo. Para el profesor BEALE, en Inglaterra el control público es muy importante por el relativo fracaso de su legislación. Muy a menudo los consumidores no interponen acciones porque los litigios son muy caros; hasta hace poco tiempo no han tenido lugar en Inglaterra procedimientos de modesta entidad económica. Tampoco hay procesos para la

acción colectiva. Es muy difícil coordinar las acciones cuando son varios los afectados. En su opinión, la acción colectiva es muy importante en los contratos con el consumidor, siendo su mejor garantía. Por ello le parece un paso hacia delante la medida adoptada por el artículo 7 de la Directiva sobre cláusulas abusivas que permite a los Estados miembros incluir disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir a los órganos judiciales o administrativos competentes. Finalizó su intervención manifestando que la reforma del Derecho civil es muy importante, pero que sólo era una parte del problema, ya que procedimientos públicos y acciones colectivas deberían completarla.

La doctrina italiana tuvo como representante en el Congreso al profesor Giuseppe GANDOLFI de la Universidad de Pavía, quien disertó sobre «*L'evoluzione del Diritto dei Contratti (e delle obbligazioni) in Italia*», que viene marcada por la relativa modernidad del *Codice Civile* de 1942. En tal sentido, el jurista italiano resumió los caracteres del Código, tales como el tratamiento independiente de las obligaciones y contratos, la recepción de categorías alemanas, la cierta superación del individualismo, el acogimiento de la teoría de la confianza y, de modo especial, la unificación del Derecho civil y mercantil -con expresa contemplación del fenómeno empresarial-, que han permitido una fácil adaptación a la reciente vida jurídica. No es extraño, por tanto, que las reformas legislativas posteriores hayan sido puntuales, viniendo motivadas por la aprobación del Texto Constitucional o la regulación europea en materia de consumo que ha sido acogida por el Ordenamiento italiano. Pese a ello, no debe olvidarse el planteamiento sumamente novedoso del Código civil en materia de protección de consumidores en tanto que dedicó dos de sus preceptos -arts. 1341 y 1342- a la tutela de la parte más débil. En definitiva, no existen en el Ordenamiento italiano perspectivas de reforma, no obstante lo cual, podría practicarse -a juicio del ponente- con la unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos en el ámbito europeo comunitario.

Para finalizar la interesante panorámica legal europea, el profesor Ewoud HONDIUS de la Universidad de Utrecht presentó una Ponencia sobre los Países Bajos bajo el título de «*Reform of Contract Law and the Protection of Consumers in the Netherlands*». Muchas fueron las cuestiones que fueron diseccionadas, entre las que pueden destacarse el hito de la reciente aprobación de un nuevo Código Civil de 1992 que ha conllevado la unificación del Derecho civil y mercantil, siendo el único país que ha realizado dicha operación tras la II Guerra Mundial. No obstante, la reforma, con ser significativa, no supuso sino culminar una tendencia, que ya existía en el plano procesal. El Código vigente se basa -en el tema que nos ocupa- en la distinción entre consumidores y no consumidores, dispensando para los primeros una mayor protección. Dicha protección, por ejemplo en la compraventa, se instrumenta a través de normas coercitivas y reglas específicas en ma-

teria de publicidad. Por lo demás, en Holanda -al igual que en Alemania- se mantiene la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, aunque las normas sobre daños son idénticas. La influencia de la protección de los consumidores ha sido tal en Holanda, que se discute si el Código Civil recién aprobado se basa en el principio de libertad contractual o, por el contrario, en el de la protección de la parte débil. HONDIUS, a pesar del silencio del Código, sugiere la posible ampliación del concepto de «parte débil», que, sin limitarse al consumidor, pueda beneficiar, entre otros, al empleado o al arrendatario.

Dado el interés de las Ponencias expuestas por los profesores europeos, la segunda jornada se abrió con la celebración de un debate de las mismas que se desarrolló durante casi dos horas. Asimismo las Ponencias posteriores fueron seguidas de su correspondiente debate.

A continuación, el profesor Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO fue el encargado de inaugurar las exposiciones dedicadas a la problemática del Congreso en España, realizando una «*Introducción General*». En la misma se trazaron, de manera sumamente reveladora, los principios de Código civil -donde resalta la libertad contractual- en su relación con el marco constitucional. De este modo, la autonomía de la voluntad ha pasado nada menos que a formar parte de la Constitución Económica, debido a su inclusión en el art. 38 de la Carta Magna. Sin embargo, como señaló el profesor BERCOVITZ, esta coincidencia entre el Código y Constitución no impide considerar la necesidad de una reforma y profunda actualización de la regulación civil de los contratos. La evolución normativa se impone debido al desfase de nuestro Derecho codificado de contratos, tanto en Teoría general -piénsese en el tema de la perfección- como en la regulación de ciertos contratos. El ponente se detuvo en algunos supuestos contractuales concretos, con una actitud comprometida, reflejando los aspectos susceptibles de mejora en algunos contratos. Así, por ejemplo, en el contrato de compraventa criticó los instrumentos legales que protegen al comprador frente a los vicios de la cosa vendida, ya que resultan a todas luces insuficientes, de modo que deberían ser complementados con acciones de reparación o de sustitución de la cosa. Y, asimismo, destacó la incompleta regulación del arrendamiento de servicios, pese a la importancia de este sector económico en nuestro país. De igual modo, resulta censurable la ausencia de normativa pura y simple en el Ordenamiento español respecto a algunos contratos específicos (contratos sobre bienes de la personalidad, contratos de suministro, de financiación, etc.). En la reforma que auspicia el ponente debe acometerse -entre otros asuntos- la unificación de los contratos civiles y mercantiles y la inserción del Derecho comunitario sobre protección de consumidores. Dentro del Derecho derivado europeo sobre la materia, hizo hincapié en la reciente Directiva, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, a la que todavía no se ha adap-

tado el Ordenamiento español y, en concreto, el art. 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La segunda Ponencia correspondió al profesor Francisco VICENT CHULIA, que abordó uno de los temas centrales del Congreso desde la perspectiva mercantilista: «*La unificación del Derecho de Obligaciones*». En efecto, tras considerar que la posible unificación del Derecho mercantil y civil en materia de obligaciones y contratos resulta especialmente acuciante debido a la inseguridad jurídica creada no sólo para los particulares sino también para los Poderes públicos -especialmente, para el legislador-, el ponente entiende que la dualidad de legislaciones no tiene sentido, ya que el tráfico jurídico actualmente vigente no la justifica. La unificación del Derecho privado ha de suponer -en su opinión- la culminación de un proceso jalonado por una serie de fenómenos normativos previos, tales como la «comercialización del Derecho civil», la reducción de la normativa especial mercantil y la objetivación del Derecho mercantil legislado. El Profesor VICENT CHULIA se aparta de la doctrina mercantilista mayoritaria que ha llevado a cabo una interpretación extensiva de los contratos mercantiles, incluyendo en los mismos todo contrato de empresa. Tal tesis dominante lleva, según el conferenciante, a situaciones injustas, como, por ejemplo, la aplicación de los usos del comercio a los no comerciantes. Para el ponente es indispensable proceder a una derogación del Código de Comercio, incorporando al Código Civil algunas reglas puramente mercantiles.

La segunda jornada finalizó con la intervención del profesor Carlos MARTINEZ DE AGUIRRE, que disertó sobre «*La transcendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones*». El ponente partió de la consideración de que el Derecho de obligaciones codificado no es apto técnicamente para hacer frente a las nuevas realidades del tráfico jurídico y, asimismo, responde a unos postulados ideológicos que son en buena parte responsables de su ineficacia funcional. Las nuevas coordenadas del Derecho de obligaciones vienen precisadas por el tráfico patrimonial en masa y la protección de los consumidores. Lo que caracteriza precisamente a éstos últimos es la situación de inferioridad en que se encuentran. Hasta la fecha el mercado se ha mostrado incapaz de solventar por sí mismo los problemas creados por su configuración actual en relación con los consumidores, del mismo modo que la Teoría jurídica tradicional ha resultado ser insuficiente para dar respuesta jurídica a esas mismas cuestiones, en su vertiente jurídica. Ha sido preciso, por tanto, adoptar medidas de carácter jurídico, cuya finalidad específica es la protección de los intereses del consumidor como parte más débil. El profesor MARTINEZ DE AGUIRRE propuso considerar la protección a los consumidores como un principio general del Derecho. Lo cual exige, en su opinión, poner en conexión este principio con las dos funciones que incumben a la categoría, de acuerdo con el artículo 1 del Código civil: la función informadora y la función de fuente supletoria de se-

gundo grado. La consideración -entre otras- de la situación de inferioridad de los consumidores y de la falta de aptitud del Derecho codificado para impedir las consecuencias perjudiciales de dicha situación ha traído consigo un replanteamiento del tema de la justicia contractual. Ya no se puede sostener la idea de que el Derecho ha de preocuparse únicamente de los procedimientos de negociación, o de la formación correcta de la voluntad contractual, y no del contenido del contenido del contrato: ambos deben constituir objeto de su atención. En la última parte de su exposición el ponente hizo un breve repaso de la incidencia de la normativa de protección a los consumidores en aspectos concretos de la Teoría general del contrato. Lo estructuró en atención a las principales fases de desarrollo del contrato: formación del contrato, contenido y cumplimiento del contrato, que no detallamos por no hacer excesivamente amplia la crónica.

La tercera jornada se inició con la exposición del profesor Fernando PANTALEON, el cual, pese al título restringido de su Ponencia «*Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*», se refirió a todos los medios de tutela del acreedor frente al incumplimiento contractual, conceptualizado, de un modo amplio, como toda desviación del programa de prestación. A su juicio, es un requisito de eficacia del sistema jurídico construir un conjunto unitario y relacionado de mecanismos de tutela frente a toda clase de incumplimiento o, lo que es lo mismo, frente a la imposibilidad originaria o sobrevenida de la obligación, la mora y el cumplimiento defectuoso. Dentro de éste último, incluye la evicción y vicios ocultos de la cosa vendida, los defectos de calidad o cabida del inmueble vendido y los vicios de ruina en el contrato de obra. Este planteamiento sumamente innovador requiere importantes modificaciones del Código civil, aunque ya algunas de ellas han sido acogidas por la jurisprudencia. Por lo demás, no se trata de adoptar un nuevo concepto de incumplimiento, sino de plasmar legalmente como programa típico de prestación del deudor el convertir al acreedor en propietario libre de cargas de una cosa de las características acordadas o, en defecto, de pacto, de las adecuadas a su uso normal. En resumen, el profesor PANTALEON, de un modo sistemático, ofreció cuatro tipos de tutela: a) la pretensión de cumplimiento que comprende la reparación de los vicios, la sustitución del objeto y cualquier otra forma de corregir la prestación defectuosa; b) los remedios sinalagmáticos, es decir, independientes de la imputabilidad del incumplimiento, incluyendo la resolución del contrato, la reducción del precio, la *exceptio inadimplenti contractus*, la resolución anticipada del contrato y la «excepción de riesgo de incumplimiento»; c) los remedios indemnizatorios (responsabilidad contractual en sentido estricto e indemnización de los gastos del contrato); y d) la pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado obtenido por el deudor a costa del acreedor. Por lo que concierne a la responsabilidad contractual en sentido estricto, enumeró una serie de bases para una futura re-

forma legislativa, tales como la objetivación de sus criterios de imputación.

La segunda Ponencia correspondió al profesor Ricardo DE ANGEL YAGÜEZ, quien se refirió al «*Puesto que ocupa el Derecho de Daños en el Derecho de Obligaciones*» desde la dualidad de regímenes de regulación en el Código Civil de la responsabilidad contractual y extracontractual. En efecto, dicha distinción, que conceptualmente puede ser delimitada con cierta precisión, se difumina en la práctica judicial, planteando contradicciones y problemas de seguridad jurídica. Se impone, por tanto, una aproximación normativa, para lo que efectúa un análisis de cada una de las manifestaciones donde aparece la citada dualidad de regímenes, tales como la graduación de la gravedad de la culpa, el alcance del deber de reparar con la aplicación del límite de la previsibilidad del daño (art. 1.107 Cc.), la concurrencia de varias personas en la causación del daño o la prescripción. También, se reflejan la dicotomía de regulaciones en los aspectos procesales en extremos tan importantes, como la formulación de la *causa petendi*, en la competencia judicial territorial, en las normas de Derecho Internacional Privado o en la prueba de la culpa. Una vez estudiados los asuntos reseñados, el profesor DE ANGEL entiende que, con todo, puede afirmarse la extrema debilidad de la distinción de regulaciones, dándose una mutua interacción entre los preceptos dedicados a la responsabilidad contractual y extracontractual. Una buena prueba de ello consiste en la virtual desaparición de los criterios diferenciadores de la cuantía de la indemnización que se han visto unificados -en la práctica comparada y española- en los daños por responsabilidad contractual y extracontractual. Tampoco cabe desconocer -como apuntó certeramente DE ANGEL- las fórmulas legales y jurisprudenciales que se están empleando para mitigar la reiteradamente citada dualidad de regímenes. En el plano legislativo, son reseñables los esfuerzos de unificación de ambos regímenes, bien de los presupuestos de la obligación de indemnizar (un proyecto argentino en fase de tramitación), bien del régimen de la indemnización (Código de las obligaciones suizo, Código civil portugués y Código civil holandés). Asimismo, resulta ilustrativa la última jurisprudencia del Tribunal Supremo que, aún manteniendo la distinción formal, permite al demandante la pretensión alternativa de reconocimiento de responsabilidad contractual o extracontractual y, aún incluso, la mera descripción de los hechos y su prueba, de manera que quede clara su pretensión de resarcimiento.

Como tercer ponente, el profesor Francisco RIVERO HERNANDEZ ofreció un exhaustivo estudio jurisprudencial, bajo el rótulo de «*Cien años de jurisprudencia sobre contratos en particular*». El profesor RIVERO constató la evolución de orden cualitativo y cuantitativo que han experimentado las sentencias del Tribunal Supremo, matizándose, fuertemente, el principio de autonomía de la voluntad. Como variaciones relevantes en la litigiosidad, puso de relieve el gradual incremento de las sentencias en materia de contratos y, en concreto, de

las referentes a compraventas y arrendamientos rústicos y urbanos. La evolución cualitativa se ha distinguido, en palabras del conferenciante, por la reducción del ámbito de los contratos civiles, una mercantilización de los contratos y la injerencia de la Administración en el ámbito contractual. Sin duda, dichos cambios, aunque se hayan producido con cierta dilación temporal, traen causa de los giros sociales y políticos que vienen marcando últimamente el pulso social. El ponente expresó la dificultad de extraer notas generales de una casuística jurisprudencial vastísima, toda vez que, en la resolución de los conflictos jurídicos, se pretende, antes que ejercicios dogmáticos, atender a las circunstancias del caso concreto. Con todo, se enunciaron algunas orientaciones, tales como la sensibilidad hacia la parte más débil, protección del acreedor, tendencia hacia la objetivación, protección de la apariencia jurídica y un cierto antiformalismo contractual. Por lo demás, no se pueden desconocer las aportaciones jurisprudenciales que son, al menos, de tres ordenes: a) interpretación del régimen legal contractual de carácter integrador, corrector e, incluso, *contra legem*; b) reconstrucción de categorías generales referentes a las obligaciones y la Teoría general del contrato con ocasión de las decisiones sobre contratos en particular; y c) la adaptación del Derecho contractual del Código a la realidad socio-económica. Este último logro -que es el de mayor importancia- ha producido la definición de nuevos contratos, desde nuevas formas de presentación y figuras especiales de contratos típicos hasta contratos atípicos, pasando por los contratos típicos con pactos atípicos y los contratos tipificados; y, asimismo, el perfeccionamiento de las normas ya existentes en el Código y en las legislaciones sectoriales sobre ciertos contratos, por ejemplo el contrato de obra.

Cerró la tercera jornada el profesor José Luis DE LOS MOZOS, que desarrolló un tema de viva actualidad: «*La propuesta de Código Contractual europeo vista desde España*». Esta intervención supuso, ante todo, una valiosa reflexión sobre las ventajas e inconvenientes de un Código de Obligaciones y Contratos europeo unificado. La dimensión de la integración europea conlleva, con cada vez más fuerza, dicha unificación y, si bien parece consensuada -aún con excepciones- la idea de llevarla a cabo, surgen las discrepancias en cuanto al método a seguir. Una primera tendencia está representada por la pretensión de acometer pura y simplemente un Código único europeo. Dicha metodología tuvo un importante respaldo en el Congreso de Pavía de 1990 bajo el título de «*el futuro Código europeo de los contratos*», a pesar del reconocimiento de las dificultades existentes, habida cuenta, entre otras circunstancias, de las profundas diferencias existentes con el sistema del *Common Law*. Un segundo instrumento sugerido por los juristas europeos se basa en los mecanismos extralegales, de los que son buena muestra el *Droit des affaires*, los convenios internacionales y las normas sectoriales comunitarias. La importancia de estas técnicas alternativas -incluso, formulándose como complementarias de un Código europeo- quedó subrayada en el Simposio que organizó el Instituto

Max Plank de Hamburgo en 1991 con el título «*Alternativas a la unificación del Derecho por vía legislativa*». El profesor DE LOS MOZOS, apelando a la cultura jurídica europea, se pronunció a favor del Código unificado, discutiendo la validez de las opciones indirectas. Para ello, el conferenciante acogió la propuesta del encuentro de Pavía de seguir las líneas marcadas por el Libro IV del Código civil italiano.

En la cuarta y última sesión, la primera disertación correspondió al profesor Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, que cerró las intervenciones referidas al ámbito español con este interrogante: «*¿Una nueva doctrina general del contrato?*». El profesor DIEZ-PICAZO se refirió a la evolución, naturaleza y vigencia del principio de autonomía de la voluntad y la categoría tradicional del contrato, ya que ambas concepciones han sido profundamente modeladas y condicionadas por los avatares de la historia política y económica. No debe olvidarse que, tras el apogeo liberal de la figura del contrato, éste sufrió una importante crisis con el surgimiento del intervencionismo público a partir de la postguerra. Más tarde, el llamado *Neoliberalismo* de estos últimos años provocó una resurrección del principio de libertad contractual, sin perjuicio de que se pretenda lograr la justicia interna y el cumplimiento del principio de buena fe. A esta situación, se ha unido la aparición de la legislación de consumo que para el profesor DIEZ-PICAZO supone, antes que un instrumento en la búsqueda de la «calidad de vida», una consolidación del sistema económico. En este orden de cosas, el ponente fue tajante al afirmar que, de ningún modo, puede extraerse una aseveración tan voluntarista como la de considerar la protección de los consumidores como un derecho fundamental. E, igualmente, puso en duda la existencia de un Derecho del Consumo, en cuanto Derecho especial, a pesar de las particularidades características de la legislación en cuestión. Para culminar su discurso, el conferenciante constató una cierta evolución del Ordenamiento dirigida a configurar el contenido del contrato conforme a las exigencias de justicia interna y buena fe, en detrimento de la autonomía de la voluntad.

Acto seguido, la Sección dedicada a la «*Informática y Derecho de obligaciones*» fue inaugurada por el profesor Vicente SANTOS MARTINEZ, que disertó sobre «*Valores informatizados*». Comenzó su exposición diciendo que frente a la clásica concepción de conexión entre Derecho y documento, se ha producido una disyunción por necesidades de la práctica y por la masificación de los tradicionales títulos-valores. Ante la obstrucción que el papel supone en la utilización de los títulos-valores, cabe pensar en el recurso a la informática como posible remedio. Y al respecto son dos las soluciones que se han ideado: una, los sistemas correctores en donde permanece el título pero se le inmoviliza; otra, sistemas restrictivos donde se elimina el título. En España, la solución correctora está representada por el Decreto de 25 de abril de 1974. Ha sido el Derecho financiero el primero en dar un paso para prescindir del título. Se dispuso la creación de un sistema de anotacio-

nes en cuenta para deuda pública. La generalización de los valores sin título *físico* se ha producido gracias a la Ley de 28 de julio de 1988 sobre el Mercado de valores, desarrollada por el importante Decreto de 14 de febrero de 1992. También debe tomarse en consideración el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989. Todo este sistema ha sido organizado en torno a la noción de valores. Los valores entrañan derechos. Estos derechos están integrados o agrupados en una emisión. Estos han de ser negociables. Estarán representados por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. La Exposición de Motivos de la Ley de Mercado de Valores alude a la previsible pérdida de importancia de los títulos. Para el ponente esto es normal porque la misma Ley ha tomado partido en favor de las anotaciones en cuenta. Continuó su exposición hablando de los requisitos y presupuestos para el establecimiento de los valores representados mediante anotaciones, así como de su constitución y transmisión. Con posterioridad se refirió brevemente a los principios registrales informadores del régimen jurídico de los valores representados mediante anotaciones en cuenta. La última parte de la Ponencia estuvo dedicada a la informatización de los valores como forma especial de expresión de los derechos. En opinión del Profesor SANTOS, no hay más remedio que considerar a la representación de los valores mediante anotaciones en cuenta como una forma peculiar de expresión de los derechos. Semejante a los tradicionales registros sobre soporte de papel, de cuyos principios en buena medida se nutre, pero que se nos muestra también con caracteres propios. En conclusión, una nueva forma para la expresión, la utilización y la dinámica de los derechos.

Cerró el turno de intervenciones el profesor Fernando GALINDO AYUDA con su Ponencia sobre «*La utilización de la informática en el acceso a documentación jurídica en materia de obligaciones y contratos*». El ponente comenzó señalando que la informática, o en nuestro terreno las bases de datos, vincula a juristas usuarios de la misma, ocupados de resolver problemas concretos sobre protección de consumidores o sobre la realización y ejecución de contratos, por ejemplo, textos jurídicos. Tomando en consideración este fenómeno, el Profesor GALINDO apuntaba la posibilidad de estudiar una fórmula práctica concreta de conexión entre hechos: actividades de juristas realizadas con motivo de un conflicto sucedido en la realidad, y textos jurídicos. Al mismo tiempo, y ello es lo más importante en su opinión, se puede conocer cuáles son las características requeridas a las categorías, de la obra Dogmática, utilizadas en la relación establecida entre juristas y textos. El conferenciante trató, en primer lugar, el concepto de Derecho, poniendo el énfasis en la reflexión filosófico-jurídica más reciente. En segundo lugar, en congruencia con lo establecido sobre el concepto de Derecho, concretó algunas pautas generales a propósito de la reforma de la Dogmática. A continuación, a partir de los principios anteriores y varias experiencias, hizo una sucinta explicación de

las características más importantes de un ejemplo de sistematización que accede a documentación jurídica en materia de obligaciones y contratos a juristas dogmáticos. Finalizó su Ponencia diciendo que sólo se puede predicar de la actuación de los dogmáticos el adjetivo de jurídica, cuando es posible decir de ella que respeta los criterios mayoritarios de justicia.

Como último acto del Congreso, el profesor DELGADO ECHEVERRIA presentó, con una muy buena acogida entre los asistentes, el Proyecto BIDOC, cuyas siglas corresponden a «*Bibliografía Informatizada de Derecho de Obligaciones y Consumo*». El Proyecto BIDOC se integra en un programa de investigación titulado «*Problemática actual del Derecho civil de obligaciones y contratos en relación con el Principio constitucional de protección de los consumidores*», financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia, en el que ha trabajado durante los últimos dos años un equipo de profesores del Área de Derecho civil de la Facultad de Derecho de Zaragoza (3). Resultado del Proyecto BIDOC ha sido la confección de una base de datos bibliográficos informatizada que, con cerca de siete mil registros, comprende tanto la bibliografía tradicional sobre obligaciones y contratos como la más reciente bibliografía en materia de Derecho de consumo. Esta bibliografía informatizada, de fácil manejo, permite obtener información mediante consulta de cualquier palabra del texto del registro correspondiente a cada obra. La base se complementa con dos tipos de ayudas: un listado genérico de todas las palabras clave y, lo que es más importante, un listado de palabras clave seleccionadas y ordenadas por campos temáticos.

La clausura del Congreso corrió a cargo del Consejero de Sanidad y Consumo de la Diputación General de Aragón, Excmo. Sr. GOMEZ LUS, tras las intervenciones de los profesores GARCIA CANTERO, DE LOS MOZOS y DELGADO ECHEVERRIA, que, a modo de resumen final, formularon una serie de consideraciones acerca de cada una de las secciones del mismo.

Zaragoza, en definitiva, sirvió de marco geográfico para las aportaciones -y, por ende, debates- de un selecto grupo de especialistas europeos sobre uno de los problemas más palpitantes que fluyen en el seno del Derecho privado -la regulación de las obligaciones y contratos en el ámbito europeo-, lo que supone tanto como definir una de las premisas del sistema jurídico y económico del viejo continente.

(3) Han sido miembros integrantes del equipo de investigación: los profesores G. García Cantero -investigador principal-, J. Delgado Echeverría, M. Pérez Alvarez, J. Serrano García, G. Botana García, A. López Azcona, M.^a T. Alonso Pérez, S. Gaspar Lera y la estudiante G. Hernández Uriz.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: «Propiedad y constitución de servidumbres», Dykinson, S. L., 1993, 133 páginas.

La propiedad es una de las instituciones fundamentales de la organización social, económica y —como no— jurídica, de las sociedades contemporáneas. Últimamente, la doctrina ha encaminado sus esfuerzos hacia una depuración y rectificación de los criterios liberales e individualistas con los que aparece configurado el dominio a partir de la codificación, por influencia conjugada del pensamiento iusnaturalista racionalista y el liberalismo económico. La propiedad como señorío individual deja paso a la propiedad solidaria, a la propiedad con función social, a la propiedad con cargas y deberes comunitarios.

¿Pero cuántos de estos esfuerzos por sustraer la categoría del propietario de la figura del soberano autócrata, no se quedan en las formulaciones textuales o formales sin penetrar en el desenvolvimiento íntimo y práctico del actuar propietario? Hay un evidente peligro de que las declaraciones —por más que solemnes y jerárquicamente elevadas—, no sirvan más que para legitimar una esfera de actuación predominante del dueño, cuyo derecho conserva la primacía estructural original. Es lo que nos viene a plantear el profesor Arechederra en las apretadas pero sugerentes páginas de esta monografía: «La función social — escribe, al concluir su estudio— es una apelación externa para legitimar una propiedad que, en la conciencia de los hombres, ha perdido su capacidad configuradora del orden social. Pero su esquema estructural no ha sido sustituido. La retórica tiende a evitar dicha sustitución. Al menos a dilatarla» (p. 133).

El empeño del autor ha consistido en escudriñar la estructura que actualmente presenta el derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico español, utilizando como herramienta de trabajo el análisis dogmático del régimen de constitución de las servidumbres prediales, desde siempre concebidas como una de las principales cargas o limitaciones al actuar propietario. De allí proviene la novedad y la originalidad de los planteamientos contenidos en el libro, que se desmarcan de los criterios con los que se acostumbra manejar la materia, e intentan revelar lo que se encuentra en el trasfondo de los textos y de las declaraciones legislativas.

La indagación tiene su origen en una feliz intuición que recae sobre los arts. 539 y 540 del Código Civil que excluyen a las servidumbres del sistema general de adquisición del resto de los derechos reales, y que articulan una protección más intensa de la soberanía del propietario. El autor advirtió una curiosa similitud entre constitución de servidumbres y restricción a la investigación de la paternidad natural, ideas ambas que inspiraron la legislación civil codificada. Ninguna servidumbre puede constituirse sin la voluntad del propietario; ninguna paternidad extramatrimonial puede ser atribuida sino por voluntad del varón.

El esquema normativo nacido con el Code civil francés de 1804, es recogido por García Goyena y luego adoptado en el Código español de 1889, así como en muchos otros que siguieron las huellas del proceso codificador (el Código civil italiano de 1865, los Códigos civiles de Chile, de 1855, y de Argentina, de 1870, y otros latinoamericanos).

Archederra observa cómo estas formulaciones obedecen a una opción de corte ideológico que va más allá de exigencias de técnica o lógica jurídicas, como lo prueba el hecho que en España se aceptara secularmente sin problemas la adquisición de servidumbres por prescripción, incluso inmemorial. Son por ende muy significativas dos disposiciones que preparan el camino a la codificación civil: el Derecho de las Cortes Generales extraordinarias de 8 de junio de 1813 que declara el cerramiento de las heredades o tierras, y la Real Orden de 11 de febrero de 1836, que dispone la inadmisibilidad de la prescripción para probar servidumbres de pastos. Estas disposiciones, y su interpretación jurisprudencial, van sentando las bases del principio de libertad de la propiedad, que llevará a los codificadores a sustraer a las servidumbres del régimen general de adquisición de los derechos reales.

En concreto, el autor propone que el régimen de constitución y prueba de las servidumbres se entiende sólo a partir de una opción ideológica del legislador que ha querido hacer primar el derecho de propiedad, supeditando a él otros valores susceptibles de protección. Lo que persigue con estas normas es que la limitación de la propiedad por medio de la constitución de las servidumbres prediales no pueda producirse nunca al margen de la voluntad del propietario. Por eso excluye la prescripción de servidumbres discontinuas e inaparentes, cuyo proceso prescriptivo escapa totalmente de los controles del propietario del predio sirviente, y ello tácitamente además imposibilita la aceptación del goce inmemorial como prueba de su adquisición.

Las servidumbres continuas y aparentes pueden prescribirse en el plazo de 20 años (art. 537). Pero en este caso se tratará de una prescripción operada contra la voluntad del propietario, y no al margen de ella: «Lo que ocurra puede ocurrir sin su consentimiento, pero no sin su control» (p. 51).

El autor no adhiere a la doctrina que ha querido ver en el art. 537 un régimen único para prescripción ordinaria y extraordinaria aplicable a las servidumbres. En su parecer, cuando se trata de prescripción ordinaria se está hablando no de una verdadera adquisición, sino más bien del saneamiento del título que esa clase prescripción exige. Sólo habría verdadero modo de adquirir en cuando el título no emanara del propietario, caso en el cual éste no debería verse perjudicado, pues le

bastaría con ejercer la acción negatoria para que la carga de probar la servidumbre pasara al propietario del supuesto predio dominante.

Tratándose de servidumbres discontinuas o inaparentes, que son consideradas imprescriptibles, la exigencia de título sólo puede subsanarse a través de «la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente», según reza el texto del art. 540 del Código Civil. Es decir, es la voluntad del titular de la propiedad la que puede legitimar una servidumbre carente de título. Como se aprecia, se trata de una norma clave para el funcionamiento del sistema, por lo que es detenidamente analizada en la monografía que comentamos. De ese análisis, se extraen interesantes conclusiones que revelan la riqueza de contenido del precepto. El autor sostiene que la suplencia no es formal del título en cuanto documento, sino substantiva; que no se trata de la prueba de un título de servidumbre controvertido, pues en este caso hay título; que puede probarse la servidumbre por confesión, ya que está admitida al permitirse el reconocimiento; que el reconocimiento no exige, aunque no excluye, la preexistencia de la servidumbre, y que el reconocimiento tiene autonomía negocial, es constitutivo, y a la vez probatorio.

Sobre la irrevocabilidad del reconocimiento Arechederra advierte que estamos frente a un negocio unilateral, aunque recepticio, y, por tanto, irrevocable. Si el reconocimiento se contiene en otro negocio jurídico mayor, siguiendo a Laurent y a Baudry-Lacantinerie y Wahl sostiene que la revocación del negocio o su nulidad no desvirtúa el reconocimiento. De nuevo se observa una analogía con lo que sucede con el reconocimiento de la paternidad extramatrimonial.

Matizada es la posición asumida respecto del reconocimiento por acto testamentario; según el autor, la revocación del testamento afectará al reconocimiento de servidumbre si por formar parte de la disposición de bienes su eficacia pende de la eficacia del testamento como tal (pp. 93-94). Se afirma que la subsistencia de la confesión no garantiza la subsistencia de la servidumbre, porque ésta, como todo derecho, requiere una constitución. Por ello, patrimonialmente hablando, el reconocimiento en el testamento, para que sea tal, es decir, constitutivo, se presenta como inescindible del testamento como disposición de bienes (p. 94).

En este punto nos parece advertir cierta incongruencia con el planteamiento general: si se trata de un «reconocimiento», y no de una constitución, debiera valer aun cuando se revoque el testamento. El autor sostiene que «La revocación testamentaria tiene lugar cuando la servidumbre aún no se ha constituido. Queda únicamente la noticia, y su valor confesorio» (p. 95). Si tiene valor confesorio, no vemos por qué no podría revestir las características del reconocimiento del dueño exigido por el art. 540 del Código; sobre todo si el mismo autor en páginas anteriores ha precisado que se admite la confesión para probar una servidumbre (entendemos, ya constituida) (pp. 78-79).

Problemas plantea a la tesis sostenida por Arechederra la referencia que el art. 540 del Código hace a la suplencia del título vía sentencia judicial. En efecto, si se admite sin más la posibilidad de constituir servidumbres por sentencia judicial, podría considerarse procedente todo tipo de pruebas, incluidos el uso y los testigos. La explicación busca superar la referencia vaciándola de contenido y atribui-

yéndola a un error de García Goyena (que agregó esta referencia a la disposición francesa que no la tenía).

Al estudiar el modo en que los derechos forales han enfrentado la materia, el autor vuelve a comprobar que la diferencia no se debe sólo a una distinta tradición, sino también a una ideología diversa. Comenta la Compilación aragonesa, que admite la posesión inmemorial; la Compilación de Navarra que normaliza la prescripción de las servidumbres, diferenciando sólo el régimen de la inmemorial; y la Compilación catalana, que establece sólo la imprescriptibilidad de las servidumbres inaparentes, observándose que las servidumbres de pastos que según el art. 539 del Código Civil es imprescriptible por discontinua, no lo es para la Compilación catalana por ser aparente. Se menciona también la ley 3/1992, de 1 de julio, sobre Derecho Civil Foral del País Vasco, que establece que la servidumbre de paso se adquiere por prescripción de 20 años, mientras según el art. 539 del Código Civil no es prescribible.

El autor vuelve a observar a este propósito la similitud con el criterio normalmente dispar con que el Derecho Foral ha enfrentado el problema de la investigación de la paternidad extramatrimonial, lo que se aprecia particularmente en el derecho catalán que mantuvo la libertad de investigación con prescindencia de los textos restrictivos del Código Civil. Parece confirmarse así la existencia de un sustrato ideológico en las opciones de los codificadores, tanto respecto de la responsabilidad sexual del varón, como de la soberanía del propietario de inmuebles.

La obra de Arechederra es rica en sugerencias, y en «sentencias», que por su densidad muchas veces exigen la doble lectura. Se diría que se trata de un libro meditado y «masticado» por varios años (en su prólogo el autor reconoce haber comenzado a pensar en la cuestión durante el curso de 1987); pero a la vez es un estudio que parece redactado con cierta prisa, la que se advierte formalmente en algunas erratas de imprenta (ya inevitables por el uso de los ordenadores), pero que por sobre todo se percibe en el lenguaje conciso y condensado de la exposición. *En este sentido, hay que alabar el poder de síntesis del autor, pero por otro lado hay que indicar que ciertos temas hubieran podido merecer un desarrollo de mayor extensión.* Por ejemplo, la función de las servidumbres legales es despachada en un breve párrafo, y sin embargo nos parece que hubiera sido útil que el autor se detuviera un poco más en ellas, ya que no pueden ser insignificantes a la hora de atribuir un contenido específico al derecho de propiedad.

Hay que reconocer que sólo se pretendía demostrar la incidencia del régimen de las servidumbres voluntarias como clave para comprender la primacía estructural de la propiedad, y en este sentido pensamos que la obra defiende su tesis a cabalidad, con rigor y seriedad.

«Conocer los modos de adquirir servidumbres es conocer la propiedad. Son cuestiones inseparables» (p. 131); «la constitución de servidumbres se entiende desde la propiedad» (p. 132), son afirmaciones del autor que trasuntan todo el entramado de este enjundioso libro que viene a aportar un nuevo ángulo de enfoque de la propiedad que promete abrir paso a reflexiones, respuestas y quizás también a nuevas dudas e interrogantes.

CABALLOL ANGELATS, Lluís : «La ejecución provisional en el proceso civil», José María Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1993, 406 páginas.

El proceso civil, como método a través del cual los órganos jurisdiccionales pretenden hacer justicia resolviendo los conflictos *inter privatos*, deviene ineficaz cuando ésta se otorga tardíamente pues, tal y como reza el refrán florentino, *giustizia ritardata, giustizia denegata*. El proceso debe tener una duración razonable o, si se prefiere —en términos constitucionales— no debe sufrir dilaciones indebidas (art. 24 de nuestra *Norma Normarum*). Desgraciadamente, y ello lo sabemos todos los operadores jurídicos, la presente exigencia constitucional contituye en la actualidad un mero *desideratum*. Sin duda alguna, la ejecución provisional puede configurarse como un instrumento válido para lograr la tan deseada eficacia del proceso civil. Por esta razón, observamos cómo en la reciente reforma procesal italiana, uno de los aspectos revisados con profundidad, no es otro que la implantación de la ejecución provisional *ope legis* de todas las sentencias dictadas en primera instancia (nuevo artículo 282 del *Codice di Procedura Civile*) (1).

En España —como observa el Profesor Serra Domínguez en el prólogo de esta obra— pocas instituciones como la que constituye el objeto de estudio de Caballol Angelats, habían sido más reclamadas por los juristas, modificada con la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) mediante la Novela de 6 de agosto.

Antes de finalizar el contenido de la obra del Dr. Caballol, es justo destacar las dos grandes dificultades que el autor, a nuestro entender, ha debido superar: en primer lugar, la escasez de estudios doctrinales. Tan sólo destacan las monografías del Profesor Pérez Gordo (La ejecución provisional en el proceso civil, Barcelona, 1973) en nuestro país, y la del profesor Federico Carpi (*La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, 1979) en Italia; así como algunas publicaciones en revistas (*ad exemplum*, podemos mencionar los diversos ensayos del Profesor Ortells Ramos). Y, en segundo lugar, la deficiente normativa reguladora de esta institución, reformada en 1984.

(1) Sobre el particular, *vid.* CAPPONI, B.: *L'esecutività della sentenza di primo grado e l'efficacia espansiva esterna della sentenza di riforma nella legge n. 353/1990*, en *Documenti Giustizia*, 1-2/1993, pp. 94 y ss.; TOMMASEO, F.: *L'esecutorietà della sentenza*, en «La Riforma del processo civile» (AAVV.), Edit. CEDAM, Padova, 1992, pp. 145 y ss.; LASAGNO, G.: *Esecuzione provvisoria*, en CHIARLONI (Coord.): «Le riforme del processo civile», Edit. Zanichelli, Bologna-Roma, 1993, pp. 338 y ss.; CHIARLONI, S.: *Provvedimenti urgenti per il processo civile (commento artt. 33, 34 y 69)*, en *Le nuove leggi civili commentate*, I-II/1992, pp. 153 y ss.; TARZIA, G.: *Lineamenti del nuovo processo civile di cognizione*, Edit., Giuffrè, Milano, 1991, pp. 185 y ss.; PROTO PISANI, A.: *La nuova disciplina del processo civile*, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 193 y ss.; ATTARDI, A.: *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Edit. CEDAM, Padova, 1991, pp. 166 y ss.; CONSOLO, C. (con LUISO, F.P. y SASSANI, B.): *La riforma del processo civile*, Edit. Giuffrè, Milano, 1991, pp. 187 y ss.; o, MONTESANO/ARIETA: *Il nuovo processo civile*, Jovene editore, Napoli, 1991, pp. 74 y ss.

Entrando ya en materia, la obra de Caballol Angelats se estructura en dos nítidas partes: una afronta lo que podríamos denominar «teoría general de la ejecución provisional», y la otra, las especialidades que la misma presenta en los diferentes procesos para los que expresamente se prevé la ejecución provisional.

Tras diversas reflexiones de índole terminológica acerca de la finalidad de la actividad jurisdiccional de declaración, de la eficacia y firmeza de la sentencia, del efecto suspensivo de los recursos, y del estudio de la condición jurídica de la sentencia sujeta a impugnación, el autor define a la ejecución provisional como la *institución procesal por la que se atribuye eficacia a una resolución definitiva sobre el fondo carente de firmeza, quedando subordinada la permanencia de los efectos producidos a lo que resulte del recurso.*

Por último, y en el marco todavía de las consideraciones conceptuales, se procede al estudio de las diversas calificaciones añadidas al término ejecución para referirse a la institución objeto de estudio. Así, desde distintas ópticas, la doctrina habla de ejecución inmediata (Ramos Méndez), anticipada (Fenech y Lancelotti), excepcional (Rocco), *ope iudicis* (Carnelutti y Andrioli), o condicional (Fernández López). No obstante, como observa el autor, el término tradicional o clásico de ejecución provisional es el que se revela como más idóneo, pues sirve tanto para explicar el papel que desempeña la sentencia recurrida frente al proceso de ejecución (suple la falta de una resolución firme); y a su vez, explica la posibilidad de revocar sus efectos en caso de ser estimado el recurso, porque da razón de la situación actual sin pronunciarse sobre su corrección y posibilidad de permanencia.

Una vez realizado el necesario deslinde conceptual de los términos que serán continuamente utilizados en la monografía, Caballol Angelats acomete el análisis del fundamento y de las funciones o finalidades de la ejecución provisional. Como bien observa el autor, el fundamento y límite constitucional del ámbito de actuación de esta institución, debe buscarse en el derecho a la tutela judicial efectiva. Si bien el art. 118 de la Constitución prevé la obligación estatal de ejecutar las resoluciones judiciales firmes, ello no impide que el Estado pueda imponer su poder de coacción para conseguir la eficacia provisional de las resoluciones impugnadas, tal y como por otro lado se prevé expresamente en el art. 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En los supuestos en que por razón del objeto que se somete a la decisión judicial no admita dilaciones sin comprometer la tutela que la resolución pretende otorgar, negar su ejecución supone tanto como negar la tutela judicial. Sin embargo, no podemos olvidar que también existe otra tutela judicial a proteger, nos referimos, obviamente, a la del recurrido, al cual se le puede causar con la ejecución un perjuicio irreparable determinable de indefensión, constitucionalmente proscrita en el art. 24.1 de nuestra Norma Fundamental.

El fundamento de la ejecución provisional no se encuentra en el *periculum in mora*, ni en el intento de compensar al apelante, ni en la presunción de permanencia de la misma, sino única y exclusivamente en la sentencia como acto jurisdiccional, a través del cual se resuelve un conflicto por parte de un tercero imparcial, el Juez, al que el Estado le reconoce esta potestad.

Con referencia a las funciones de esta institución, el autor las sistematiza en tres: la preventiva, la agilizadora, y la satisfactiva. La función preventiva pretende evitar la utilización fraudulenta del sistema de recursos; la función agilizadora, como consecuencia refleja de la finalidad preventiva, supone la reducción de los litigios a conocer por los tribunales superiores, en la medida en que la posibilidad de despachar la ejecución provisional motiva a la parte gravada por la resolución a no recurrir. Por último, nos encontramos con la función más relevante: la satisfactiva. La ejecución provisional evita la espera del litigante que ve acogidas sus pretensiones en la resolución impugnada, así como los perjuicios derivados de la necesaria duración del recurso interpuesto.

Seguidamente, Caballol Angelats procede a delimitar el alcance de esta institución respecto a distintas figuras afines, tales como las medidas cautelares, la admisión del recurso en un solo efecto, y la ejecución definitiva. De igual modo, en esta obra nos encontramos con el estudio de los antecedentes históricos de nuestra ejecución provisional, así como una aproximación al derecho comparado, esto es, a *l'exécution provisoire* francesa, a la nueva *esecuzione provvisoria* italiana, a *l'execucao provisoria* portuguesa, y a la *vorläufige Vollstreckung* alemana.

El autor, igualmente, efectúa un detallado estudio de las resoluciones y/o pronunciamientos ejecutables provisionalmente, para llegar a la conclusión de la viabilidad de la ejecución de las resoluciones definitivas, sobre el fondo, recurribles, siendo indiferente la forma que éste adopte (auto o sentencia), así como el órgano jurisdiccional del cual proviene la resolución, pudiendo ser éste tanto del orden civil (Juzgados de Paz, Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provisionales), como de otro orden jurisdiccional (penal, contencioso-administrativo, o laboral), o de un órgano jurisdiccional extranjero siempre que la resolución sea ejecutable provisionalmente en el extranjero conforme a las normas del *exequatur*, aún a falta de Tratado internacional, no siendo exigible que la resolución ejecutada sea firme (salvo que exista un convenio internacional que exija, expresamente, la mencionada firmeza para reconocer o ejecutar la resolución dictada en uno de los Estados contratantes, como por ejemplo sucede entre España y Austria, o entre España y Méjico). Por último, destacar que los laudos arbitrales pueden ser objeto de ejecución provisional, a pesar de que la literalidad de lo previsto en los arts. 50.2 y 55 de la Ley de Arbitraje de 1988 induzca a negar esta posibilidad.

Mención especial merecen las reflexiones que Caballol Angelats realiza acerca de dos aspectos de esencial relevancia para el tema objeto de estudio: el «perjuicio irreparable» como criterio básico para la concesión de la ejecución provisional; y la fianza como presupuesto de la misma.

Como es sabido, el art. 385 LEC subordina el otorgamiento de la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia a la inexistencia de «perjuicio irreparable». En consecuencia, era menester efectuar una precisa delimitación de este concepto jurídico indeterminado. De este modo, el autor afronta su análisis desde una doble perspectiva: la del ejecutante y la del ejecutado, pues mediante este concepto se alude a la valoración negativa de las consecuencias que producirá la ejecución o la suspensión de la eficacia de una resolución recurrida. Con re-

ferencia al beneficiado, deberá valorarse si como consecuencia de la interposición de un recurso con efecto suspensivo se le coloca en una situación que, frente a la evidencia de la tutela otorgada por la resolución impugnada, resulta inaceptable. Como indica el autor, ello tiene lugar *ex lege* cuando la citada resolución ampara un interés considerado por el sistema normativo como fundamental o perentorio (así, la sentencia que reconoce el derecho a alimentos en el juicio de alimentos provisionales *ex art. 1.615 LEC*). Por otro lado, desde la óptica del perjudicado, el concepto de «perjuicio irreparable» puede adquirir distintos significados, a saber, como perjuicio no indemnizable, como imposibilidad de restituir lo percibido, como imposibilidad de alterar interinamente el disfrute de intereses jurídicos dignos de tutela especial en nuestro ordenamiento, o como daño desproporcionado. En cualquiera de los casos —advierte acertadamente el autor— la configuración del «perjuicio irreparable» como concepto jurídico indeterminado, excluye la arbitrariedad judicial, y obliga al juzgador a concebir razonadamente (en forma de auto), caso por caso, su extensión, por lo que para otorgar o denegar la ejecución provisional debe, objetiva y motivadamente, sopesar si el perjuicio que se puede ocasionar será de fácil o difícil reparación, respectivamente.

De igual modo, la fianza como presupuesto eventual de la ejecución provisional, es objeto de un estudio reposado. Múltiples son las cuestiones que en torno a ella surgen, tanto en la dogmática como en la práctica forense (su función, su constitucionalidad, la obligación de constituirla, el momento de prestación, calidad, cuantía, etc. ...). Todas ellas reciben en esta obra una oportuna respuesta.

Después de analizar los sujetos que pueden instar la ejecución provisional (únicamente debemos indicar, en este punto, cómo el autor se muestra partidario de atribuir legitimación tanto a la parte activa como a la parte pasiva ante el recurso, proponiendo al legislador, con objeto de evitar equívocos, la sustitución de la expresión «parte apelada» por la de «parte interesada»), se efectúa un examen de las diversas problemáticas procedimentales que pueden suscitarse en el *iter* que va desde la solicitud de la ejecución provisional hasta la suspensión de la resolución judicial en la que se concede o deniega. Sobre este particular, Caballol Angelats ha debido afrontar la difícil problemática relativa a los efectos de la revocación de la sentencia ejecutada provisionalmente, aspecto éste que al legislador no le merece interés alguno, según parece deducirse de la falta de regulación alguna en la LEC. Como observa el autor, la emisión de la sentencia revocatoria cuestiona la legitimidad de la ejecución provisional en curso, impidiendo su continuación en caso de que aún no haya concluido. En consecuencia, deberá producirse la suspensión automática de la ejecución. Pero, además, ¿deberá efectuarse la restitución de lo conseguido con la ejecución? La respuesta —como manifiesta el autor— no puede ser unívoca: si estamos ante una sentencia revocatoria de fondo, podrá procederse a la restitución mediante los trámites y requisitos de la ejecución definitiva cuando sea firme, y si ha sido recurrida, la restitución deberá llevarse a efecto por medio de la ejecución provisional; en cambio, si estamos frente a una sentencia revocatoria de contenido procesal, en principio, no podrá otorgarse al ejecutado provisionalmente derecho a ser restituido.

En la segunda parte de la presente monografía, se abordan las distintas especialidades que la ejecución provisional ofrece en los diversos procesos especiales (interdictos de retener y recobrar, interdicto de adquirir, interdictos de obra nueva y de obra ruinosas, juicios de alimentos provisionales, procesos referentes a propiedad industrial, juicio ejecutivo, juicios en materia de condena a la indemnización por los daños y perjuicios producidos con motivo de la circulación de vehículos a motor); en ejecución de la sentencia dictada en rebeldía; así como en el recurso de casación; y la suspensión de la ejecución de la sentencia objeto de un recurso de revisión.

Para concluir nuestro comentario a la obra de Caballol Angelats sobre la ejecución provisional, tan sólo nos queda destacar la valentía del autor por afrontar satisfactoriamente la presente temática, que suscita tanto en el mundo académico como en el foro un sinnúmero de polémicas, a las que ha sabido dar cumplidas respuestas. El acierto en el orden metodológico de las cuestiones debatidas, el manejo cuidadoso de la doctrina y jurisprudencia y la claridad expositiva de sus razonamientos, permiten una lectura crítica de la institución objeto de estudio.

Por último, nos permitimos efectuar una reflexión final para un debate abierto. El actual sistema o modelo de ejecución provisional previsto en la Reforma procesal de 1984 ha suscitado, como bien se pone de manifiesto en la presente monografía, multitud de problemas y dudas tanto en el mundo de la Abogacía como en el de la Magistratura. En nuestra opinión, frente a esta situación el legislador no debiera permanecer impasible. Puede reconocer los errores de la actual normativa y buscar los oportunos remedios, o cambiar de modelo. Así, volviendo al inicio de nuestro comentario, destaca el nuevo sistema italiano de ejecución provisional *ope legis*, en el que se ha pretendido revalorizar el juicio de primer grado, atribuyendo a mayor relevancia al principio de la tutela jurisdiccional de los derechos declarados en la sentencia de instancia, por lo que se otorga al proceso una mayor celeridad en cuanto a la virtualidad de sus efectos. Quizás sea el modelo a seguir. Quizás no. En cualquier caso, la obra de Caballol Angelats constituye un excelente punto de referencia para acometer cualquier novedoso análisis de la institución.

JOAN PICO I JUNOY

CAVANILLAS MUGICA, Santiago; TAPIA FERNANDEZ, Isabel: «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal». Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1992, 307 páginas.

La monografía comentada conjuga los puntos de vista material y procesal sobre una materia compleja: los casos en que se superpone la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual o aquiliana. Ambos tipos de tratamiento logran una visión global de esta superposición o concurrencia.

La primera parte del libro, a cargo del Profesor Cavanillas Múgica, se sitúa en una perspectiva civilista. Tras una descripción del área común de las dos responsabilidades, muestra las diferencias entre ambos regímenes, que, según el autor, no siempre son tales. Cada especialidad se individualiza y analiza independientemente a tenor de la regulación patria. Así, por ejemplo, podría diferir entre una responsabilidad y la otra la extensión del resarcimiento según la interpretación que se dé a los preceptos 1107 y 1103 del C.c. También la responsabilidad por el hecho de los dependientes puede variar, puesto que si se ejercita la acción contractual deberá existir una relación jurídica previa, mientras que ello no es menester en la responsabilidad aquiliana. Igualmente, la capacidad del sujeto sobre el que recaerá la responsabilidad será diferente: simple capacidad natural para el responsable extracontractual, y capacidad de obrar para el responsable contractual. Sin duda alguna la más relevante distinción la constituye la prescripción: un año para la responsabilidad extracontractual y quince años para la contractual. De la misma forma se analizan las especialidades en torno a la competencia, jurisdicción, procedimiento, etc.

Realizado el examen de estas diferencias, se explicitan las teorías mayoritarias acerca del problema de la concurrencia de responsabilidades acogidas en sistemas vecinos y otros no tan próximos, se estudia la teoría de la no acumulación o «non-cumul» francesa, belga, y argentina, la teoría de la opción o cúmulo de responsabilidades alemana, «Anspruchskonkurrenz», y la suiza. Finalmente se analiza el controvertido y peculiar régimen de «Common law».

En el primer sistema citado, el «non-cumul», las normas, o bien se encuentran yuxtapuestas, con lo que no se superponen ante el mismo hecho; o, si se superponen, prevalece la responsabilidad contractual de acuerdo al principio de especialidad. Cavanillas señala que aplicando esta teoría, la práctica refleja injusticias y, por lo tanto, descontento, con lo que se ha venido postulando la unidad de tratamiento de las dos diferentes responsabilidades, reflejándose esto último en Bélgica y Argentina. Paulatinamente, la teoría de la no acumulación francesa desembocó, por la falta de equidad y debido al principio «pro damnato», en la teoría del concurso de acciones o de la opción, que partía de la existencia de dos acciones materiales y procesales autónomas y según la cual la víctima podía escoger.

El segundo criterio mayoritario de derecho comparado denominado teoría de la opción o «cúmulo» de responsabilidades, se aplica principalmente en los supuestos de transporte, de daños al comprador y en las intervenciones médicas. Sin embargo, esta tendencia también ha provocado en la actualidad descontento por la inseguridad que acarrea.

En el sistema de «Common law» se sigue la controvertida doctrina de la opción con excepciones incomprensibles para el jurista continental, especialmente por lo que hace referencia a la acción extracontractual o «tort». La distinción entre «nonfeasance» (incumplimiento) y «misfeasance» (cumplimiento defectuoso) es vital, ya que al primero se le atribuye una acción contractual, mientras que al segundo le corresponde la extracontractual.

Tras esta visión de derecho comparado, el autor pasa a examinar el derecho español, poniendo de relieve su laguna sobre esta materia, con lo que la doctrina se divide entre la opción y la no acumulación. No obstante, existen reglas particulares en la legislación que optan por la concurrencia. La jurisprudencia, por su parte, tampoco mantiene una línea unitaria, aunque suele primar el derecho de opción o la calificación de los hechos en la forma que conduzca a una condena.

Esta primera parte finaliza con la aportación de soluciones. Previa crítica de las dos teorías mayoritarias de derecho comparado, el autor propone dos reglas a seguir para la resolución de los conflictos entre ambos supuestos de responsabilidad, siempre desde una perspectiva de derecho civil. Cavanillas se confiesa partidario de la no generalización de las hipótesis, pues ello entrañaría el riesgo de borrar diferencias cuando éstas son necesarias, «conviene una línea quebrada, y no una inflexible línea recta». Los dos criterios a seguir que sugiere son el lógico y el teleológico. El primero cuando ambas culpas se superpongan, aplicándose causalmente el principio de especialidad. El segundo, cuando concurren, con el criterio siempre subsidiario de los principios generales de tendencia («pro damna-to»).

La segunda parte de este estudio la realiza la Profesora Tapia Fernández, abordando la solución procesal de los supuestos de concurrencia de las responsabilidades contractual y aquiliana. Antes de centrar su problemática concreta analiza el instituto jurídico procesal de la acumulación de acciones, poniendo de manifiesto alguna de las deficiencias de su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, por ejemplo, se denuncian algunos de los errores de partida del texto legal al diferenciar en la acumulación simple la acción «principal» y la «acumulada»; la inutilidad del inciso 2.º del art. 154 de la LEC, que debería quedar englobado por el siguiente párrafo del mismo precepto; y finalmente, se pone de manifiesto que la derogación del 154.2 acarrearía la del art. 155.

En este primer capítulo la Profesora Tapia estudia también los diferentes tipos de acumulación de acciones, no sólo la simple, regulada expresamente por la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también la acumulación eventual o subsidiaria que considera consecuencia del principio de preclusión, la acumulación sucesiva y la acumulación alternativa. Resalta las diferencias entre las cuatro modalidades y la necesidad de interpretar los preceptos reguladores de la acumulación de acciones dependiendo del tipo que se tome. Así, a título de ejemplo, la autora pone de manifiesto la no aplicación del art. 154.1, esto es, la incompatibilidad natural o sustantiva de las acciones en la acumulación subsidiaria o eventual.

Por último, las diversas clases de concursos finalizan el primer capítulo, ya que interesan al tratamiento procesal de la concurrencia de responsabilidades. En consecuencia, se analiza el concurso de acciones que la autora denomina simple o propio, el concurso de acciones alternativo o impropio y el concurso de leyes o normas. Siempre, naturalmente, sin perder de vista que el supuesto sustantivo de la concurrencia necesitará la correcta subsunción en alguno de los expedientes procesales para su resolución en el foro.

Estaremos ante un concurso de acciones simple o propio cuando, en virtud de unos mismos hechos, se derive un mismo efecto a tenor de diferentes normas jurídicas, lo que, para la Profesora Tapia, supone identidad de sujetos y de petición, y diversidad de causa de pedir. El hecho de que se derive un mismo efecto manifiesta identidad de fin, con lo cual, si se estima una de las acciones, la otra no podrá ser ejercitada por falta de interés, puesto que la tutela se encuentra ya jurídicamente satisfecha.

En cambio, existe concurso alternativo de acciones o impropio, cuando un mismo acreedor tiene contra un mismo deudor varias acciones incondicionadas y que recíprocamente se excluyen. En este supuesto los sujetos y la causa de pedir coinciden, siendo distintas las peticiones. Con lo que se deberá elegir entre dos resultados que se excluyen, y como también existe unidad de fin, una sola satisfacción bastará.

Relacionando los concursos con el expediente procesal bajo el que se submirán ante los Tribunales, concluye Tapia Fernández que ni el concurso propio ni el impropio son susceptibles de ser encauzados mediante una acumulación del tipo simple por impedirlo el artículo 154.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cambio, las acciones contractual y extracontractual en concurso propio e impropio podrán esgrimirse a través de una acumulación subsidiaria e incluso alternativa.

En el concurso de leyes o normas, el mismo supuesto de hecho es reconducible a dos o más normas, no existiendo pluralidad de objetos del proceso, ya que la causa de pedir es única.

Puesto que es primordial discernir acerca de la identidad o diversidad de las acciones «ex contractu» y «ex illicito civile», el considerar que se trata de una sola acción o de dos acciones diferentes dependerá del concepto de causa de pedir que se sostenga. El problema complejo de la delimitación de la «causa petendi» se ve directamente abordado en el segundo capítulo. Así, se pone de manifiesto que mientras un sector doctrinal —Cortés Domínguez, Fernández López, Gómez Orbaneja, Gutiérrez de Cabiedes, Prieto-Castro— individualiza la causa de pedir de acuerdo a los dos elementos que la componen, el jurídico y el fáctico; otro sector —Berzosa, Chiovenda, Guasp, Kisch, Ortells Ramos, Rosenberg— considera que sólo los hechos constituyen la «causa petendi».

Tras un somero análisis de la doctrina jurisprudencial, la Profesora Tapia expone su concepción, estimando que la causa de pedir está integrada por dos elementos: el fáctico y el jurídico. Este último, a su vez, se compone de las consecuencias jurídicas que la Ley otorga a un determinado supuesto de hecho, y de la concreta norma aplicable. Pues bien, para la autora únicamente la específica norma aplicable conforma la libertad del Juez, cayendo dentro de los brocardos latinos «Iura novit curia» y «Da mihi factum dabo tibi ius». Por ello serán inmutables el elemento fáctico y las consecuencias jurídicas que la Ley enlaza a un concreto supuesto de hecho, so pena de incurrir en la prohibición de «mutatio libelli», con lo que se mantendrá en el proceso la acción que se ejercitó en virtud de la opción del actor, ya sea la de responsabilidad contractual o la de responsabilidad extracontractual.

Acudiendo al derecho comparado, se señala cómo en el sistema francés, el alcance de dichos aforismos se ve limitado por los principios de contradicción y

defensa, intentándose siempre un equilibrio entre el poder del Juez y las prerrogativas de las partes.

Finalmente, integra el tercer y último capítulo el tramamiento procesal de las zonas grises o superpuestas entre las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual, desde un punto de vista «de lege data» se estudia dicho tratamiento: prohibición de «mutatio libelli», litispendencia, congruencia, y cosa juzgada.

La monografía comentada consigue una notable visión de conjunto de las instituciones que aborda, no sólo aporta soluciones propuestas en derecho comparado, sino que además realiza un exhaustivo estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Consideramos, por tanto, que es un trabajo de sumo interés que cumple sus objetivos de un modo claro, sistemático y hartamente satisfactorio.

CAROLINA FONS RODRÍGUEZ

COLLART DUTILLEUL, François; DELEBECQUE, Philippe: «Contrats civils et commerciaux», Précis Dalloz (París 1991), 733 páginas.

Probablemente este libro no se hubiera podido publicar en España, al menos mientras subsista esa ilógica compartimentización de asignaturas (hoy denominadas áreas de conocimiento) que aconseja prudencia y produce inhibiciones a la hora de hacer incursiones por territorios «ajenos». En el país vecino, al existir la asignatura de «Contratos civiles y mercantiles», ello da origen a que la exponga un privatista, sin ninguna clase de complejos. Sale ganando la enseñanza y la investigación. Puede abrigarse la esperanza de que en los nuevos Planes de Estudio haya asignaturas que puedan explicarse por un civilista o un mercantilista, y que se escriban Manuales sobre contratos en particular en que colaboren, no sólo los citados, sino también agraristas y urbanistas, administrativistas y fiscalistas.

Pero si esta obra ha aparecido en Francia, ello no ha sido por azar. Desde hace, al menos un decenio, se sitúa en este país un refloreamiento doctrinal en materia de Obligaciones y Contratos, de lo que son exponentes importantes obras colectivas tales como la que recoge el fruto de las *Journées de la Société de Législation Comparée*, bajo el título de *L'évolution du Droit des Contrats en France* (París 1981); o el sugestivo volumen de trabajos coordinados por el Prof. Loïc Cadiet, de la Universidad de Rennes, sobre *Le Droit contemporain des contrats* (París 1986); o la apertura comparatista que supone *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises* (París 1987), ejemplo de trabajos del género, dirigidos por los Profesores Tallon (París II) y Harris (Oxford); y bajo otra perspectiva, el sistemático trabajo de construcción científica llevado a cabo por el Prof. Ghestin, que se proyecta ahora en una dimensión europea en el Centro del Derecho de Obligaciones que él dirige; añádanse los excelentes volúmenes publicados por los Profesores Malaurie y Aynés, no

exentos de una visión muy personalista de la materia, y se tendrá un marco suficientemente explicativo de la corriente doctrinal, y también generacional, en que se inscribe la presente aportación.

Aunque el objeto de la obra es la exposición de un determinado número de contratos en particular en el Derecho francés, procede llamar la atención sobre las 26 páginas introductorias dedicadas al Derecho especial de los contratos y que contienen una síntesis excelente sobre el estado actual de la doctrina. Se traza en ellas la evolución experimentada por el Derecho de los contratos desde el sistema romano, que carecía de una doctrina general, hasta la importante elaboración de Domat y Pothier, que pasa a los Códigos modernos, y que se plasma en la existencia de reglas generales aplicables a todos los contratos, al lado de los cuales el legislador, con criterios puramente empíricos, reglamenta los que considera de mayor importancia económica y social; bien entendido que lo fundamental son los principios generales y dogmas insertos en la doctrina general. La realidad social impondrá el reconocimiento de los contratos atípicos, a los que, la doctrina y la jurisprudencia, exigirán escrupulosamente la observancia de las normas imperativas aplicables a todos los contratos. La realidad actual dista de ser la contemplada por el legislador codicial, pues en todos los países han proliferado gran número de normativas especiales o especialísimas, aplicables a nuevos tipos de contratos, cuyas relaciones con la teoría general distan de ser claras y, en ocasiones, son abiertamente conflictivas.

Entre nosotros no resulta difícil poner ejemplos: ¿qué margen de aplicación dejan las leyes arrendaticias —aparte el episodio del Decreto-ley Boyer— a las normas del C.c. en materia de arrendamiento de cosas? ¿Cómo insertar sistemáticamente el art. 10 de la LGDCU de 1984, o el art. 3.º de la Ley del Seguro de 1980 en la doctrina general del contrato? *et sic. de ceteris*. ¿Qué relación ha de mantener la garantía del art. 11 de la LGDCU con el saneamiento por vicios ocultos? ¿Para cuándo una reforma del contrato de obra que recoja —al menos— los amplios desenvolvimientos jurisprudenciales y ponga al día las viejas reglas del C.c.?

Los autores ponen de relieve la necesidad de reelaborar la doctrina general de los contratos, insertando en ella las nuevas reglas cuya bondad se haya acreditado. A título de ejemplo cabe mencionar el derecho de información y la prohibición de las cláusulas abusivas en relación con los consumidores.

La selección de contratos en particular que son objeto de exposición se agrupa en relación con los bienes, con los servicios y con la producción y la distribución. La parte dedicada a la compraventa es extensa (pp. 33-242), no yéndole a la zaga los diversos tipos de arrendamientos de cosas —salvo el de fincas rústicas— (pp. 245-392); otros contratos «clásicos» ocupan también buen número de pp. (así el mandato (425-474), el contrato de obra o empresa (479-568), y el préstamo (589-639). Pero, sin duda, la mayor atracción es suscitada por los contratos de cooperación, de integración, concesión, franquicia y distribución selectiva. Los autores, con amplio dominio de la técnica mercantilista, logran describir con breves trazos esos contratos hoy a la moda: *engineering, franchising, know-how*, etc.

Los autores manejan selecta bibliografía y, sobre todo, la jurisprudencia (muy abundante) con sus respectivos comentarios, no faltando algunas referencias comparativas.

La obra, incluida entre los *Précis* de la prestigiosa editorial Dalloz, está dirigida principalmente a los estudiantes, aunque será útil a los profesionales y a cuantos juristas deseen conocer el estado actual del Derecho francés sobre los contratos en particular. Se inscribe en esa corriente renovadora doctrinal que antes he descrito.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

McGREGOR, Harvey: «Contract Code. Draw up on behalf of the english law commission»; Collana di Studi sulla fenomenologia negoziale nell'area europea diretta da G. Gandolfi, núm. 5. Dott. A. Giuffré Editore. Milano 1993, 318 páginas.

El origen de esta publicación radica en la invitación que su autor, profesor de la Universidad de Oxford, recibió para participar en el Encuentro de Estudio sobre la unificación europea de los contratos, celebrado en Pavía en 1990; en el mismo dio cuenta a los asistentes del proyecto por él elaborado, por encargo de la *English Law Commission*, de un Código inglés de contratos, o, más precisamente, de la Parte General de los mismos; habían transcurrido una veintena de años desde que el trabajo fue realizado, y, por razones coyunturales, había sido aparcado, permaneciendo inédito en Inglaterra. Con todo, el significado emblemático del mismo no puede silenciarse pues por primera vez los juristas del otro lado del canal de la Mancha parecen dispuestos a realizar un acercamiento al Derecho continental codificado. Así lo entendieron los participantes en el Congreso de Pavía, y ello ha llevado al Prof. Gandolfi a incluirlo en la colección que dirige.

El trabajo se estructura en 673 apartados o artículos, cada uno de los cuales va acompañado de notas, glosas o comentarios, del autor. Desprovisto de todo valor legal, ni siquiera pre-legislativo, lo tiene muy elevado desde el punto de vista doctrinal para el jurista de países codificados ya que sirve de punto de referencia para conocer e interpretar la doctrina de la *common law* en la materia. El Prof. McGregor ha realizado, sin duda, un considerable esfuerzo por acercarse a las categorías dogmáticas continentales y así en la 1.^a Parte agrupa las cuestiones relativas a los requisitos de validez del contrato, formación, contenido, cumplimiento y causas de resolución; en la 2.^a Parte, los contratos inválidos o ineficaces, orden público, defecto de forma, capacidad y vicios del consentimiento, y frustración del fin del contrato; en la 3.^a Parte, regula la pluralidad de partes, contratos por representación, contratos a favor de tercero y transferencia o cesión del contrato. Hay que compartir las esperanzas que el Prof. Gandolfi expresa en el prefacio del volumen de que éste pueda ser el punto de partida de una fructífera colaboración entre ambos mundos, tan distantes y tan próximos, como el codificado y el anglosajón, en materia contractual.

G. GARCÍA CANTERO

STEIN, Peter: «*Incontro di Studio su “Il futuro Codice europeo dei contratti” (Pavia 20-21 ottobre 1990)*». *Collana di Studi sulla fenomenologia negoziale nell’area europea diretta da G. Gandolfi*, núm. 4. Dott. A. Giuffré Editore, Milano 1993, 266 páginas.

Probablemente cuando el Prof. Gandolfi convocó en Pavía un Encuentro de Estudio sobre «El futuro Código europeo de contratos», durante un fin de semana de octubre de 1990, estaba lejos de sospechar, ni siquiera barruntar, el amplio eco de su propuesta que, con acierto, califica de «fascinante» el Prof. Stein en su Prefacio al presente volumen. Ciertamente, la idea de un Código unificado de contratos para todos los países comunitarios era un corolario lógico del mercado único. Pero lo que su necesidad tiene de evidente, va inmediatamente acompañada, a poco que se reflexione, de tal cúmulo de dificultades de todo tipo que cualquier jurista europeo siente la tentación de calificarla de utópica, digna sólo de ser archivada en la carpeta de sueños irrealizables. Sin embargo, esta iniciativa absolutamente privada, carente de cualquier apoyatura oficial, estatal o comunitaria, ha logrado una amplísima difusión, siendo debatida en numerosos foros científicos y ha sido objeto de numerosas publicaciones.

De aquí la oportunidad de la presente recopilación, que no son sólo las Actas del Congreso (aunque también se incluyen las Comunicaciones a él presentadas por la mayoría de asistentes así como la Ponencia de síntesis a cargo de Tunc), sino las crónicas, comentarios y glosas, aparecidas hasta en 17 revistas europeas, en italiano, francés, español y alemán; se incluyen puntualmente tanto la crónica de Cordini en ADC, 1991, p. 1319 y ss., como la del Prof. De los Mozos en RDP, 1991, p. 694 y ss.

Constituye, por tanto, el presente volumen una completa fuente de información sobre un acontecimiento llamado a repercutir profundamente en el Derecho civil de los países comunitarios. No es, como se sabe, la única iniciativa en este terreno, pero sí la que ha logrado mayor impacto en la opinión pública de los civilistas europeos. La propuesta del Prof. Gandolfi, tanto para la celebración del Congreso como de la presente publicación, merece plácemes.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

WITZ, Claude: «*Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs*», ed. Litec (París, 1992), 625 páginas.

El panorama bibliográfico español se enriquece tras la aparición del trabajo que se comenta en el mercado de nuestro país. Se trata del primer volumen de una ambiciosa iniciativa que pretende acercar el Derecho privado alemán a los juristas franceses. Su autor, Claude Witz, es profesor en la Universidad Jean-Moulin (Lyon II), con destino en la Universidad alemana de Saarland (Saarbrücken), don-

de desde 1985 dirige el Centro de Estudios Jurídicos Franceses. Sus preocupaciones científicas se han movido siempre en el terreno del Derecho patrimonial y, muy especialmente, en el de las garantías donde —tanto en lengua francesa o alemana como con relación a uno u otro ordenamiento— se encuentran sus aportaciones más destacadas [*La fiducie en Droit privé français* (París, 1981); *Treuhandverträge von Kreditinstituten in Luxemburg* en *RIW* (1984) 841 ss.; *Le droit des sûretés réelles mobilières en République fédérale d'Allemagne* en *Rev. int. dr. comp.* (1985) 27 ss. y muchos otros]. Con un evidente enfoque práctico y comparatista, el Prof. Witz ha promovido además encuentros internacionales en los que se han dado cita relevantes juristas europeos [«Les operations fiduciaires», Colloque de Luxembourg (1984), organizado bajo los auspicios del Instituto Universitario Internacional de Luxemburgo, Asociación luxemburguesa de juristas de la Banca y de la Fundación para el estudio del Derecho y de los usos del comercio internacional; «La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens», Colloque de Saarbrücken (1991), organizado por el Centro de Estudios Jurídicos Franceses de la Universidad de Saarland]. Y creo poder afirmar que el fruto más directo de todos estos trabajos se ha concretado en el Proyecto de ley de 20 de febrero de 1992, introductor de la fiducia en el Código civil francés y —en lo que a mi conocimiento alcanza— aún no debatido.

No es ociosa una breve descripción del contexto geográfico e intelectual en el que esta obra ve la luz pues el Centro de Estudios Jurídicos Franceses de la Universidad de Saarland, en el que Claude Witz profesa, es una institución universitaria de cooperación única en Europa. Su existencia y objetivos son la consecuencia de concretas circunstancias históricas y reflejan la evolución de las relaciones franco-alemanas desde el final de la Segunda guerra mundial. El Centro nace en 1955 —año del “referendum” en el que se decide la anexión del Sarre a la República Federal alemana— por iniciativa del Consejo de administración de la Universidad. Inmediatamente se dotan sendas cátedras de Derecho público y privado francés y desde entonces Francia pone a disposición del Land profesores de sus Facultades con el fin de proporcionar a los estudiantes alemanes la posibilidad de formarse en el Derecho francés obteniendo al término de sus estudios una diplomatura homologada en Francia («DEUG-mention Droit»). En el ámbito de la investigación y a lo largo de los años transcurridos, el Centro ha sido un eficaz catalizador de intercambios bipolares entre las culturas jurídicas francesa y alemana. Si Witz ha enseñado en Saarbrücken Derecho francés a juristas alemanes, es perfectamente lógico que ahora, con la experiencia adquirida y desde su libro, aproxime el Derecho alemán a los juristas franceses.

Comienza el trabajo del Prof. Witz con una breve pero enjundiosa «Introducción» en la que presenta su obra situándola en el más amplio contexto del diálogo jurídico germano-francés y destacando las razones que, en nuestros días, justifican un mejor conocimiento del Derecho privado alemán. Con este propósito diseña una completa y bien documentada panorámica de la difusión e influencia de la doctrina y derecho positivo alemán en Francia y, a la inversa, de la difusión e influencia de la doctrina y derecho positivo francés en Alemania a lo largo de los dos últimos siglos. Sin prescindir de los intereses de orden puramente científico y

doctrinal, las razones que avalan un conocimiento más profundo del sistema jurídico alemán, son, sobre todo y a juicio de Witz, de orden práctico: Alemania es el primer «partenaire» comercial de Francia y, tras la reunificación alemana, el peso económico del país está llamado a aumentar. Por eso se comprenden bien tanto la reciente proliferación de trabajos sobre el Derecho alemán en lengua francesa como la aparición en los últimos años de estudios de especialización en Derecho franco-alemán en las Facultades de Derecho francesas y alemanas. Pero el acercamiento al Derecho privado alemán requiere no sólo el conocimiento de sus instituciones básicas sino, además, de lo que Witz llama el «*arrière-plan culturel*» del ordenamiento, es decir, de todo aquello que confiere al sistema su estilo propio. Se evitan así los errores de interpretación y malentendidos que inevitablemente se producen cuando se estudia un sistema jurídico extranjero desde la óptica nacional. Esta es una declaración de principios a la que Witz se atiene pues —como veremos— su preocupación por presentar el Derecho alemán en toda su complejidad facilitando a la vez al lector las claves para su adecuada comprensión, es una constante a lo largo de toda la obra. Numerosos ejemplos presentados en forma de breves casos prácticos amén de resúmenes de jurisprudencia bien seleccionada sirven a esta finalidad.

La armonización y uniformización del Derecho privado en el ámbito de la Europa comunitaria o a escala mundial no hacen inútil el mejor conocimiento de los derechos nacionales. Al contrario, el establecimiento de principios y soluciones comunes fuerza el estudio de los conceptos e instituciones jurídicas nacionales. Y es claro que al ser el Derecho alemán uno de los polos de los sistemas jurídicos continentales, su contribución a esta tarea será esencial. Más aún si, como ya ha ocurrido (vid. p. ej. el Código de Comercio búlgaro de 1991, inspirado en el «*Handelsgesetz-buch*»), los países del Este de Europa se inspiran en el Derecho alemán para dotarse de los instrumentos que requiere el acceso a una economía de mercado.

El proceso que Witz sigue para introducir al lector en el Derecho privado alemán es sencillo: parte del BGB («*Kerngebiet des Privatsrechts*» en palabras de Larenz) y, más concretamente, de su «*Parte general*» en cuanto ésta contiene sus instituciones básicas. Dos serán las que vertebran el libro que se analiza: el acto o negocio jurídico (instrumento irremplazable de la circulación de bienes y servicios en una economía de mercado) y el derecho subjetivo (interesante no sólo por su contenido doctrinal sino a los efectos de exponer su dinámica judicial y extrajudicial). Quedan al margen del estudio las disposiciones del BGB relativas a las personas y a las cosas: las personas se contemplan sólo desde la perspectiva del negocio jurídico; las cosas encuentran su lugar natural en el Derecho de bienes del que el autor no se ocupa.

A la «*Introducción*» sigue un «*Capítulo preliminar*» de mediana extensión. Su título es «*Los fundamentos del Derecho privado alemán*» y cumple un papel propedéutico. En tanto que los fundamentos del Derecho privado alemán se contienen en el Código civil se presentan al lector su génesis, su estructura y la ideología que lo anima. Es evidente, por otra parte, que el Derecho civil alemán va más allá de los contenidos del BGB y por eso se delinea la evolución que aquél

sufre desde 1900 hasta nuestros días. Tiene particular interés, a mi juicio, el último tramo de esta evolución que el autor sitúa entre 1949 y el momento presente. El año 1949 es decisivo en la historia de la Alemania contemporánea. En él se desarrollan acontecimientos como la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn y la división del país. Estos hechos, unidos a la reunificación de 3 de octubre de 1990, inciden directamente en el Derecho privado al tiempo que definen el cuadro institucional en que el Derecho civil se inserta. Witz estudia cada uno de estos eventos desde la perspectiva de una posterior comprensión de las instituciones claves del Derecho privado alemán. Examina, por tanto, el impacto de la Ley fundamental en el Derecho privado que concreta en: 1) Una determinada distribución de competencias legislativas y jurisdiccionales entre la Federación y los «Länder» y 2) la preeminencia de los derechos fundamentales. Estos integran un sistema de valores que se impone al juez cuando interpreta normas jurídico-privadas y especialmente las «Generalklausel» contenidas en el BGB (p. ej. parágrafos 138, 242 y 826). Además, las personas físicas o jurídicas de Derecho privado pueden recurrir ante el Tribunal Constitucional en defensa de sus derechos fundamentales vulnerados por los poderes públicos en los términos del art. 93.1.4a de la Ley Fundamental.

Las consecuencias de la división de Alemania en el orden jurídico-privado son también indudables: Códigos civiles diferentes y posiciones distintas de cada país respecto a la «otra Alemania» con las correspondientes secuelas en el Derecho internacional privado. La República democrática alemana, que consideraba a la República federal como país extranjero, no tuvo nunca dificultad en aplicar a sus relaciones con ésta su propio Derecho internacional privado. En cambio, la República federal se opuso siempre —tanto por lo dispuesto en los art. 16 y 166 de la Ley Fundamental como por el Tratado de 21 de diciembre de 1972 («Grundlagenvertrag» o «Grundvertrag»)— a reconocer el estatuto de país extranjero a la República democrática: los alemanes de la RDA fueron siempre considerados por las autoridades de Bonn como nacionales de la RFA.

La reunificación de Alemania operada sobre la base del art. 23 de la Ley Fundamental y a través del Tratado de la Unión («Einingungsvertrag») de 31 de agosto de 1990 afecta igualmente al Derecho privado. El capítulo III del Tratado titulado «Adaptación del Derecho» («Rechtsangleichung») se dedica a la armonización del Derecho interno. Sus art. 8 y 9 se ocupan respectivamente del tránsito al Derecho federal («Überleitung von Bundesrecht») y del mantenimiento del Derecho de la RDA («Fortgeltendes Recht der DDR»). El Derecho federal se extiende a los nuevos «Länder» en la medida en que su campo de aplicación no está limitado sólo a algunos y el Tratado, particularmente en su anexo 1, no dispone otra cosa. Pero, efectivamente, el anexo 1 dispone «otra cosa» pues no se ha considerado oportuno extender a los «Länder» recién incorporados las normas que regulan los procedimientos de ejecución colectiva («Konkurs- und Vergleichsordnung») sometidas actualmente a revisión. Además diversas normas de Derecho federal se han visto modificadas o completadas en razón de su nueva extensión territorial. Tal es el caso de la

Ley de introducción al BGB a la que ha sido necesario añadir algunos preceptos reguladores de la entrada en vigor del Código civil y de su propia Ley de introducción en los nuevos territorios así como un conjunto de disposiciones transitorias destinadas a disciplinar el paso del antiguo al nuevo Derecho.

Continúa el «Capítulo preliminar» con una breve exposición de las teorías generales del Derecho más extendidas en Alemania, orientada a la mejor comprensión del modo de razonar de los juristas alemanes —especialmente de los jueces— a la hora de resolver un conflicto de Derecho privado. Finalmente, y con la ayuda de útiles gráficos, se presenta un esquema del sistema judicial alemán a fin de que el lector pueda apreciar el alcance de las resoluciones citadas o parcialmente reproducidas en la obra.

La primera parte del libro se dedica al acto jurídico. En ella se analizan las tres nociones que forman el armazón dogmático del Derecho privado alemán: declaración de voluntad, acto jurídico y contrato (Título I). Seguidamente se examinan las condiciones de eficacia de los actos jurídicos (Título II) para terminar con el estudio de la representación (Título III) y de la condición y el término (Título IV).

Los tres capítulos que componen el Título I se dedican respectivamente a cada uno de los conceptos indicados. Con un marcado acento didáctico, al inicio de cada capítulo se plantean afirmativa o interrogativamente las cuestiones a desarrollar. Así, el estudio de la declaración de voluntad se articula en torno a tres preguntas fundamentales: 1) ¿cuáles son sus elementos constitutivos?; 2) ¿bajo qué condiciones de emisión o de recepción se producen sus característicos efectos?; 3) ¿cuáles son las reglas de interpretación de las declaraciones de voluntad? El acto jurídico, concebido como instrumento a través del cual el principio de autonomía privada despliega su eficacia, se estudia desde una triple perspectiva: 1) a la luz del principio de autonomía de la voluntad; 2) distinguiéndolo de nociones afines y 3) desde el punto de vista de su clasificación. El análisis del contrato exige examinar aspectos tan clásicos y tradicionales como las reglas que rigen, de una parte, el acuerdo de voluntades y, de otra, su interpretación. Un tercer punto de aparición reciente cierra el capítulo: excepcionalmente el contrato puede ser revocado por una de las partes. Esta facultad prevista por el legislador en el marco de algunos contratos, obedece a una política de protección del consumidor y viene a modificar los criterios generales vigentes en materia contractual.

Pienso que al lector español pueden interesarle de modo particular algunos de los extremos tratados. Por ejemplo, el desarrollo de los elementos constitutivos de la declaración de voluntad ilustrado con interesante jurisprudencia. Por ejemplo, el estudio —en sede de delimitación de la noción de acto jurídico— de los actos de complacencia («Gefälligkeiten») cuyo concepto y régimen jurídico se presentan de modo sintético e ilustrados, como en el caso anterior, por jurisprudencia difícilmente asequible en nuestras bibliotecas. Me parece especialmente clarificador el estudio de una distinción fundamental en el Derecho alemán, constitutiva del famoso «Trennungsprinzip»: actos de disposición y actos creadores de obligaciones. No menos importante es la distinción —parcialmente solapada con la anterior— entre actos causales y abstractos. El Prof. Witz pasa revista al senti-

do, fundamento y límites del principio de abstracción, con referencia de las posiciones doctrinales más recientes. En relación con la problemática del contrato pueden también destacarse algunos puntos de especial interés. Siempre desde mi punto de vista señalaría, por ejemplo, el análisis del valor jurídico del silencio (con particular consideración de las llamadas cartas de confirmación o «Bestätigungsschreiben»), la inclusión de condiciones generales en el contrato y el estudio de la facultad de revocación unilateral tal y como se regula en la «Haustürwiderrufgesetz» (Ley sobre la revocación de actos jurídicos concluidos a domicilio de 22 de enero de 1986) y en la «Verbraucherkreditgesetz» (Ley reguladora de los créditos al consumidor de 17 de diciembre de 1990).

El Título II —«Las condiciones de eficacia de los actos jurídicos»— constituye sin duda el «plato fuerte» de la primera parte del trabajo. Señalando la diferencia con el Código civil francés (que en su art. 1108 enuncia de manera positiva las condiciones esenciales para la validez de los actos jurídicos) destaca Witz la opción del BGB: el legislador alemán parte de que toda declaración de voluntad o acto jurídico es eficaz, derogando este principio al prever una serie de supuestos en los que una declaración de voluntad o un acto jurídico son nulos («nichtig»), temporalmente ineficaces («schwebend unwirksam»), relativamente ineficaces («relativ unwirksam») o anulables («anfechtbar»). Una razón de coherencia con el espíritu del BGB llevaría a afrontar el estudio de las causas de esta ineficacia. Pero, siguiendo a un sector de la doctrina alemana y por la facilidad que supone para el jurista francés familiarizado con este planteamiento, se decide el autor a situarse en la perspectiva de las condiciones de eficacia de los actos jurídicos. Así, en el Capítulo 1 se analizan los obstáculos que se oponen a esta eficacia. De éstos, unos se refieren a las condiciones de fondo y otros a las condiciones de forma. Más allá de sus especificidades, las sanciones aparejadas a la violación de las condiciones de fondo y forma obedecen a reglas comunes.

El estudio de las condiciones de fondo se afronta desde la óptica de las sanciones que su violación comporta. Se distingue entonces entre condiciones sancionadas con la ineficacia «ab initio» del acto jurídico que las vulnera y condiciones sancionadas con anulabilidad del acto jurídico que las incumple.

Habrá nulidad cuando el acto jurídico no respete determinadas condiciones de eficacia relativas al consentimiento (parágrafos 116, 117, 118 BGB): la reserva mental, la declaración de voluntad falta de seriedad y la simulación encuentran aquí su asiento. Destaca sobre todo el análisis de la simulación y de la diferencia entre actos simulados y fiduciarios, cuestión esta última en la que Witz es especialista. Habrá también nulidad si el acto jurídico incumple determinadas condiciones de eficacia relacionadas con el contenido mismo del acto. La nulidad en este caso resulta de contravenir una prohibición legal (parágrafo 134 BGB) o las buenas costumbres (parágrafo 138 BGB). El examen de las cuestiones que ambos conceptos suscitan es detenido y original, incorporando abundante y reciente jurisprudencia. Subrayaría el análisis del parágrafo 138 I BGB, uno de los —junto con el párrafo 826 del BGB y el 1 de la Ley contra la competencia desleal («Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb») — tres principales instrumentos moralizadores del Derecho contractual alemán. Al estilo de la doctrina alemana, la jurisprudencia que desarrolla el precepto se presenta clasi-

ficada en «Fallgruppen» (grupos de casos de aplicación) y recoge una extensa variedad de supuestos, algunos desconocidos en nuestro país. Por ejemplo: el «Bundesgerichtshof» ha declarado contrarios a las buenas costumbres determinados actos de constitución de garantías en perjuicio de tercero. Se ha recurrido al párrafo 138 IBGB para proteger a los acreedores engañados respecto a la solvencia de su deudor como consecuencia de la no publicidad de transferencias en garantía de bienes muebles corporales integrados en el patrimonio de este último. O para proteger a los vendedores titulares de una reserva de dominio prolongada en conflicto con banqueros beneficiarios de cesiones globales de créditos [sobre estas garantías, en lengua española, v. Serick, *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*, trad. Angel Carrasco Perera, ed. Tecnos (Madrid, 1990), pp. 27 ss. y 61 ss. especialmente]. Finalmente, será nulo el acto jurídico que no cumpla determinadas condiciones de eficacia vinculadas a la persona que lo realiza. Se estudian así en este contexto dos nociones fundamentales: la primera, minuciosamente reglamentada en el BGB, es la de «Geschäftsfähigkeit» o capacidad requerida para ser parte en un acto jurídico; la segunda, «Zuständigkeit» o competencia/cualidad requerida para ser parte en un acto jurídico, es obra de la doctrina que aglutina y sistematiza en este concepto disposiciones diversas del BGB. Un completo estudio de la incapacidad (con presentación sucinta de la polémica recientemente suscitada por Canaris en relación con los efectos de ésta) y de la capacidad restringida agotan el primer punto. El segundo se centra en el análisis del párrafo 185 BGB regulador de la «Ermächtigung» o poder de actuar en nombre propio y por cuenta de otro en materia de actos de disposición. Se contempla aquí una interesante figura admitida por la jurisprudencia y rechazada por la doctrina: la «Einziehungsermächtigung» o facultad de ejercitar un derecho de crédito en nombre propio y por cuenta de otro.

¿Cuáles son las condiciones de eficacia sancionadas con la anulabilidad del acto jurídico que las incumple? Una declaración de voluntad puede ser impugnada por su autor en caso de error («Irrtum»), dolo («Täuschung») e intimidación («Drohung»). Sobre estas coordenadas se estudia también el caso próximo del contratante víctima de una publicidad engañosa. En virtud de una reciente reforma legislativa que, con fecha 25 de julio de 1986, completa la Ley de 7 de junio de 1909 relativa a la lucha contra la competencia desleal anteriormente citada, se reconoce a quien fue incitado a contratar como consecuencia de una publicidad engañosa, la facultad inderogable de resolver el negocio celebrado en esas circunstancias. Los vicios del consentimiento y la mencionada facultad de resolución son objeto de un ponderado análisis en el que destaca el tratamiento dispensado al error.

¿De qué condiciones formales depende la eficacia de un acto jurídico? En el ordenamiento alemán el planteamiento es claro: las reglas de forma están sancionadas con la nulidad del acto que las vulnera (párrafo 125 BGB). A la vez y sin embargo rige en materia negocial el principio de libertad de forma o «Formfreiheit» que presenta determinadas excepciones. Estas y los supuestos en que la sanción de nulidad se ve atemperada por obra del mismo legislador (párrafo 313 BGB) o en virtud del juego —muy contestado en esta materia— del principio de

buena fe («Treu und Glauben») se presentan al lector remarcando insistentemente las diferencias respecto al Derecho francés.

Finalmente, las reglas comunes a las sanciones aparejadas a la inobservancia de las condiciones de fondo y forma se resuelven en el estudio de la nulidad y la anulabilidad de los actos jurídicos.

Si el Capítulo 1 se refiere a los actos jurídicos en general, el Capítulo 2 del Título II se centra en el examen de las condiciones de validez correspondientes a las condiciones generales de la contratación. Este precisamente es el núcleo y la verdadera razón de ser de la famosa «Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen» de 9 de diciembre de 1976. Las disposiciones de derecho material relativas a la validez de las condiciones generales recogen las soluciones jurisprudenciales anteriores que reciben de este modo consagración legal. El estudio de Witz se polariza en el examen de las condiciones generales ineficaces (parágrafos 9, 10 y 11 de la ley) y de las consecuencias derivadas de esa ineficacia. Tiene particular interés el análisis del parágrafo 9 («Generalklausel»), precepto central de la norma, cuya interpretación ha dado lugar a abundantísima jurisprudencia: más de dos tercios de la generada por la ley del 76 tiene relación con dicho parágrafo.

La AGBG, por otra parte, incorpora a su texto diversas disposiciones de carácter procesal. Para reforzar la lucha contra las condiciones generales abusivas, el parágrafo 13 y siguientes de la ley instituyen una nueva acción de cesación y retractación («Unterlassungs- und Widerrufsklage») con cuyo estudio se cierra el Capítulo.

Termina la primera parte del libro con dos breves Títulos (III y IV) que se ocupan respectivamente de la representación y de la condición y el término. La representación es figura clave en el derecho alemán y presenta notables diferencias con la regulación que de la misma se hace en el ordenamiento francés. Así, la representación en Alemania aparece disciplinada por un conjunto de normas (parágrafos 164 a 181 BGB) que se aplican a cualquier mecanismo de representación al margen de que su origen sea legal o convencional. Además, la representación no concierne más que a las relaciones externas representante-terceros. Las relaciones existentes entre representante y representado se rigen por otros preceptos: los que regulan el mandato, el arrendamiento de servicios o el contrato de obra, en la hipótesis de una representación convencional. Se centra Witz en el estudio de la representación directa en la que considera especialmente las condiciones previas a su eficacia, sus efectos y los mecanismos específicos de protección de terceros.

Los cuatro capítulos del Título IV se dedican a la noción y diferentes tipos de condiciones y términos (que en su planteamiento normativo poco se distinguen de la regulación francesa); a los límites legales a la admisibilidad de estos elementos y a sus efectos (parágrafos 158 a 163 BGB). Con una perspectiva más amplia, el Capítulo 4 contempla las reglas de computación de plazos que sin circunscribirse a los actos jurídicos se aplican también a éstos (parágrafos 186 a 193 BGB).

Mucho más breve y de menor calado, la segunda parte del libro se centra en el estudio del derecho subjetivo, controvertida noción de la que —sin embargo— el Derecho alemán no ha podido prescindir. Tras establecer su concepto y determinar sus clases, se contempla éste desde una perspectiva sobre todo dinámica. A lo largo de cuatro Títulos se examinan la noción, clasificación y vida de los derechos subjetivos

(Título I); el juego de pretensiones y excepciones (Título II); la protección privada de los derechos subjetivos (Título III) y, finalmente, los límites a su ejercicio (Título IV).

Muchos aspectos resultarán interesantes para el lector español. Así, por ejemplo, el estudio de las pretensiones («Ansprüche») y excepciones («Einreden») donde Witz se detiene en una pormenorizada consideración del método aplicativo de las llamadas «Anspruchsnormen» o normas de pretensión aproximándonos de este modo al estilo judicial alemán de realización del Derecho. Es también destacable el estudio que, junto a la legítima defensa («Notwehr») y estado de necesidad («Notstand»), se hace de la «Selbsthilfe» o justicia personal regulada en el parágrafo 229 y siguientes del BGB. El mencionado precepto permite al acreedor —eliminando en este punto el monopolio estatal de impartición de justicia— tomar unilateralmente, siempre que se cumplan determinadas condiciones, medidas tendentes a la realización de su derecho.

Pero quizá sea el Título IV el de mayor contenido. En él se estudian el abuso de derecho (Capítulo 1) y la prescripción (Capítulo 2). Rechazada en nombre de la seguridad jurídica la «exceptio doli generalis», el legislador alemán ha podido apoyarse en los párrafos 226, 826 y, sobre todo, 242 del BGB para sancionar los diversos supuestos de ejercicio abusivo de los derechos. La aplicación del parágrafo 242 —ejercicio de los derechos contrario a la buena fe— ha generado una copiosa jurisprudencia que, como ya hemos visto, también aquí se presenta clasificada en «Fallgruppen». El juego del principio «venire contra factum proprium» tiene en este contexto una innegable relevancia. En cuanto a la prescripción son tres los aspectos que destacaría: la normalización de su suspensión («Hemmung der Verjährung») legalmente asumida en los párrafos 202 a 204; el particular supuesto del parágrafo 223 I BGB que, en beneficio del acreedor, pulveriza el principio de accesoriedad de las garantías al permitir su realización aún cuando la obligación asegurada haya prescrito y las propuestas de reforma existentes en esta materia. La actual crisis de la prescripción obedece sobre todo a la complejidad de su regulación (alrededor de ciento treinta disposiciones distintas contenidas en el BGB y otros textos legales regulan plazos diversos que oscilan entre las seis semanas y los treinta años) y a su inadecuación a las necesidades del tráfico actual. De ahí que el Ministerio Federal de Justicia encargara a los Prof. Peters y Zimmermann la revisión de esta materia. Los trabajos de estos expertos culminan en 1981 con un anteproyecto de 72 artículos presidido por la idea de «simplificar unificando» [Peters/Zimmermann, *Verjährungsfristen. Der Einfluss von Fristen auf Schuldverhältnisse; Möglichkeiten der Vereinheitlichung von Verjährungsfristen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesanzeiger (Köln, 1981)]. Pero de momento nada se ha hecho. Es más, la Comisión de reforma del Derecho de obligaciones —que acaba de terminar sus trabajos— se aparta en bastantes aspectos de las propuestas de ambos profesores [*Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesanzeiger (Köln, 1992)].

El volumen se cierra con cinco prácticos «Anexos». En primer lugar, una reseña explicativa cumple la misión de precisar el significado de las abreviaturas utilizadas y el modo de citar. Sigue un caso práctico, relativo a cuestiones tratadas en la obra, que responde al propósito de ilustrar la técnica alemana de aplicación

del Derecho. A continuación, un léxico de términos jurídicos alemán-francés y francés-alemán que incorpora los términos comunes a ambos ordenamientos con empleo de algunos neologismos en los casos en que la terminología francesa refleja inadecuadamente los conceptos alemanes. Una cuidada selección bibliográfica —cerrada a 1 de diciembre de 1991— de trabajos franceses y alemanes concernientes a las materias estudiadas precede a los clásicos «Índice alfabético» de conceptos y «Tabla de materias» con los que concluye el trabajo.

«Droit privé allemand» tiene el mérito de la claridad en la exposición sin que ello suponga merma de profundidad. Los problemas se plantean con acierto y las soluciones —muchas veces complejas— que el ordenamiento ofrece no se simplifican en aras de una comprensión más fácil. Al leer el trabajo de Witz, el jurista español se sitúa en una privilegiada atalaya que le permite abarcar en un sólo golpe de vista el ordenamiento alemán y el francés, tan frecuente es el contrapunto entre ambos Derechos y tan nítidamente se destacan sus semejanzas y diferencias. La selección de jurisprudencia —ilustrativa y abundante— ayuda a conocer y entender el Derecho «vivo». Los debates doctrinales de estos últimos años se presentan con oportunidad y equilibrio. Se atisban las nuevas preocupaciones de los autores y, por lo mismo, se abre al lector atento un sugerente panorama que estimula su propia reflexión. El apoyo bibliográfico es de primera categoría: desde la pandectística alemana hasta las más recientes aportaciones pasando por los comentarios clásicos del BGB.

La presentación formal del libro coadyuva asimismo a la claridad: la estructuración en párrafos numerados permite cómodas remisiones y una tipografía diferenciada subraya lo que —utilizando el argot estudiantil— podríamos llamar «importante» frente a lo que cabría omitir sin pérdida de sentido. En resumen: un magnífico trabajo que, en idioma más asequible, ayuda —como dice Witz en la dedicatoria a sus colegas del Centro de Estudios Jurídicos Franceses— «à découvrir les arcanes du Droit privé allemand».

REGINA GAYA SICILIA

Revistas españolas

A cargo de: Isabel ARANA DE LA FUENTE

SUMARIO: I. Derecho Civil: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 6. Derecho de Familia. 7. Derecho de Sucesiones.— II. Derecho Mercantil: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.— III. Derecho urbanístico.— IV. Derecho comunitario.— V. Derecho procesal.— Abreviaturas.

I. DERECHO CIVIL

1. INTRODUCCION

1. **DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, José Luis:** El Derecho común y el nacimiento de Europa, RCDI, núm. 613, noviembre-diciembre 1992, págs. 2523 y ss.

2. **PALACIO ATARD, Vicente:** El siglo XIX, RCDI, núm. 613, noviembre-diciembre 1992, págs. 2535 y ss.

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. **BRENA SESMA, Ingrid:** Intervención del Ministerio Fiscal en la tutela de menores, Actualidad Civil, núm. 25 de 1993, págs. 409 y ss.

4. **DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús:** Resumen de la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre el estado civil durante el año 1992, Actualidad Civil, núm. 27 de 1993, págs. 429 y ss.

5. MIQUEL CALATAYUD, José Antonio: «El régimen preferencial en materia de extranjería y los nacionales iberoamericanos», RCDI, núm. 616, mayo-junio 1993, págs. 875 y ss.

6. RODRÍGUEZ SOL, Luis: La protección y el acogimiento de menores en el Derecho español, La Ley, 1993-1, págs. 1097 y ss.

7. TENA PIAZUELO, Isaac: Instrumentos de la protección de menores de la Ley aragonesa de 14 de diciembre de 1989, RDP, julio-agosto 1993, págs. 685 y ss.

8. VERCHER NOGUERA, Antonio: Medio ambiente, derechos humanos e instituciones europeas, Poder Judicial, núm. 29, marzo de 1993, págs. 97 y ss.

3. PERSONA JURIDICA

9. FARIAS BATLLE, Mercedes: La influencia de la forma contractual en la sociedad irregular (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 6 de noviembre de 1991), La Ley, 1993-1, págs. 879 y ss.

10. PETIT LAVALL, V. y SALINAS ADELANTADO, C.: Sociedad en formación y sociedad irregular, RGD, mayo 1993, págs. 4999 y ss.

Anotación a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de fecha 22 de diciembre de 1992.

11. VAÑO VAÑO, María José: Levantamiento del velo de personalidad jurídica, RGD, mayo 1993, págs. 5003 y ss.

Anotación a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de fecha 6 de junio de 1992.

4. OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

12. ALBALADEJO, Manuel: El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente, Actualidad Civil, núm. 36 de 1993, págs. 663 y ss.

13. AURIOLES MARTÍN, Adolfo: La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje, RDM, núm. 206, octubre-diciembre 1992, págs. 903 y ss.

14. **ÁVILA NAVARRO, Pedro y RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco:** Los derechos de preferente adquisición del arrendatario en la aportación de fincas a una sociedad mercantil, RCDI, núm. 615, marzo-abril 1993, págs. 693 y ss.

15. **BELLO JANEIRO, Domingo:** Cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad en la Ley General de Consumidores y Usuarios, RGD, junio 1993, págs. 5647 y s.

16. **BLANQUER UBEROS, Roberto:** La proyectada reforma de la legislación de arrendamientos urbanos (Notas sobre su ámbito y su eficacia respecto de terceros, su formalización y su publicidad), RJN, núm. 4 de 1992, págs. 9 y ss.

17. **CÁMARA LAPUENTE, Sergio:** La fiducia de garantía en Navarra, RJNav, núm. 14, julio-diciembre 1992, págs. 163 y ss.

18. **CANO TELLO, Celestino A.:** Las máquinas como instrumento de contratación (reflexiones a vuela pluma sobre una nueva forma de contratación en masa), RGD, junio 1993, págs. 5683 y ss.

19. **CLEMENTE MEORO, Mario E.:** El arrendamiento urbano con opción de compra como contrato complejo y la transmisión de la propiedad en favor del optante, RGD, abril 1993, págs. 2791 y ss.

20. **CRISTÓBAL MONTES, Angel:** El régimen jurídico de las obligaciones indivisibles, RCDI, núm. 616, mayo-junio 1993, págs. 851 y ss.

21. **CUBELLS ROIG, Eugenio:** La subasta y el retracto «ex lege», RGD, mayo 1993, págs. 4371 y ss.

22. **CUESTA SÁENZ, José M.^a:** Vicisitudes actuales de la normativa de arrendamientos rústicos, RDP, mayo 1993, págs. 427 y ss.

23. **DELGADO DE MOLINA HERNÁNDEZ, Luis:** Las garantías a primer requerimiento, RGD, junio 1993, págs. 5721 y ss.

24. **FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Lourdes:** La responsabilidad civil de la sociedad de auditoría en el Ordenamiento Jurídico español, Actualidad Civil, núm. 24 de 1993, págs. 393 y ss.

25. **FERNÁNDEZ-PACHECO, Nicolás:** Los derechos básicos de los consumidores y usuarios y el Derecho urbanístico, RCDI, núm. 615, marzo-abril 1993, págs. 655 y ss.

26. **FRANCOS AVELLANAL, Enrique:** Contratos complejos. Notas para un estudio doctrinal y jurisprudencial, Actualidad Civil, núm. 22 de 1993, págs. 361 y ss.

Se analizan aquí diversas cuestiones relativas a los contratos complejos, comenzando con su concepto y causa. A continuación, se exponen las diferentes teorías acerca del régimen legal aplicable, las notas que caracterizan a esta categoría de contratos, y la clasificación que de los mismos hacen Enneccerus, Kipp y Wolff. Por último, se recogen una serie de supuestos, contemplados por la jurisprudencia, de contratos atípicos y complejos.

27. **GIMÉNEZ ROIG, Eusebio:** Compraventa transmisiva, prueba y publicidad de la transmisión, RCDI, núm. 613, noviembre-diciembre 1992, págs. 2293 y ss.

28. **GÓMEZ GALLIGO, Francisco Javier:** Inscripción de condición resolutoria en garantía del precio aplazado, RCDI, núm. 613, noviembre-diciembre 1992, págs. 2463 y ss.

29. **HERRERA BRAVO, Ramón:** Planteamientos generales sobre responsabilidad por custodia en el Derecho romano, en la tradición romanística y en la codificación, RDP, junio 1993, págs. 663 y ss.

30. **LASO MARTÍNEZ, José Luis:** Venta de terrenos afectados por vínculo de inedificabilidad, RCDI, núm. 616, mayo-junio 1993, págs. 935 y ss.

31. **LÓPEZ CASTRO, Alvaro:** Los daños y perjuicios con ocasión del deshauccio por causa de necesidad previstos en el artículo 683 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, La Ley, 1993-1, págs. 860 y ss.

32. **MAPELLI LÓPEZ, Enrique:** Los derechos del pasajero por aire, RGD, junio 1993, págs. 6021 y ss.

33. **MAPELLI LÓPEZ, Enrique:** La Comunidad Europea y el Transporte Aéreo, RGD, junio 1993, págs. 6103 y ss.

34. MARTÍN PÉREZ, Antonio: Criterios de determinación del carácter público o privado de un contrato celebrado entre un ente local y un particular sobre espectáculos taurinos, *La Ley*, 1993-1, págs. 934 y ss.

35. MARTÍN VILLA, Pascual: Breve nota en torno a los derechos de acceso a la propiedad establecidos en la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos, *RDP*, junio 1993, págs. 585 y ss.

36. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: De nuevo sobre el enriquecimiento sin causa en Derecho navarro: pago de lo indebido y obligaciones naturales, *RJNav*, núm. 14, julio-diciembre 1992, págs. 13 y ss.

37. MERINO GUTIÉRREZ, Arturo: ¿Es abstracto el consentimiento formal en el sistema inmobiliario alemán?, *RCDI*, núm. 616, mayo-junio 1993, págs. 975 y ss.

38. MORÁN BOVIO, David: La unificación de la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte (ETT): una presentación, *RDM*, núm. 207, enero-marzo 1993, págs. 207 y ss.

39. MULLERAT I MIGUEL TORRES, Ramón: La legislación sobre inversiones extranjeras, *RJC*, núm. 2 de 1993, págs. 323 y ss.

40. OTERO RUBIN, Juan Luis: La revocación de los auditores: la justa causa, *La Ley*, 1993-1, págs. 998 y ss.

41. PUJOL CAPILLA, Purificación: Arrendamiento, hipoteca y Registro de la Propiedad, *RCDI*, núm. 615, marzo-abril 1993, págs. 393 y ss.

42. QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: El relativo éxito de la Conferencia de La Haya en materia de venta: el *Convenio sobre ley aplicable a la compraventa internacional de mercancías* (1986), *RJC*, núm. 2 de 1993, págs. 303 y ss.

43. RENTERÍA AROCENA, Alfonso: Las inversiones extranjeras en España, *RCDI*, núm. 615, marzo-abril 1993, págs. 411 y ss.

44. RODRÍGUEZ-SAINZ GARCÍA, Alicia: Préstamo usurario: aplicación de sus requisitos y sanción de nulidad, *Poder Judicial*, núm. 29, marzo 1993, págs. 151 y ss.

45. **RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ricardo:** Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios, Actualidad Civil, núm. 29 de 1993, págs. 473 y ss.

46. **ROVIRA JAÉN, Francisco Javier:** El pacto de la *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral, RCDI, núm. 615, marzo-abril 1993, págs. 349 y ss.

47. **RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES, Rafael:** La responsabilidad civil derivada de accidentes de trabajo. Compatibilidad en las reclamaciones en el orden social y en el civil y penal, Actualidad Civil, núm. 20 de 1993, págs. 327 y ss.

48. **SABATER BAILE, Isabel:** Arrendamientos y finca hipotecada, RCDI, núm. 615, marzo-abril 1993, págs. 551 y ss.

49. **SALINAS ADELANTADO, Carlos:** La problemática de los «contratos blindados o paraguas dorados» en la figura del consejero-delegado y del director general (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992, «Caso Huarte»), RGD, mayo 1993, págs. 4983 y ss.

50. **SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco M.:** Los servicios de mensajerías y «courier» (o urgente) a prestar por empresas privadas de transportes, RGD, junio 1993, págs. 6045 y ss.

51. **SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco M.:** El concepto de «parada» en los servicios regulares de transporte de viajeros, según la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres y su Reglamento, RGD, junio 1993, págs. 6061 y ss.

52. **SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco J.:** Los transportes de viajeros por carretera en la Comunidad Europea: Acuerdos de Maastrich y de Schengen, RGD, junio 1993, págs. 6069 y ss.

53. **SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco J.:** Una algo tardía aproximación a la realidad del transporte, RGD, junio 1993, págs. 6113 y ss.

54. **SANTOS BRIZ, Jaime:** La fuerza vinculante del contrato. Especial consideración en los contratos fácticos. Derecho español y de la Comunidad Europea, RDP, julio-agosto, 1993, págs. 651 y ss.

55. SARAGOÇA, José Luis: La responsabilidad del transportista y la compensación de créditos efectuada por sus clientes, según el Derecho portugués, RGD, junio 1993, págs. 6009 y ss.

56. SOTO NIETO, Francisco: El seguro de responsabilidad civil y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, La Ley, 1993-1, págs. 886 y ss.

Se examinan las Condiciones generales y particulares en el contrato de seguro, en especial las cláusulas lesivas y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. Se atiende, seguidamente, a los efectos, en la relación jurídica de seguro, de la falta de pago de la prima y la limitación temporal de la garantía de cobertura por parte del asegurador.

57. TATO PLAZA, Anxo: Publicidad comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el Derecho comparado, RDM, núm. 206, octubre-diciembre 1992, págs. 863 y ss.

58. VILLABA LAVA, Mercenario: Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, leasing y para la concesión de tarjetas de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil, La Ley, 1993-1, págs. 901 y ss.

5. DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

59. BENITO ARENAS, José A.: Algunas consideraciones sobre la multipropiedad en Derecho comparado, RCDI, núm. 615, marzo-abril 1993, págs. 463 y ss.

60. BUESO GUILLÉN, Pedro José: Reflexiones críticas a propósito del estudio del mercado y los valores hipotecarios, RDBB, núm. 50, abril-junio 1993, págs. 405 y ss.

61. CASADO CERVIÑO, Alberto: La marca derivada: su regulación en la Ley de 1988, RJC, núm. 3 de 1993, págs. 659 y ss.

62. CLEMENTE MEORO, Mario E.: El arrendamiento urbano con opción de compra como contrato complejo y la transmisión de la propiedad en favor del optante, RGD, abril 1993, págs. 2791 y ss.

63. CUBELLS ROIG, Eugenio: La subasta y el retracto «ex lege», RGD, mayo 1993, págs. 4371 y ss.

64. **GARCÍA MAS, Francisco Javier:** Apuntes al procedimiento ejecutivo extra judicial hipotecario, RCDI, núm. 616, mayo-junio 1993, págs. 831 y ss.

65. **GÓMEZ GALLIGO, Francisco Javier:** Inscripción de condición resolutoria en garantía del precio aplazado, RCDI, núm. 613, noviembre-diciembre 1992, págs. 2463 y ss.

66. **LEMA DEVESA, Carlos:** El Convenio europeo de Munich ante la protección de las nuevas tecnologías, Actualidad Civil, núm. 34 de 1993, págs. 605 y ss.

67. **LLOPIS GINER, J. M.:** Resolución le 3 de febrero de 1992 (BOE de 26 de marzo de 1992), RGD, mayo 1993, págs. 4675 y ss.

La Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que el requerimiento que se impone al tercer poseedor ha de hacerse como trámite previo para que el acreedor pueda dirigirse contra el bien hipotecado por vía del procedimiento ejecutivo ordinario, de forma que aquél se halle protegido en su derecho.

68. **LLOPIS GINER, J. M.:** Resolución de 5 de febrero de 1992 (BOE de 4 de mayo de 1992), RGD, mayo 1993, págs. 4687 y ss.

No puede practicarse anotación de embargo, originada por una deuda de la comunidad, sobre una finca bajo titularidad *ob rem*, sin que hayan sido demandados los diversos copropietarios, siendo parte en el proceso.

69. **MADRID PARRA, Agustín:** Reforma del Mercado Hipotecario tras una década, RDBB, núm. 49, enero-marzo 1993, págs. 43 y ss.

70. **M. DOLORS I ORIOL SAVALL I LÓPEZ-REYNALS:** La Llei de censos de 1990. Comentari entorn de la possible inconstitucionalitat de les disposicions transitòries, RJC, núm. 3 de 1993, págs. 695 y ss.

71. **MEZQUITA DEL CACHO, Luis:** Algunas consideraciones sobre la ejecución hipotecaria mediante subasta notarialmente controlada, RGD, abril 1993, págs. 2837 y ss.

72. **MORO ALMARAZ, María Jesús:** Oposición abusiva en la adopción de acuerdos para los que la LPH exige unanimidad, Poder Judicial, núm. 29, marzo 1993, págs. 133 y ss.

73. OROZCO PARDO, Guillermo: Algunos problemas sobre las funciones de las entidades de gestión de derechos de autor, *Actualidad Civil*, núm. 33 de 1993, págs. 575 y ss.

74. PACHECO CIFUENTES, Alfonso: El requerimiento judicial de pago al deudor hipotecario en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, *RGD*, mayo 1993, págs. 4363 y ss.

75. PRATS ALBENTOSA, Llorenç: El conflicto de la acción de deslinde (A propósito de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de noviembre y de 9 de noviembre de 1992), *RJC*, núm. 3 de 1993, págs. 205 y ss.

76. PUJOL CAPILLA, Purificación: Arrendamiento, hipoteca y Registro de la Propiedad, *RCDI*, núm. 615, marzo-abril 1993, págs. 393 y ss.

77. ROVIRA JAÉN, Francisco Javier: El pacto de la *lex commissoria* en la reciente jurisprudencia registral, *RCDI*, núm. 615, marzo-abril 1993, págs. 349 y ss.

78. SABATER BAILE, Isabel: Arrendamientos y finca hipotecada, *RCDI*, núm. 615, marzo-abril 1993, págs. 551 y ss.

79. SALINAS ADELANTADO, C.: Tres problemas de la Ley de Marcas de 1988: la relación marca y nombre comercial, el empleo de términos extranjeros, y el «secondary meaning» (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15/10/92), *RGD*, abril 1993, págs. 3575 y ss.

80. TELLEZ CODORNIU, Luis: La división de censos conforme a la Disposición Transitoria primera de la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de la Generalitat de Catalunya y la extinción civil de los mismos, de no practicarse en el plazo previsto en la Ley, *RJC*, núm. 2 de 1993, págs. 451 y ss.

81. VATTIER FUENZALIDA, Carlos: Propiedad privada y régimen del suelo, *RCDI*, núm. 613, noviembre-diciembre 1992, págs. 2547 y ss.

6. DERECHO DE FAMILIA

82. ELORRIAGA DE BONIS, Fabián: La protección de la vivienda del matrimonio. Antecedentes y comentarios de la Ley 55 del Fuero Nuevo de Navarra, *RJNav*, núm. 14, julio-diciembre 1992, págs. 177 y ss.

83. GARCÍA CANTERO, Gabriel: Nulidad de matrimonio, *Actualidad Civil*, núm. 31 de 1993, págs. 535 y ss.

84. IBAN, Iván C.: Notas para una propuesta de definición del matrimonio, *RDP*, junio 1993, págs. 577 y ss.

85. HIJAS FERNÁNDEZ, Eduardo: Las manifestaciones de voluntad en la constitución de la adopción, *RGD*, abril 1993, págs. 2745 y ss.

86. PEREDA GÓMEZ, Francisco Javier: Algunes consideracions sobre la regulació de les causes de nullitat, separació y divorci a la Lley de 7 de juliol de 1981, *RJC*, núm. 3 de 1993, págs. 613 y ss.

87. POMARES GARCÍA, M.^a del Mar: Las pruebas biológicas para la investigación de la paternidad en los procesos de filiación. Estudio especial de la negativa a someterse a la práctica, *La Ley*, 1993-1, págs. 1075 y ss.

88. RODRÍGUEZ SOL, Luis: La protección y el acogimiento de menores en el Derecho español, *La Ley*, 1993-1, págs. 1097 y ss.

89. SEGOVIA LÓPEZ, Luis: Parejas no casadas, *La Ley*, 1993-1, págs. 961 y ss.

Se someten a estudios las siguientes cuestiones en relación con las parejas de hecho: indemnización por muerte producida por un tercero, subrogación en el arrendamiento de vivienda, adquisiciones y ganancias, derecho de sucesión así como los derechos y el procedimiento en caso de ruptura.

90. VALLET DE GOYTISOLO, Juan BMS.: Retracto y sociedad de gananciales (Lo que la Sala Primera del Tribunal Supremo no resolvió en la S. de 14 de marzo de 1992), *RJN*, núm. 4 de 1992, págs. 263 y ss.

91. VELA SÁNCHEZ, Antonio José: La sistematización del pasivo ganancial y el artículo 1370 del Código Civil, *RDP*, junio 1993, págs. 539 y ss.

92. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: La unión paramatrimonial y la vivienda familiar, *RGD*, mayo 1993, págs. 4243 y ss.

7. DERECHO DE SUCESIONES

93. **BARBER CARCAMO, Roncesvalles:** Retracto gentilicio y parientes afines: la problemática sobre la ruptura de la línea familiar de los bienes, *RJNav*, núm. 13, enero-junio 1992, págs. 53 y ss.

94. **LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen:** Momento de la valoración del caudal relicto y de las donaciones a efectos del cálculo de las legítimas, *RGD*, mayo 1993, págs. 4301 y ss.

95. **MOLINO Y NÚÑEZ, M.^a del Carmen:** La legítima en el Derecho Civil Foral de Vizcaya y en el Derecho Civil de Cataluña, *RDP*, abril 1993, págs. 315 y ss.

96. **MIDELARENA PEÑA, Fernando:** Estructuras familiares y sistemas sucesorios en Navarra: una aproximación crítica desde las ciencias sociales a las perspectivas tradicionales, *RJNav*, núm. 14, julio-diciembre 1992, págs. 119 y ss.

II. DERECHO MERCANTIL

1. PARTE GENERAL. EMPRESA

97. **CALVO CARAVACA, A. L. y FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L.:** Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación, *RGD*, abril 1993, págs. 3379 y ss.

98. **CASADO CERVIÑO, Alberto:** La marca derivada: su regulación en la Ley de 1988, *RJC*, núm. 3 de 1993, págs. 659 y ss.

99. **ILLESCAS ORTIZ, Rafael:** El Derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática, *RDM*, núm. 207, enero-marzo 1993, págs. 37 y ss.

100. **LEMA DEVESA, Carlos:** El Convenio europeo de Munich ante la protección de las nuevas tecnologías, *Actualidad Civil*, núm. 34 de 1993, págs. 605 y ss.

101. **MASSAGUER, José:** Las medidas cautelares en la Ley de Competencia Desleal, *RDM*, núm. 206, octubre-diciembre 1992, págs. 731 y ss.

102. OLIVENCIA, Manuel: UNCITRAL: Hacia un Derecho mercantil uniforme en el siglo XXI, RDM, núm. 207, enero-marzo 1993, págs. 9 y ss.

103. PÉREZ MIRANDA, Rafael: El nuevo régimen jurídico de la concurrencia en México, RDP, mayo 1993, págs. 443 y ss.

Análisis de la legislación antimonopólica modificada por impulso de la reforma de la Constitución mejicana de 1982, por la inclusión de un capítulo sobre protección de la competencia en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y por la política de modernización del Estado.

104. SALINAS ADELANTADO, C.: Tres problemas de la Ley de Marcas de 1988: la relación marca y nombre comercial, el empleo de términos extranjeros, y el «secondary meaning» (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 15/10/92), RGD, abril 1993, págs. 3575 y ss.

105. SCHRICKER, G.: Ultimos desarrollos del Derecho de la competencia desleal en Europa, RGD, abril 1993, págs. 3291 y ss.

106. TATO PLAZA, Anxo: Publicidad comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el Derecho comparado, RDM, núm. 206, octubre-diciembre 1992, págs. 863 y ss.

107. VICENT CHULIA, F.: Poderes públicos y Derecho de la competencia, RGD, abril 1993, págs. 3313 y ss.

2. DERECHO DE SOCIEDADES

108. ABELLA SANTAMARÍA, Jaime: ¿OPAs sucesivas o competidores? A propósito de una polémica reciente, RDBB, núm. 49, enero-marzo 1993, págs. 87 y ss.

109. ALONSO ESPINOSA, Francisco José: La oferta pública de suscripción (y de venta) de valores negociables (Reflexiones sobre su perfil según el artículo 3.º, R.D. 291/1992, de 27 de marzo), RGD, mayo 1993, págs. 4959 y ss.

110. AÑOVEROS TRIAS DE BES, Xavier: La convocatoria de las Juntas generales de accionistas por decisión de la autoridad judicial en las sociedades anónimas, RGD, mayo 1993, págs. 4877 y ss.

111. CABANAS TREJO, Ricardo: La convocatoria de las Juntas generales de accionistas por decisión de la autoridad judicial en las sociedades anónimas, RDG, mayo 1993, págs. 4923 y ss.

112. CÁMARA ALVAREZ, Manuel de la: La administración de la sociedad anónima, RJN, núm. 4 de 1992, págs. 51 y ss.

113. DÍAZ MORENO, Alberto: Los trabajos de UNCITRAL en materia de garantías independientes internacionales, RDM, núm. 207, enero-marzo 1993, págs. 151 y ss.

114. ESCRIBANO GAMIR, Cristina: La reforma del Derecho Suizo de sociedades anónimas, RDBB, núm. 49, enero-marzo 1993, págs. 163 y ss.

115. FARIAS BATLLE, Mercedes: La influencia de la forma contractual en la sociedad irregular (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 6 de noviembre de 1991), La Ley, 1993-1, págs. 879 y ss.

116. FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Lourdes: La responsabilidad civil de la sociedad de auditoría en el Ordenamiento Jurídico español, Actualidad Civil, núm. 24 de 1993, págs. 393 y ss.

117. FERRANDO MIGUEL, Ignacio: Las acciones sin voto y el valor del derecho de voto (Pequeña contribución a la crítica de las acciones sin voto), RDM, núm. 206, octubre-diciembre 1992, págs. 767 y ss.

118. GARCÍA MAS, Francisco Javier: Apuntes al procedimiento ejecutivo extra judicial hipotecario, RCDI, núm. 616, mayo-junio 1992, págs. 831 y ss.

119. HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan: La Junta General de la sociedad anónima, RGD, mayo 1993, págs. 4761 y ss.

120. LOJENDIO OSBORNE, Ignacio: La ley modelo de UNCITRAL sobre transferencias internacionales de crédito, RDM, núm. 207, enero-marzo 1993, págs. 95 y ss.

121. PALAU RAMÍREZ, F., VAÑO VAÑO, M. J., VIVES LÓPEZ, S. y VICENT CHULIA, F.: Junta general de sociedad anónima, RGD, mayo 1993, págs. 5012 y ss.

Anotaciones a las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.^a de fecha 29 de enero de 1992, 5 de marzo de 1991 y 15 de octubre de 1992, así como a las resoluciones de la DGRN de 12 de noviembre de 1992, 9 y 10 de marzo y 26 de abril de 1990, y 1 de marzo de 1993.

122. PAZ-ARES, Cándido: Reflexiones sobre los dividendos «in natura» facultativos, RJN, núm. 4 de 1992, págs. 193 y ss.

123. PETIT LAVALL, V. y SALINAS ADELANTADO, C.: Sociedad en formación y sociedad irregular, RGD, mayo 1993, págs. 4999 y ss.

Anotación a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de fecha 22 de diciembre de 1992.

124. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel: El valor real en las cláusulas limitativas de la transmisión forzosa «inter vivos» de acciones (A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de octubre de 1992), RGD, mayo 1993, págs. 4801 y ss.

125. SALINAS ADELANTADO, Carlos: La problemática de los «contratos blindados o paraguas dorados» en la figura del consejero-delegado y del director general (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992, «Caso Huarte»), RGD, mayo 1993, págs. 4983 y ss.

126. SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: A propósito de un caso de transformación temporal de acciones ordinarias en preferentes sin voto, con opción a recuperarlo, RCDI, núm. 613, noviembre-diciembre 1992, págs. 2495 y ss.

127. SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: Acotaciones a una doctrina reciente en materia de pago y aplicación del dividendo, RGD, mayo 1993, págs. 4701 y ss.

128. SÁNCHEZ MOLINER, José Luis: La transformación de la sociedad anónima y de la cooperativa, RGD, mayo 1993, págs. 4839 y s.

129. VAÑO VAÑO, María José: Levantamiento del velo de personalidad jurídica, RGD, mayo 1993, págs. 5003 y ss.

Anotación a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de fecha 6 de junio de 1992.

130. VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: Sociedad anónima pública unipersonal, RGD, mayo 1993, págs. 5006 y ss.

Anotación a la resolución de la DGRN de fecha 20 de octubre de 1992.

131. VÁZQUEZ LEPINETTE, Tomás: Administradores, RGD, mayo 1993, págs. 5029 y ss.

Anotación a la resolución de la DGRN de fecha 21 de noviembre de 1992.

132. VÁZQUEZ LEPINETTE, T., PETIT LAVALL, M. V., VIVES LÓPEZ, S. y VICENT CHULIA, F.: Modificaciones de estatutos y adaptación de estatutos a la nueva Ley, RGD, mayo 1993, págs. 5032 y ss.

Anotaciones a las resoluciones de la DGRN de fecha 23 de noviembre de 1992; 1, 2 y 16 de febrero de 1993; 12, 18 y 31 de marzo de 1993; y 5 de abril de 1993.

133. VICENT CHULIA, Francisco: Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones de sociedad anónima, RGD, mayo 1993, págs. 5010.

Anotación a la resolución de la DGRN de fecha 23 de marzo de 1993.

3. INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRAFICO

134. FERNÁNDEZ DE ARAOZ GÓMEZ-ACEBO, A. y ZAMORA CABOT, F. J.: Globalización de los mercados de valores y cooperación internacional. Reflexiones en torno al Memorándum de entendimiento de 8-VII-92 entre la SEC y la CNMV, RDBB, núm. 49, enero-marzo 1993, págs. 101 y ss.

135. FUERTES, Mercedes: La supervisión «objetiva» de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, RDBB, núm. 49, enero-marzo 1993, págs. 7 y ss.

136. SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal: Criterios de interpretación de los artículos 36 y 37 de la Ley de Mercado de Valores, Poder Judicial, núm. 29, marzo 1993, págs. 79 y ss.

137. TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: Las normas de actuación en los Mercados de Valores, RDBB, núm. 50, abril-junio 1993, págs. 315 y ss.

4. CONTRATOS MERCANTILES

138. ALMOGUERA GÓMEZ, Angel: Fe pública y contratación mercantil: consideración de los contratos bancarios de adhesión, Actualidad Civil, núm. 37 de 1993, págs. 677.

139. AURIOLES MARTÍN, Adolfo: La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje, RDM, núm. 206, octubre-diciembre 1992, págs. 903 y ss.

140. BELLO JANEIRO, Domingo: Cláusulas de exclusión o reducción de responsabilidad en la Ley General de Consumidores y Usuarios, RGD, junio 1993, págs. 5647 y s.

141. CANO TELLO, Celestino A.: Las máquinas como instrumento de contratación (reflexiones a vuela pluma sobre una nueva forma de contratación en masa), RGD, junio 1993, págs. 5683 y ss.

142. DELGADO DE MOLINA HERNÁNDEZ, Luis: Las garantías a primer requerimiento, RGD, junio 1993, págs. 5721 y ss.

143. DÍAZ FRAILE, Juan María: Los préstamos financieros vinculados al sector exterior sometidos al control de cambios: los diversos supuestos en función del estatus residencial de los contratantes, RCDI, núm. 615, marzo-abril 1993, págs. 619 y ss.

144. FERNÁNDEZ-GUERRA, Ramón: El salvamento marítimo ambiental, RGD, junio 1993, págs. 6033 y ss.

145. MADRID PARRA, Agustín: EDI (*Electronic Data Interchange*): Estado de la cuestión en UNCITRAL, RDM, núm. 207, enero-marzo 1993, págs. 115 y ss.

146. MAPELLI LÓPEZ, Enrique: Los derechos del pasajero por aire, RGD, junio 1993, págs. 6021 y ss.

147. **MAPELLI LÓPEZ, Enrique:** La Comunidad Europea y el Transporte Aéreo, RGD, junio 1993, págs. 6103 y ss.

148. **MORÁN BOVIO, David:** La unificación de la responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte (ETT): una presentación, RDM, núm. 207, enero-marzo 1993, págs. 207 y ss.

149. **OTERO RUBIN, Juan Luis:** La revocación de los auditores: la justa causa, La Ley, 1993-1, págs. 998 y ss.

150. **QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana:** El relativo éxito de la Conferencia de La Haya en materia de venta: el Convenio sobre ley aplicable a la compraventa internacional de mercancías (1986), RJC, núm. 2 de 1993, págs. 303 y ss.

151. **RECALDE CASTELLS, Andrés:** En torno a la pretendida nominatividad de las anotaciones en cuenta y a su régimen de publicidad, RDBB, núm. 50, abril-junio 1993, págs. 361 y ss.

152. **RODRÍGUEZ LÓPEZ, Ricardo:** Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios, Actualidad Civil, núm. 29 de 1993, págs. 473 y ss.

153. **SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco M.:** Los servicios de mensajerías y «courier» (o urgente) a prestar por empresas privadas de transportes, RGD, junio 1993, págs. 6045 y ss.

154. **SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco M.:** Situación de la Comunidad Europea en 1993 en relación con los transportes, RGD, junio 1993, págs. 6055 y ss.

155. **SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco M.:** El concepto de «parada» en los servicios regulares de transporte de viajeros, según la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres y su Reglamento, RGD, junio 1993, págs. 6061 y ss.

156. **SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco J.:** Los transportes de viajeros por carretera en la Comunidad Europea. Acuerdos de Maastrich y de Schengen, RGD, junio 1993, págs. 6069 y ss.

157. **SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco J.:** Una algo tardía aproximación a la realidad del transporte, RGD, junio 1993, págs. 6113 y ss.

158. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan: El reconocimiento jurisprudencial de la garantía a primera solicitud (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992), RDBB, núm. 50, abril-junio 1993, págs. 541 y ss.

159. SARAGOÇA, José Luis: La responsabilidad del transportista y la compensación de créditos efectuada por sus clientes, según el Derecho portugués, RGD, junio 1993, págs. 6009 y ss.

160. SOTO NIETO, Francisco: El seguro de responsabilidad civil y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, La Ley, 1993-1, págs. 886 y ss.

Se examinan las Condiciones generales y particulares en el contrato de seguro, en especial las cláusulas lesivas y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. Se atiende, seguidamente, a los efectos, en la relación jurídica de seguro, de la falta de pago de la prima y la limitación temporal de la garantía de cobertura por parte del asegurador.

161. VILLABA LAVA, Mercenario: Breve estudio sobre algunas cláusulas que de ordinario figuran impresas en las pólizas de los contratos de crédito, préstamo, leasing y para la concesión de tarjetas de crédito a la vista de la legislación tuitiva de la parte contratante débil, La Ley, 1993-1, págs. 901 y ss.

5. DERECHO CAMBIARIO

162. ESCALONA DE MOLINA, José A.: La provisión de fondos y la carga de su prueba en la Ley Cambiaria y del Cheque (Comentario a la sentencia de 4 de julio de 1992 de la Audiencia Provincial de Murcia —Sección 2.^a—), RDBB, núm. 50, abril-junio 1993, págs. 563 y ss.

163. LÓPEZ LÓPEZ, Enrique: La falta de provisión de fondos como excepción causal en el juicio ejecutivo (La letra de favor), Actualidad Civil, núm. 28 de 1993, págs. 459 y ss.

Como señala el autor, el estudio tiene como finalidad sintetizar y profundizar en la jurisprudencia elaborada por nuestros Tribunales en relación con la posibilidad de que el aceptante oponga la excepción de falta de provisión de fondos frente a la acción cambiaria ejercitada por el librador en juicio ejecutivo. Se establecen diferencias según se trate de un incumplimiento total o de un incumplimiento parcial del contrato causal o subyacente. Asimismo se distingue entre el tratamiento jurisprudencial, a estas cuestiones, anterior y posterior a la entrada en vigor de la Ley Cambiaria y del cheque.

164. **PARICIO SERRANO, Luis:** La circulación de los títulos cambiarios: funciones y disfunciones (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 11 de marzo de 1992), RDBB, núm. 49, enero-marzo 1993, págs. 241 y ss.

6. DERECHO CONCURSAL

165. **GARRIDO, José M.^a:** El privilegio del acreedor instante de la quiebra, RDM, núm. 206, octubre-diciembre 1992, págs. 799 y ss.

III. DERECHO URBANISTICO

166. **ÁVILA ORIVE, José Luis:** Sobre el sentido de la distribución de las competencias de Ordenación del territorio y urbanismo en la Comunidad Autónoma del País Vasco, RDU, núm. 133, mayo-junio 1993, págs. 13 y ss.

167. **DE LA CRUZ MERA, Angela:** El aprovechamiento susceptible de apropiación privada en la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, RDU, núm. 133, mayo-junio 1993, págs. 107 y ss.

168. **ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo:** El aprovechamiento urbanístico en el Régimen Transitorio del nuevo Texto Refundido de la Ley del Suelo, RDU, núm. 132, marzo-abril 1993, págs. 79 y ss.

169. **FERNÁNDEZ-PACHECO, Nicolás:** Los derechos básicos de los consumidores y usuarios y el Derecho urbanístico, RCDI, núm. 615, marzo-abril 1993, págs. 655 y ss.

170. **FERNÁNDEZ PIRLA, Santiago:** Tres cuestiones en el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo 1/1992, de 26 de junio, RDU, núm. 133, mayo-junio 1993, págs. 157 y ss.

171. **GRAU ÁVILA, Sebastián:** La ejecución de los sistemas en la legislación urbanística estatal, RDU, núm. 133, mayo-junio 1993, págs. 43 y ss.

172. **LLOPIS GINER, J. M.:** Resolución de 4 de febrero de 1992 (BOE de 5 de mayo de 1992), RGD, mayo 1993, págs. 4681 y ss.

La declaración de obra nueva, cuya edificación sea anterior a la entrada en vigor de la Ley de Reforma, no está sujeta a lo dispuesto por el artículo 25 de la misma, en este caso o puede acreditarse haberse hecho de acuerdo con la legalidad

urbanística o debe de acreditarse la edificación en un período de al menos cuatro años anterior a la entrada en vigor de la Ley.

173. OLIVAN DEL CACHO, Javier: La impugnación de las medidas «urgentes» de protección urbanística en Aragón: Comentario sumario al Decreto 85/1990, de 5 de julio, de la Diputación General de Aragón, RDU, núm. 132, marzo-abril 1993, págs. 97 y ss.

174. PAREJO ALFONSO, Luciano: El régimen urbanístico del suelo no urbanizable en la Ley valenciana 4/1992, de 4 de junio, RDU, núm. 132, marzo-abril 1993, págs. 49 y ss.

175. RAMOS MEDRANO, José Antonio: El expediente de declaración de incumplimiento de los deberes urbanísticos, RDU, núm. 133, mayo-junio 1993, págs. 129 y ss.

176. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: Las competencias de la Comunidad Autónoma Gallega y el Camino de Santiago, RDU, núm. 133, mayo-junio 1993, págs. 59 y ss.

177. VERDU MIRA, Antonio T.: El urbanismo como competencia de los entes públicos territoriales, RDU, núm. 132, marzo-abril 1993, págs. 13 y ss.

IV. DERECHO COMUNITARIO

178. AURIOLES MARTÍN, Adolfo: La Directiva sobre viajes combinados y la adaptación de la normativa española de Agencias de viaje, RDM, núm. 206, octubre-diciembre 1992, págs. 903 y ss.

179. CALVO CARAVACA, A. L. y FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L.: Política y Derecho de la competencia en la CEE: una aproximación, RGD, abril 1993, págs. 3379 y ss.

180. MAPELLI LÓPEZ, Enrique: La Comunidad Europea y el Transporte Aéreo, RGD, junio 1993, págs. 6103 y ss.

181. SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco M.: Situación de la Comunidad Europea en 1993 en relación con los transportes, RGD, junio 1993, págs. 6055 y ss.

182. SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco J.: Libertad de establecimiento en países de la Comunidad Europea, RGD, junio 1993, págs. 6067 y ss.

183. SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco J.: Los transportes de viajeros por carretera en la Comunidad Europea: Acuerdos de Maastricht y de Schengen, RGD, junio 1993, págs. 6069 y ss.

184. SÁNCHEZ GAMBORINO, Francisco J.: Libro blanco sobre los transportes en la Comunidad Europea, RGD, junio 1993, págs. 6071 y ss.

185. TATO PLAZA, Anxo: Publicidad comparativa y movimiento de defensa de los consumidores en el Derecho comparado, RDM, núm. 206, octubre-diciembre 1992, págs. 863 y ss.

186. VERCHER NOGUERA, Antonio: Medio ambiente, derechos humanos e instituciones europeas, Poder Judicial, núm. 29, marzo de 1993, págs. 97 y ss.

V. DERECHO PROCESAL

187. CATALA COMAS, Chantal: Efectos en el proceso civil posterior de las resoluciones penales que no contienen un pronunciamiento civil, La Ley, 1993-1, págs. 1121 y ss.

188. COBO PLANA, Juan José: La falta de litisconsorcio pasivo necesario. Su posible subsanación en la comparecencia del juicio de menor cuantía. Problemas que plantea, Actualidad Civil, núm. 26 de 1993, págs. 417 y ss.

189. COELLO DE PORTUGAL, Iñigo: La impugnación jurisdiccional de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, RJN, núm. 4 de 1992, págs. 155 y ss.

190. DOMÍNGUEZ VIGUEDA, Manuel: Comentarios prácticos en torno a la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, La Ley, 1993-1, págs. 1117 y ss.

191. GONZÁLEZ PASTOR, Carmen Paloma: El llamado recurso de nulidad, Actualidad Civil, núm. 21 de 1992, págs. 343 y ss.

Comienza este trabajo sometiendo a examen las siguientes cuestiones: posibilidad de aplicar el artículo 6.3.º del Código Civil a la nulidad de los actos procesales; concepto de nulidad procesal; naturaleza o fundamento de la nulidad procesal; los supuestos de los artículos 238 y 239 de la LOPJ como casos de nulidad de pleno derecho; los actos procesales irregulares; y los recursos o medios de defensa frente a tales situaciones. Seguidamente, se recoge la evolución cronológica de la Jurisprudencia, tanto de las Salas 1.ª y 2.ª del Tribunal Supremo, como la recaída en el Tribunal Constitucional al resolver diversos recursos de amparo sobre el tema, incluyendo el planteamiento de la propia constitucionalidad del artículo 238 de la LOPJ en relación a la limitación impuesta por el artículo 240 de ese mismo texto legal.

192. MARTÍN MARTÍN, José Antonio: Anotaciones relativas a las reformas introducidas en los procesos civiles por la Ley 10/1992, de 30 de abril, Actualidad Civil, núm. 32 de 1993, págs. 555.

Esta reforma de los procesos civiles afecta a los juicios ordinarios de cognición y verbal, a los juicios especiales de deshaucio, tanto arrendaticios como ejecutivos, al recurso de apelación, a los recursos extraordinarios de casación y revisión, a la ejecución o vía de apremio, a la jurisdicción voluntaria. Asimismo, afecta a una serie de aspectos muy heterogéneos que van desde la determinación de nuevas cuantías a precisiones terminológicas, pasando por la postulación, competencia territorial y sumisión expresa, o la eliminación del papel sellado.

193. NIETO CAROL, Ubaldo: La liquidez de los contratos bancarios. El artículo 1435.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, La Ley, 1993-1, págs. 1013 y ss.

194. ORTIZ NAVACERRADA, Santiago: Régimen jurídico del juicio ejecutivo en general y del fundado en la póliza de crédito en cuenta corriente en particular después de la sentencia 14/1992, de 10 de febrero, del Tribunal Constitucional, Actualidad Civil, núm. 30 de 1993, págs. 507 y ss.

La sentencia del Tribunal Constitucional 14/1992 desestimó la inconstitucionalidad del párrafo 4.º del artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

195. PASTOR BORGONÓN, Blanca: Incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento procesal español, RGD, abril 1993, págs. 3181 y ss.

196. **SERRERA CONTRERAS, Pedro Luis: La liquidación de cargas en el apremio de bienes inmuebles (una grave deficiencia de la última reforma procesal), RCDI, núm. 613, noviembre-diciembre 1992, págs. 2575 y ss.**

ABREVIATURAS

R.C.D.I.:	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
R.D.B.B.:	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
R.D.M.:	Revista de Derecho Mercantil.
R.D.P.:	Revista de Derecho Privado.
R.D.U.:	Revista de Derecho Urbanístico.
R.G.D.:	Revista General de Derecho.
R.J.C.:	Revista Jurídica de Catalunya.
R.J.N.:	Revista Jurídica del Notariado.
R.J.Nav.:	Revista Jurídica de Navarra.

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

Actualidad Civil
La Ley
Poder Judicial

Estudios Jurisprudenciales

Notas sobre el justo título para usucapir y la sucesión *mortis causa*

ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA
Profesora Titular de Derecho Civil

SUMARIO: 1. Justificación del tema. 2. Adquisiciones a título singular como justo título. Tratamiento jurisprudencial. 3. La herencia y la partición como justo título en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. a) *Heredero que alega usucapición de bienes que no pertenecían al causante*. b) *Heredero que alega usucapición de bienes hereditarios frente a otro heredero*. c) *Otros supuestos*. 4. La doctrina. 5. Razones en contra de la consideración del título pro herede y de la partición como justo título para la usucapición abreviada. a) *El doble sentido de la «usucapio pro herede»*. b) *El título pro herede*. c) *La partición*. 6. Usucapición extraordinaria iniciada por el heredero.

1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

El justo título para la usucapion ordinaria se enuncia en el art. 1952 C.c. como «el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate». Como acertadamente ha expresado la STS de 4 julio 1963, «el justo título que para la prescripción se requiere es aquel que por su naturaleza sea capaz de producir la transmisión del dominio, aunque adolezca de algún defecto o vicio **que afecte a la facultad de disponer del transmitente, pues precisamente para subsanarlo existe la prescripción**» (1).

Partiendo de esta premisa, lo que se pretende es contrastar las opiniones en torno a la virtualidad de determinados títulos con la doctrina

(1) POTHIER n. 57, p. 414 definió el justo título como el contrato u otro acto que por su naturaleza transfiere la propiedad mediante la tradición; de manera que si no se transfiere, es por falta de derecho en la persona que realiza la tradición, y no por defecto del título a consecuencia del cual se realiza la tradición.

jurisprudencial en la materia: Se trata del título *pro herede* y de la partición hereditaria.

Lo que se acaba de decir necesita algunas precisiones. Cuando se habla de usucapición *pro herede* o de la partición como justo título para usucapir, se piensa en la posibilidad de usucapir bienes determinados. Es decir, que no hay cuestión respecto a la posibilidad de usucapir la herencia como un todo, ni de la usucapibilidad de la condición misma de heredero: ambas cosas son inadmisibles. Se trata pues de la usucapición de bienes concretos y determinados, muebles o inmuebles, *en cuanto adquiridos por la condición de heredero del usucapiente, o en cuanto adjudicados en la partición de la herencia.*

El Tribunal Supremo, en las sentencias que se examinan mas adelante, ha afirmado en varias ocasiones que el título *pro herede* es justo título, y en otras ha dicho literalmente que lo es la partición. Y en nuestra doctrina, aunque no se encuentre muy extendida la configuración del título *pro herede* como justo título para usucapir, la opinión mayoritaria afirma que la partición hereditaria constituye sin duda justo título.

Sin embargo, el estudio de la jurisprudencia demuestra que las expresiones utilizadas no tienen normalmente la trascendencia que pudiera parecer. Cierto es que, en general y con respecto al reconocimiento de justos títulos a efectos de usucapición ordinaria, el Tribunal Supremo muestra una considerable confusión (como se verá en el apartado 2.). Y quizá una de las referencias más frecuentes en tema de justos títulos sea al testamento, a la institución de heredero o a la partición. Pero puede decirse que es excepcional el fallo que *realmente* admita como fundamento del pronunciamiento favorable la usucapición abreviada con testamento, herencia o partición como justo título.

La posición que aquí se pretende defender es la que considera que ni el título de heredero ni la subsiguiente partición pueden ser considerados justos títulos para la usucapición ordinaria. En este sentido, como se verá, se manifiesta parte de nuestra doctrina y la totalidad de la francesa y la italiana. No discuto en absoluto que el heredero pueda adquirir *por usucapición extraordinaria, si concurren sus requisitos*, bienes concretos que posee como hereditarios pero en realidad no pertenecían al causante (en los términos que se examinan *infra* apartado 6). Lo que se pone en tela de juicio es la posibilidad de invocar la adquisición vía sucesión *mortis causa* a título universal, o la adjudicación en la subsiguiente partición de la herencia para beneficiarse de una usucapición abreviada. Es decir, que el título de heredero o la partición sean el justo título que el artículo 1940 C.c. exige para poder usucapir en plazos mas breves, del mismo modo que, en su caso, sirva a igual finalidad la compraventa o la donación.

2. ADQUISICIÓN A TÍTULO SINGULAR COMO JUSTO TÍTULO. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

El justo título ha de ser verdadero y válido (art. 1953 C.c.). La veracidad se entiende comúnmente como existencia y como irrelevancia del título putativo (2).

La exigencia de validez ha ofrecido mayores dudas, pero puede mantenerse que significa «legalmente correcto e ineficaz» y la ineficacia del título válido sólo podrá deberse a la ausencia de un presupuesto de eficacia (3): a saber, la falta de titularidad del que dispone de los bienes como si fueran propios. En este sentido entiendo acertada la opinión, muy extendida por lo demás, según la cual la usucapion ordinaria, presupuesta la presencia de justo título, sirve para salvar la falta de poder de disposición en el transmitente; lo cual supone, naturalmente, admitir que no son nulos (inválidos, por tanto) negocios transmisivos realizados por quien carece del poder dispositivo sobre los bienes.

No obstante, sobre tales cuestiones no se ha pronunciado el Tribunal Supremo con demasiada claridad.

Conforme a lo que se acaba de decir, puede pensarse que tiene sentido invocar la usucapion abreviada, cuando se poseen los bienes en virtud de un título de adquisicion que procede de quien no era realmente el dueño de los bienes, o no tenía plenas facultades dispositivas sobre los mismos. Pero no ocurre así en la práctica, en la que a veces se utiliza y acepta por el Supremo el argumento de la usucapion ordinaria para mantener adquisiciones en las que no se discute la pertenencia de los bienes al transmitente, sino acaso la regularidad de la adquisicion; así ha ocurrido en supuestos de transmisiones impuestas al dueño de los bienes en los que se dice que la adjudicacion en virtud de resolucion judicial supone justo título (4).

Cuando efectivamente se invoca un título procedente de un no dueño, el Tribunal Supremo ha esgrimido la idea de que la venta es nula por tal razón, con lo que el título no es válido para la usucapion ordinaria (5). Esta teoría jurisprudencial sobre la nulidad de la venta de cosa ajena o de cosa común (realizada por uno sólo de los comuneros) ha re-

(2) *Cfr.* BADOSA, 678 s., y la magnífica crítica a esta interpretación, aunque efectivamente la exigencia de veracidad sirve para restringir el justo título a efectos de usucapion, excluyendo el título putativo.

(3) BADOSA, 711, 712.

(4) Así, por ejemplo, en las sentencias de 30 de mayo de 1955, 8 marzo 1956. Una crítica de este planteamiento erróneo de la Jurisprudencia, ALBALADEJO, *Comentarios...*, 329.

(5) V. por ejemplo sentencias de 4 enero 1965 y 14 marzo 1983 (venta de cosa ganancial por el cónyuge supérstite); 3 febrero 1961 (si bien en el caso, era venta realizada por unos albaceas que se adjudicaron indebidamente los bienes y vendieron como tales albaceas, por lo que podría estimarse realmente un caso de nulidad radical) 6 de junio de 1969 (permuta de bien parafernial).

cibido suficientes críticas en la doctrina y precisamente con relación al tema que nos ocupa (6); de seguirse, además, la usucapión ordinaria sería simplemente inaplicable. Como dijo el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de mayo de 1957, el pronunciamiento de nulidad para la venta de cosa ajena «desconoce la posibilidad de que el comprador pueda ganar el dominio por prescripción».

En alguna ocasión se ha calificado como título «anulable» el precedente de quien no podía vender los bienes por no ser realmente el titular, y en consecuencia «apto para transmitir el dominio y que puede ser purificado por la prescripción y ratificado» (STS 14 abril 1958); y otras veces, sin entrar en la calificación que merezca el acto de disposición, se ha admitido su idoneidad como justo título, pues la existencia de algún vicio originario en la facultad de disponer, según la STS de 22 enero 1969, no priva al comprador «de la posibilidad de usucapir el objeto del contrato celebrado en semejantes condiciones» (7).

3. EL TÍTULO PRO HEREDE Y LA PARTICIÓN COMO JUSTO TÍTULO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Los supuestos en los que, como demuestra la jurisprudencia, pudiera ser necesario invocar la usucapión por el heredero se pueden dividir en dos grupos:

A) El heredero se encuentra en posesión de bienes como integrantes de la herencia, pero en realidad no pertenecían al causante. Y le son reclamados por el verdadero dueño en virtud de una acción reivindicatoria. Nuestro tema se plantea en aquellos supuestos en que el propio heredero desee invocar a su favor la usucapión ordinaria basándose en el título de heredero o la partición hereditaria. Y eso ocurre, según el estudio jurisprudencial, por varias razones: porque su causante no poseía en concepto de dueño y el heredero sí; o porque el causante, aún siendo poseedor en concepto de dueño, había adquirido los bienes en virtud de contratos que se declaran nulos: carecía de justo título, y su heredero no puede invocar la usucapión extraordinaria (ni siquiera con la suma del tiempo de posesión de su causante) y pretende beneficiarse de la ordinaria: no puede invocar el título de su causante (no es «válido») y su justo título es la herencia o la partición.

(6) *Cfr.* COSSIO, Dictamen número 12, 193 s. y los comentarios jurisprudenciales de MIQUEL (STS 5 mayo 1983, CCJC, N.3, p. 727), DELGADO ECHEVARRÍA, (STS 14 marzo 1983, en CCJC, N.2, p. 471), CARRASCO PERERA (STS 10 julio 1987, en CCJC 1987, p. 4801). V. también la STS de 27 mayo 1982. Y en general sobre el tema, ALBALADEJO, *Comentarios*. 324, 328.

(7) V. además sentencias de 30 noviembre 1910, 7 diciembre 1925, 6 noviembre 1967, 25 febrero 1991.

B) En este segundo grupo de supuestos los bienes pertenecen sin duda a la herencia, y el heredero los posee como tal. La reclamación proviene entonces de otros herederos, normalmente excluidos indebidamente de la partición, que exigen la entrega de todo o parte de los bienes.

Podría pensarse que se trata ahora de la reclamación del heredero verdadero frente al heredero aparente. Y podría añadirse que el heredero aparente nunca podría invocar a su favor un justo título porque el suyo es putativo o inválido (testamento revocado, partición nula, art. 1081 C.c.).

Pero esto no es así, al menos en algunos de los casos jurisprudenciales. Porque aquí hay que distinguir la situación del heredero aparente de la situación del heredero *verdadero* frente a quien *también lo es* y reclama su parte. O dicho en otras palabras, el heredero aparente, según la opinión común, no puede apoyarse en el título de heredero ni en la partición de la herencia porque *no es en realidad heredero* y el justo título ha de ser *verdadero y válido* (art. 1953 C.c.). En lo que estoy absolutamente de acuerdo. Pero cuando se trata de un heredero que realmente lo es, y lo que ocurre es que se ha preterido a otro en la partición, pudiera decirse que la partición «no se rescindiría, a no ser que se pruebe que hubo mala fe o dolo por parte de los otros interesados; pero estos tendrán la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda» (art. 1080 C.c.). Sin embargo, en los casos que luego se examinan, el coheredero que se encuentra en posesión de los bienes niega al reclamante su condición de heredero; y se ha dicho que respecto de los bienes que no le corresponden en realidad *es heredero aparente y la acción que contra él se dirige es la de petición de herencia* (8).

El análisis de la jurisprudencia se va a hacer agrupando las sentencias según se refieran a uno de los dos supuestos que se acaban de explicar. Y, como se verá, puede decirse que sólo de forma excepcional, la usucapición ordinaria ha sido el fundamento del fallo favorable al heredero que la invocaba para negarse a restituir bienes concretos. En la mayoría de los casos, o bien existen otras razones para proteger la adquisición del heredero, o bien se le condena a restituir.

De otro lado, debe destacarse que la anterior división, deducida del examen jurisprudencial, se corresponde con las dos acepciones que, según escribe Bonfante, tiene la usucapición *pro herede* en el Derecho justinianeo: usucapición de cosas consideradas *falsamente* hereditarias por el heredero *verdadero* y usucapición de cosas *realmente* hereditarias a favor del heredero *aparente* (9).

(8) FERNÁNDEZ ARROYO, 188.

(9) BONFANTE, *Le singole*, 642 y *I limiti*, 685 nota. El autor destaca la complejidad de este título precisamente por su doble acepción. Sobre el significado de ambas y, en lo que aquí nos interesa, las razones por las que se excluyen como justo título para la usucapición, *vid. infra* aptdo. 5.a).

a) *Heredero que alega usucapión de bienes que no pertenecían al causante*

1. Favorables al heredero se muestran las sentencias de 24 de mayo de 1956 y 12 de junio de 1956 (10). En la primera se ejercita una acción reivindicatoria frente a quien detenta unos bienes recibidos por título hereditario, que su causante había comprado en virtud de contratos que en el mismo pleito se declaran nulos por simulación absoluta. La heredera demandada invoca a su favor como justo título la escritura de adjudicación otorgada al realizarse la partición de la herencia, lo que tuvo lugar en 1927; la demanda es de 1945. El Ts afirma que dicho título «no ha sido impugnado y ha de reputarse justo, en cuanto, como dice el art. 1952 del C.c. es bastante para transferir legalmente el dominio de cuya prescripción se trata y es obvio que el de herencia tiene eficacia traslativa —art. 609 C.c.—; es verdadero por tener existencia real, como requiere el art. 1953; ya que se repite no ha sido impugnado y es válido por la misma razón».

Parece que esta sentencia admite sin género de dudas la usucapión ordinaria a favor de la heredera y el justo título imprescindible se encuentra en la partición hereditaria. Pero debe observarse que su causante había adquirido las fincas reivindicadas **el 15 de marzo de 1915**, y que la demanda es de **10 de marzo de 1945**. Es decir, que en el caso, faltaban **cinco días para la usucapión extraordinaria**.

La STS **12 junio 1956** contempla un testamento-partición en el que el testador había adjudicado al demandado determinadas fincas gananciales y al Tribunal Supremo «no le cabe duda» que «el testamento-partición es adecuado como justo título para prescribir». El testador había fallecido en 1926 y la demanda es de 1945. Cabría observar que en muchas ocasiones, cuando por el testador se incluyen en la partición bienes gananciales, el Ts entiende que es nula, y que dicha nulidad sería en el caso suficiente para negarle la condición de justo título. Pero en el presente caso, pienso que el verdadero fundamento del fallo favorable al demandado que le permite continuar con los bienes radica en lo siguiente: Los demandantes eran hijos y herederos de una

(10) También lo es la STS 7 abril 1916, según la cual el testamento en el que se instituye a una persona heredera de unos bienes es justo título para usucapir. En el caso el heredero del último poseedor de bienes vinculados alegaba haber adquirido su dominio por prescripción y como título el de heredero; lo que se admite, pero también se dice que son aplicables al supuesto las normas desvinculadoras que restituían a la clase de libres los bienes de cualquier naturaleza que constituyan las vinculaciones de toda especie. Con lo que resulta que no sólo eran susceptible de prescripción adquisitiva, sino también de disposición por el último poseedor de los mismos. También la STS de 11 diciembre de 1943 dice que es justo título el testamento en un caso en que la testadora dispone de bienes que poseía bajo la condición resolutoria de morir sin hijos. Y precisamente se los deja a su hijo natural reconocido. Los demandantes impugnan, sin éxito claro, el reconocimiento y la propia condición de hijo del instituido. Por tanto, parece que sobraba el tema de la prescripción adquisitiva.

hermana del demandado, que, a su vez, también había sido instituída en el mencionado testamento-partición. Como entre los dos últimos surgieron diferencias sobre el recto entendimiento de dicho testamento, decidieron resolverlas en 1930, con una «escritura de transacción», por la que declararon definitivamente resueltas «las dudas que les suscitaba lo dispuesto por su difunto padre», y las adjudicaciones realizadas con base en su testamento-partición. No cabe duda que los que ahora traen causa de quien celebró el contrato de transacción, no pueden ir contra los actos de su causante; y además, lo dice en otro Considerando de la sentencia el propio Tribunal Supremo: los demandantes «no tienen la consideración de terceros por no acreditar que se les haya perjudicado en su legítima por el aludido contrato.... y al ser así como los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones», como su causante «no podía impugnar el repetido contrato (de transacción) en los extremos a que se refiere, por haberse así obligado válidamente, sus hijos y herederos están tenidos a respetar y cumplir lo que su madre y causante pactó, por traer de ella causa».

Creo que el examen de estas dos sentencias en las que el heredero es protegido literalmente en su condición de usucapiente ordinario, nos muestra un fundamento en realidad distinto, lo que si acaso no es rigurosamente cierto en la primera, porque efectivamente faltaban cinco días para la usucapición extraordinaria, acaso resulte más claro en la segunda; porque en ésta última el supuesto justo título sería nulo; y si se acepta en cambio su virtualidad es porque su eficacia se reconoció y aceptó entre los directamente instituídos en él, y contra dicho acuerdo no podían ir, naturalmente y por aplicación del art. 1257.1 C.c., los herederos de las partes. En este sentido, es unánime la opinión de que la nulidad de un testamento puede «salvarse» por el acuerdo de todos los interesados, aunque en tal caso, en rigor, lo que produce efectos no es el testamento, sino la convención.

2. Hay otras sentencias en las que si bien, *literalmente* se dice que la partición puede ser justo título, en el caso no se admite, por lo que fracasa la usucapición ordinaria a favor del heredero. Destacan sobre todo las sentencias de 11 diciembre 1965 y 26 octubre de 1966.

En la primera, el supuesto de hecho es muy parecido al de la sentencia antes examinada de 24 de mayo de 1956. En efecto, también aquí se entabla reivindicatoria contra los herederos de quienes habían comprado las fincas reivindicadas en virtud de contratos de compraventa que en la misma sentencia se declaran radicalmente nulos. Los herederos invocaban a su favor la usucapición abreviada y como justo título la partición otorgada en 1944. La demanda es de 1961, por lo que el Tribunal Supremo, *si realmente fuese la partición justo título* podría haber apreciado la usucapición ordinaria, al no discutirse ningun extremo relativo a la buena fe, ni a la posesión *ad usucapionem*. Sin embargo, en el último Considerando, tras la cita de los artículos 659 y 667 del Código civil, se dice que «la simple adjudicación en unas particiones

de una finca determinada, con base precisamente en uno de los títulos cuya radical nulidad ha sido proclamada en la sentencia recurrida, declarando inexistente el contrato, no puede ser considerada como un título verdadero y válido, ni tal adjudicación pruebe por sí misma el justo título... razones por las que es claro que, por falta de un requisito esencial no se ha producido la prescripción adquisitiva ordinaria del dominio».

En la **sentencia de 26 octubre 1966** los herederos demandados continuaron en la posesión de unas fincas que su causante había vendido en 1902. El Tribunal Supremo estima que el causante vendedor no había sido poseedor en concepto de dueño, pues tras la venta había continuado con la tenencia de las fincas como arrendatario. A su muerte en 1938, se incluyeron en las operaciones particionales; incluso se inmatricularon (doble inmatriculación) al amparo del art. 205 LH. Frente a la usucapición alegada por los herederos, el TS estima que no cabe la extraordinaria, porque no se podía unir el tiempo de posesión del padre, al no haber sido en concepto de dueño. Pero tampoco admite la ordinaria basada en la partición como justo título: *«aunque en principio puede atribuirse tal carácter a las escrituras particionales de bienes hereditarios, no cabe generalizar en términos absolutos, pues como declara la sentencia de esta Sala de 11 diciembre 1965, la simple inclusión de bienes en el inventario de una herencia y su adjudicación en el acto particional no puede ser considerada como un título verdadero y válido, ni tal adjudicación prueba por sí misma el justo título»;... «No es posible calificar tal sucesión hereditaria ni el documento particional como justo título a los efectos de la prescripción adquisitiva ordinaria».*

Entiendo que si en verdad fuere la sucesión universal un título apto a efectos de usucapición abreviada que deba iniciar el heredero, o lo fuese la partición, por conferir la «propiedad exclusiva» de los bienes adjudicados (art. 1068 C.c.), debiera servir precisamente en los supuestos en los que, como acaba de verse, se niega su aplicación; si el defecto que sana la usucapición es la falta de titularidad del disponente; si en el adquirente a título particular, llamese comprador, donatario o legatario, la veracidad y validez de su título unido a los demás requisitos es lo que le permite beneficiarse de un plazo reducido; y si se pretende que el título de heredero sea igual que los que se acaban de citar a los efectos de la usucapición abreviada, no tendría mucho sentido negarle esa virtualidad cuando se produce precisamente el supuesto de hecho en el que puede servir de algo a efectos de usucapición ordinaria. Téngase presente que el heredero puede continuar la usucapición iniciada por su causante e invocar, si procediera, el *justo título que tuviera aquél* (cfr. STS de 19 enero 1911). Pero en los casos que acaban de examinarse quedaba excluida la posibilidad de usucapición extraordinaria por falta de tiempo y para la ordinaria resultaba imprescindible el justo título, del que el causante carecía; parece que no quedaba sino el recurso a la

herencia y a la partición *verdadera y válida* lo que rechaza el Supremo en el sentido expuesto.

b) *Herederero que alega usucapión de bienes hereditarios frente a otro herederero*

Lo que tienen en común los casos que a continuación se examinan es que la acción ejercitada por el heredero demandante es la de petición de herencia.

El Tribunal Supremo, frente a una opinión doctrinal cualificada (11), ha mantenido que no se puede alegar la usucapión de bienes concretos de la herencia mientras no prescriba la acción de petición de herencia, diciendo literalmente que el plazo de usucapión de tales bienes no puede ser más breve que el de prescripción extintiva de la acción. El propio TS señala para la acción de petición de herencia un plazo único de prescripción extintiva de treinta años, que se empieza a contar, no desde la muerte del causante, sino desde que se manifiestan actos que puedan perjudicar el derecho del heredero petionario (12). El poseedor demandado intenta ampararse en la usucapión lo que se deniega en ocasiones con el argumento al que me acabo de referir. Lo cual, tratándose de usucapión extraordinaria de inmuebles, puede tener sentido porque si ésta ha de comenzarse a contar desde que se posee en concepto de dueño, y a partir del mismo momento empieza el plazo de prescripción extintiva de la propia acción de petición de herencia, resulta que el plazo de ambas podría coincidir, aunque no necesariamente. Con lo que el *plazo más breve*, que, repito, no se admite, no podría ser sino el de la usucapión ordinaria de bienes inmuebles, o cualquier tipo de usucapión de bienes muebles de la herencia (13).

Cierto es que los argumentos del Tribunal Supremo no se agotan con la referencia al plazo de prescripción extintiva de la acción de petición de herencia. El Tribunal Supremo rechaza la usucapión ordinaria por razones diversas, atinentes unas al título, y otras al concepto posesorio. Podría observarse que en los supuestos que a continuación se examinan no procede la usucapión ordinaria porque, como se ha visto antes, lo único que ésta salva es la falta de titularidad del transmitente; y en estos casos tal cuestión ni siquiera se plantea; por lo que los obstáculos que existen para el derecho del usucapiente sólo los podría pu-

(11) Recoge toda la doctrina al respecto FERNÁNDEZ ARROYO, 216 y s. La autora destaca, no obstante, que el heredero aparente no puede ampararse en la usucapión ordinaria con respecto a los inmuebles, por falta de título verdadero y válido: p. 220.

(12) V. ampliamente la doctrina y la jurisprudencia sobre este punto en FERNÁNDEZ ARROYO, 206 y ss.

(13) Cfr: los argumentos de FERNÁNDEZ ARROYO, 221, en contra de la usucapión abreviada de bienes muebles por parte del heredero aparente.

rificar la usucapión extraordinaria (14). A lo anterior debe añadirse que el heredero aparente que en su favor sólo pueda invocar como título de la usucapión su propio título de heredero o la partición en la que como tal hubiere intervenido, carece de título *verdadero y válido*, por lo menos respecto de bienes inmuebles.

1. Empecemos con aquellas sentencias que mantienen la adquisición del heredero frente a las reclamaciones de otros sucesores universales del mismo causante. Se trata de las sentencias de 20 junio 1928, 7 de marzo 1930 y 8 junio 1945. En las tres se admite la usucapión de bienes hereditarios, si bien es necesario destacar que en la primera había prescrito la acción de nulidad del testamento, en la segunda el fallo se basa en la aplicación del Derecho navarro, y en la tercera se había cumplido con creces el plazo de la usucapión extraordinaria.

En la **STS 20 junio 1928**, si bien se dice literalmente que se pueden prescribir cosas hereditarias, «*pues la herencia es para estos fines lo mismo que la compraventa, la permuta, la donación ...*», y que resulta claramente «*del art. 1016*» Código civil, no deja claro si se refiere a los bienes individualmente considerados, o al derecho hereditario in abstracto; además, en el caso los bienes se habían poseído por más de treinta años y, lo que parece más importante, había fracasado la acción de nulidad del testamento por estimar el TS transcurrido su plazo de prescripción de quince años.

La **STS 7 marzo 1930** versa sobre un supuesto en el que se invoca la aplicación del Derecho consuetudinario de Navarra y la validez del título *pro herede*. Lo que el Supremo acepta porque «*las leyes que se aplican en Navarra*», «*autorizan la prescripción de cualesquiera cosas*»; que el título de herencia «*tiene el concepto de justo título con arreglo al art. 1952 del C.c.*» La **STS 8 junio 1945**, en segunda sentencia repite que el demandado tiene a su favor el título jurídico emanado de partición válida. Pero en este caso, aparte de que el título invocado no era en realidad el de heredero, (puesto que los bienes se habían adjudicado en pago de aportaciones privativas en la liquidación de la sociedad de gananciales), habían transcurrido más de cuarenta años entre la adjudicación y la demanda.

2. Otras sentencias, en cambio, no admiten la usucapión a favor del heredero que detenta los bienes. A veces porque se estima que su posesión no era apta, o porque su título, en el caso, no es válido (STS 23 dic. 1971), o no se estima probado (STS 20 oct. 1989). En otras ocasiones se dice simplemente que no puede haber prescripción adquisitiva mientras no se extinga la acción de petición de herencia. Así, en la **STS 15 abril 1932**, con un supuesto de hecho parecido al de la STS de 7 de marzo de 1930, el heredero intestado pide la mitad de los bienes

(14) *Cfr.* sobre el tema «De qué purifica la usucapión», ALBALADEJO, *Comentarios*. 253 y s.

hereditarios a otro heredero que se los adjudicó todos estimando ser heredero único; los bienes eran muebles e incluso había transcurrido el plazo de la usucapión extraordinaria: pero se dice que no se puede dar «*mientras no se haya extinguido la acción que a todos y cada uno de los coherederos asista para reclamar sus derechos a la herencia*». En la **STS 18 mayo 1932**, el obstáculo se encuentra en la posesión que, se estima, fue clandestina y no fue en concepto de dueño, puesto que los bienes cuya usucapión se pretende por el heredero ni siquiera fueron incluidos en la partición de la herencia. En la **STS de 12 de abril 1951**, a la nulidad del título invocado (el auto de adjudicación al Estado como heredero intestado), se une la denegación de la usucapión extraordinaria por declarar el Supremo que no sirve a tales efectos la posesión civilísima y además por haberse producido la suspensión del plazo.

La **STS de 23 diciembre 1971** dice que «**la usucapión alegada no puede tener plazos más cortos que los de la prescripción de la acción esgrimida**». Pero en el caso, no admite la usucapión ordinaria por falta de justo título al haberse estimado «*inexistente la alegada institución de heredero*». Y la posesión en concepto de dueño para la usucapión extraordinaria había comenzado a la vez que el plazo extintivo de la acción de petición de herencia, sin que hubieran transcurrido los treinta años necesarios. Tampoco admite la usucapión la **STS 20 octubre de 1989**, «*al faltar la acreditación del pretendido título sucesorio hereditario*» en que se trató de fundamentar.

c) *Otros supuestos*

La anterior clasificación no agota el extenso panorama jurisprudencial en materia de sucesión hereditaria como justo título para la usucapión. Se pueden todavía encontrar otras sentencias en las que ni se discute la pertenencia de los bienes a la herencia, ni se ejercita la acción de petición de herencia. Los supuestos de hecho son variados, pero tienen en común que para la declaración del dominio del sucesor *mortis causa* (que en el caso se admite con afirmaciones referentes a su justo título como tal sucesor) existe una razón que, entiendo, hace superfluas las referencias a la usucapión.

Así ocurre en la **STS 15 abril de 1889**, en la que el Tribunal Supremo se basa *exclusivamente* en la *prescripción ordinaria* para casar la sentencia de instancia y mantener las adjudicaciones realizadas en virtud de una partición *aceptada por todos los interesados y no impugnada*, diciendo que «*la partición es título hábil para adquirir el dominio de las cosas adjudicadas a los interesados*», y que en la demandada «*concorre justo título, buena fe y posesión por el tiempo exigido por la ley*». Sin embargo, quizá no era preciso acudir aquí al instituto de la usucapión ordinaria, puesto que el demandante había intervenido en la partición y ahora la impugna basándose en errores de cabida en la descripción de las fincas; cabe pensar que lo procedente en tal caso era la

rescisión por lesión o la impugnación por error, si bien habría transcurrido con exceso (diecisiete años) el tiempo hábil para interponer la acción. Y como dice el propio TS en esta sentencia, todos los interesados «teniendo capacidad, prestaron y dieron conformidad a la partición, y los actos posteriores y el tiempo transcurrido hacen improcedente la declaración de nulidad y de rescisión en contra de lo convenido».

En las Sentencias de 21 octubre 1899 y 30 marzo 1943, también se utiliza el argumento del «justo título» que en el caso ostentaba el sucesor y la usucapión a su favor, si bien *obiter dicta* en la sentencia de 30 marzo de 1943. Sin embargo, en ambos casos el supuesto usucapiente tenía el dominio de los bienes que se le reclamaban por haberlos recibido *mortis causa* de quien era efectivamente su dueño y en virtud de un título válido: sucesión legítima en el primer caso y disposición testamentaria cuya impugnación no prospera, en el segundo (15).

4. LA DOCTRINA

En este apartado prescindiremos de la situación del heredero aparente, pues las opiniones que a continuación se examinan no se refieren, parece, a tal supuesto, sino a la usucapión de cosas no hereditarias a favor de quien realmente es heredero.

Aunque autores muy significativos incluyen a la *herencia* como justo título para usucapir (16), la opinión más extendida lo niega, pero, normalmente, admite a renglón seguido que lo sea la partición de la herencia.

Alas, De Buen y Ramos negaron que el título *pro herede* sirviera para adquirir la cualidad de heredero o para adquirir cosas singulares que se creyeran hereditarias, aunque las hubiere poseído el causante, «porque entonces, siendo el heredero continuador de la personalidad del causante, continuará la posesión con el mismo título que éste la tenía». «No siendo admisible el título *pro herede* en cuanto título particular, la institución de heredero trae, sin embargo, consigo un título

(15) V. el comentario de estas las dos últimas sentencias citadas en el texto, por DÍEZ PICAZO, L. *Estudios*, 245, 254.6.

(16) A favor GOTARREDONA, 57. SÁNCHEZ ROMÁN, 260 dice que «con visible error se le ha negado a la herencia el carácter de justo título para prescribir, olvidando que no ha de ser éste precisamente singular. VALVERDE, 218 nota. CASTÁN, 273. Y más reciente, LUNA, «pese a que la cuestión puede suscitar dudas, recoge que «la jurisprudencia tiene considerada, en diversas ocasiones (STS 20-VI-28, 7-III-30, y 15-IV-32) a la sucesión hereditaria o título *pro herede* como justo título». LACRUZ, 209, recoge la doctrina francesa e italiana contraria, y dice que «el sucesor a título universal sustituye al causante en su posición jurídica general: se subroga en la relación que tenía su causante respecto a las cosas, y no podría recibir trato distinto al de aquél», y la postura del TS que «acepta como título el de adjudicación al heredero». ALBALADEJO, *Derecho*, 203, mantiene que la herencia es título para la usucapión, pero últimamente rectifica la opinión expuesta distinguiendo el título *pro herede* (que rechaza) y la partición. V. *Comentarios...* 315 y s.

justo: la partición de los bienes, que se interpone entre la posesión del causante y la del heredero, concede a este último un título útil para la usucapión por ser un título traslativo de dominio; y cuando exista un sólo heredero y no sea necesaria la partición, el testamento mismo hace el papel de título traslativo, equivalente a la partición» (17). Hernández Gil, dice que el puro título universal de heredero no es idóneo: «por la usucapión se adquiere la propiedad u otro derecho real, que versan sobre cosas individualmente consideradas, y la herencia constituye un *uníversum ius*. Luego el derecho a la herencia y la cualidad de heredero no se pueden usucapir». Admite, en cambio, que lo sea la partición: «El tránsito de la atribución hereditaria al derecho real determinado sobre una cosa se produce en virtud de la partición, que sí podrá servir de título» (18). Albaladejo no admite el título *pro herede*, entre otras razones, porque las cosas que no pertenecen a la herencia no estarían incluidas en el título mismo (19), pero acepta la partición (20).

Existen, no obstante, opiniones distintas. Así, el comentarista de Scaevola, destaca que el testamento, en su caso, es título sucesorio eficaz para operar la sucesión o subrogación en la posición jurídica del causante, lo que legitima al heredero para continuar la posesión que tuviere aquél. Pero la partición «no dota de título especial y concreto para poseer y usucapir de modo independiente y autónomo, sino que la usucapión por el sucesor será mero efecto del traspaso al mismo de la posición jurídica que, en esta concreta esfera, ostentaba su causante...» «... ni el testamento ni ese título de sucesión transfieren el dominio en el sentido que contempla el art. 1952 C.c.» «El causahabiente, por sucesión, queda puesto, sin más título que el que le confiere su calidad de heredero... en el sitio mismo en que el causante estaba. Por eso tiene título de sucesor, justo título de heredero, que le da el título sucesorio o la ley; pero esto no son hechos adecuados para constituir el justo título del heredero que prescribe» (21).

Para De Buen la herencia tampoco constituye «título especial que el heredero pueda alegar en adelante como justo título»; además expresamente manifiesta haber cambiado su propio criterio con respecto a la partición, «por creer que el título de adquisición no es la partición misma, sino la sucesión testamentaria o *ab intestato*: la única virtualidad que tiene la partición es hacer cesar la indivisión

(17) ALAS, DE BUEN, RAMOS, 222. Y ver también p. 226.

(18) HERNÁNDEZ GIL, 518.

(19) ALBALADEJO, *Comentarios*, 316. La opinión de ALBALADEJO se refiere al heredero llamado en general a suceder, en cuyo caso, p. 317 el título de heredero «no se refiere a los bienes que no son de la herencia, luego no puede usucapirlos a base de él». Aunque sí admite que sea título cuando se asignen bienes concretos a los herederos, p. 317.

(20) ALBALADEJO, *ib.* 319.

(21) REYES MONTERREAL, en SCAEVOLA, 594 y s.

producida entre los herederos por virtud de la transmisión hereditaria» (22).

Probablemente la solución dependa del entendimiento que se tenga del justo título para la usucapión. Acaso las afirmaciones jurisprudenciales y las opiniones de la doctrina favorables a la herencia o, en su caso, a la partición como justo título puedan sintetizarse diciendo que, en principio y a la vista de los artículos 1952 y 609 del C.c., la sucesión «testada e intestada» sería justo título para usucapir. Al título *pro herede* se le encuentran, sin embargo, dos obstáculos que a su vez se resuelven de manera diversa. Hay, como hemos visto, quien lo encuentra en que el heredero continúa la posición de su causante, y por eso carece de título autónomo para prescribir. La partición salva el inconveniente *porque es traslativa de propiedad*. Otros, en cambio, acentúan que la adquisición del heredero *es universal*, y no sirve para la usucapión de cosas singulares; en este caso servirá la partición; y no porque se le atribuya naturaleza *traslativa*, sino porque supone la concreción del derecho sobre cosas específicas y determinadas. También se ha dicho por Carrasco Perera que el heredero ex testamento tendrá justo título, aunque el causante poseyera sin título o sin título hábil, siempre que se cubran las exigencias de cobertura material del título con asignación de cosas concretas (23).

A mi juicio, la razón decisiva por la que debe negarse el título *pro herede*, radica en la naturaleza misma del título hereditario, que, como se verá, no es un título autónomo de adquisición, sino una subrogación en el título que tuviere el causante. La adjudicación de cosas concretas y determinadas realizadas en un testamento-partición, o en una partición subsiguiente, no parece que permita prescindir de los caracteres inherentes a la sucesión a título universal. Porque si el justo título significa el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de que se trate, la partición no supone transmisión de titularidades. No crea un título de adquisición distinto del título hereditario, sino que lo proyecta sobre cosas determinadas. Supone ciertamente el paso a una titularidad exclusiva del adjudicatario, pero que sigue siendo una titularidad justificada por el título de heredero: la partición no convierte el título universal en un título de adquisición singular.

(22) DE BUEN, 1004. Le sigue COSSIO, Dictamen núm. 12, 197. OYUELOS, 879, dice que la sucesión no constituye el título verdadero y *singular* de adquisición que las leyes exigen para la prescripción ordinaria; y se refiere a que los herederos pueden, en su caso, invocar el título válido que tuviere su causante.

(23) Pp. 4807 y s. Es decir, que no lo habrá si simplemente se instituyen herederos en «todos los bienes», o en una cuota abstracta; pero sí, en casos como la partición ex art. 1056 C.c., o «cuando se designen cuerpos ciertos como asignación de cuota abstracta por el propio testador, o cuando por cualquier razón una disposición a título particular no deba considerarse como legado ex artículo 761».

5. RAZONES EN CONTRA DE LA CONSIDERACIÓN DEL TÍTULO *PRO HEREDE* Y DE LA PARTICIÓN COMO JUSTO TÍTULO PARA LA USUCAPIÓN ABREVIADA

a) *El doble sentido de la «usucapio pro herede»*

En el Derecho justinianeo, según varios autores, la expresión *usucapio pro herede* hacía referencia a dos supuestos: la usucapión de cosas no hereditarias por el heredero verdadero y la de cosas realmente hereditarias por el heredero aparente (24).

La evolución de una y otra excede con mucho los límites de este trabajo, pero acaso resulta de interés traer a colación la falta de paralelismo, señalada por la doctrina, entre estos supuestos de usucapión y otros fundados en títulos singulares (*pro emptore, pro dote o pro legato*).

En el caso del heredero verdadero, escribe Ferrini, es «veramente extraño» hablar de usucapión porque el heredero subentra en la posición jurídica del difunto y no puede usucapir si éste no podía (25). Bonfante nos dice que la herencia no puede ser considerada *iusta causa usucapionis*, sino una «causa que justifica la adquisición de los derechos que tenía el difunto». La designación «pro herede» se estima necesariamente acumulada a otro título (26): el que hubiese ostentado el *de cuius*, o el que el heredero creyese, erróneamente, que había tenido (esto último, cuando se admite el título putativo) (27).

(24) BONFANTE, *I limiti*, 685. ASCOLI, 317. LONGO, 165. FERRINI, 321. La *usucapio pro herede* del Derecho romano clásico, llamada *lucrativa e improba*, era una forma de adquirir la propiedad de cosas singulares de una herencia por quien no era realmente heredero, pero poseía como tal (*pro herede*) los bienes: el plazo era de un año y no precisaba buena fe ni justa causa; se considera una reminiscencia de una *usucapio pro herede* arcaica referida al propio título de heredero. Su desaparición vendría propiciada cuando, a partir de un Sc. de Adriano la usucapión no se podía oponer al heredero verdadero que ejercitara la *petitio haereditatis*. V. D'ORS, 229 s., 299. FERRINI, 320. VACCA, 997, 1005 s.

(25) FERRINI, 321.

(26) BONFANTE, *Le singole*, 644, 646. En este sentido, para BONFANTE, el título *pro herede* se correspondería con el título *pro suo*, que no es una *iusta causa* específica, sino que expresa una posesión basada en una *iusta causa* cualquiera; en nuestro caso, la causa por la que hubiere poseído el causante. En el mismo sentido, *cfr.* VACCA, 1006, nt. 66.

(27) Según LONGO, 165, la *usucapio pro herede* del heredero verdadero se basaría en un título putativo. Como sucede en la posición jurídica del difunto, continuaba las relaciones del difunto con la misma causa que tuvieren (arrendamiento, depósito, prenda); si se reconoce al heredero la usucapión de cosas no hereditarias, no puede ser con base en un título verdadero, sino por la falsa opinión del heredero de que su causante había adquirido la propiedad en virtud de una causa idónea.

El caso del heredero aparente se considera «evidentemente» como carencia de justo título (28); y se ha dicho que sólo podría admitirse con base en títulos putativos, «existentes en la imaginación»: el *falsus heres* no tiene relación alguna con el causante y no puede subentrar en su posición jurídica ni en las causas por las que poseía (29).

La exigencia actual de validez y veracidad del justo título, permite, creo, prescindir del heredero aparente en la exposición que sigue: su propia denominación le impide ampararse en el título de heredero para la usucapión ordinaria (30). La cuestión se reduce, pues, al heredero verdadero y la usucapión de cosas no hereditarias.

a) *El título pro herede*

En la doctrina italiana y francesa se niega que el título hereditario sea justo título, sin que apenas se encuentren voces discordantes. Recuérdese que se trata de determinar si el heredero puede invocar a su favor la usucapión ordinaria apoyándose sobre el título de heredero o en su caso sobre la partición. Se distinguen varias hipótesis:

1. Bienes que se hubieren encontrado en posesión del causante:

La negación aquí del título *pro herede* es unánime. Aunque a veces se invocó la vieja idea de continuación de la persona del difunto (31), o se dice que el heredero no puede usucapir cosas individuales porque el suyo es un título universal (32), el argumento más extendido deriva igualmente del título de heredero que supone la continuidad de la *misma posesión que ostentara el causante y con el mismo título que éste tuviera* (33). Si el heredero quisiera valerse del título *pro herede* como verdadero título de usucapión, estaría cambiando el título de su propia posesión. (34).

2. Bienes que no fueron poseídos por el causante, pero sí por el heredero como integrantes de la herencia:

Pothier admitió en tal caso una prescripción *pro herede*, lo que se rechaza porque, como expone Pugliese, el título necesario para la usucapión abreviada debe corresponder exactamente al objeto poseído: el llamamiento legal o testa-

(28) FERRINI, 321.

(29) LONGO, 166. Cfr. también BONFANTE, *Le singole*, 664, y la discusión en este punto con ASCOLI, 318. FERRINI, 321.

(30) V. en este sentido. PUGLIESE, n. 267. BAUDRY-LACANTINERIE/TISSIER, n. 658, 505. 483. MENGONI, 218. ALBALADEJO, 315. Y sobre la exigencia de *validez* del justo título, BADOSA, 711 s.

(31) Cfr. SABATO, 649.

(32) COSTANTINO 101. RUPERTO, 1079. MAZEAUD/MAZEAUD, 214.

(33) Ya POTHIER, n. 63, 417. BAUDRY-LACANTINERIE/TISSIER, n. 658, 505. TARTUFARI, 355. STOLFI, *Successione...* 173 y *Concetto...* 199. MENGONI, 218. SABATO, 651, GENTILE, *Il possesso*, 319 y s. y *Effetti*, 292.

(34) TARTUFARI, 369.

mentario no puede servir de justo título porque respecto de bienes extraños a la herencia, sería un título putativo, «fabricado por el propio heredero» (35).

Para nuestro Derecho y respecto de bienes que no hubiere poseído el difunto creo que pueden valer las razones expuestas.

Respecto de bienes poseídos por éste, el artículo 440 C.c. según la interpretación dominante, proclama igualmente la continuación por el heredero de la misma posesión que ostentara el difunto, salvo en lo relativo a la mala fe (art. 442 C.c.). Pero con esto, quizá, no se subraya suficientemente la especificidad del título hereditario frente a las adquisiciones derivativas a título singular, respecto de las que se admite la *accessio possessionis*. Lo que nos interesa destacar es que el heredero no puede invocar su título como justo título de adquisición para la usucapión ordinaria, por razones que derivan de los caracteres propios de la sucesión universal.

La naturaleza del título de heredero y la peculiaridad de su adquisición frente a las adquisiciones derivativas a título singular se explican con las palabras de Salvador Coderch: «*lo que caracteriza a la sucesión universal mortis causa, frente a otros títulos, es la no creación de un nuevo título adquisitivo autónomo (para los derechos)*». El autor destaca «*la falta de autonomía del título de heredero como título constitutivo*»... «El título de heredero no crea una justificación independiente de la adquisición, se limita a reproducir en el heredero la posición jurídica del causante: sus títulos». «*El heredero sucede en el título de su causante, y sólo a través de éste en la titularidad*»... «Por eso la esencia de la figura en estudio en el Código civil está en su artículo 1257, y no tanto en los arts. 659-660»...». «El adquirente inter vivos o el legatario tienen en principio una pretensión autónoma derivada de su título... El heredero tiene, por así decirlo, sólo su título.» El autor citado nos remite para ello a la doctrina de Pothier quien ya enseñó que el título *pro herede* no es un justo título autónomo (en el sentido del art. 1952 C.c.) y la estima válida hoy, «pues el título de heredero no crea por definición una justificación autónoma de la adquisición, sino que remite al título que eventualmente ya tenía el causante sobre el bien de que se trate» (36).

Es interesante la referencia de Salvador Coderch al art. 1257 C.c., porque sólo a los herederos se les comunica la cualidad de parte que incumbía al causante. Sólo los sucesores a título universal ocupan el lu-

(35) POTHIER, n. 64, 417. PUGLIESE, n. 267, 484. Contra también TROP LONG, n. 888, 476, MENGONI, 219. GUILLOUARD, n. 555, 13, explica que la opinión de POTHIER se debe a la preeminencia que los antiguos jurisconsultos concedían a la buena fe; pero, sigue GUILLOUARD, si el Code (art. 2265) exige el justo título, no se puede prescindir de este requisito; en el mismo sentido, BAUDRY-LACANTINERIE/ TISSIER, n. 658, 505.

(36) SALVADOR CODERCH, 411, 414, 415.

gar del difunto *como contratante* y como destinatario de los efectos del contrato. Mientras que los causahabientes a título singular en la posición de parte, encuentran su adquisición delimitada no sólo por la titularidad que tuviere el transmitente, sino también por el marco del negocio transmisivo, que para ellos genera un título de adquisición de los efectos derivados del contrato, pero título *distinto del que tenía el transmitente* (37). Frente a esto, el título de heredero, como escribe Badosa, «engloba no sólo el derecho en que se sucede, sino el hecho jurídico que le dió origen, de modo que el heredero sucede como titular del derecho y parte en el hecho jurídico que lo engendró». «El título universal, continúa el mismo autor, no es tanto un título como el medio de expansionar la virtualidad de otro título más allá del ámbito subjetivo de las partes que le dieron vida» (38).

Por lo que se refiere a la posesión de los bienes hereditarios, el título de heredero permite continuar la *misma posesión* que tuviere el causante y *con el mismo título* (art. 440 C.c.). El heredero no dispone de un título nuevo que fundamente un *ius possidendi* distinto al que tuviere el causante, sino que el ejercicio del *ius delationis* y la aceptación de la herencia le faculta para hacer suya la situación y legitimación posesoria que correspondieran al difunto; en su caso, le permite el ejercicio de la protección posesoria vía interdictal, sin necesidad de acto material de aprehensión.

b) *La partición*

Puede tenerse en cuenta que la doctrina francesa e italiana ha rechazado en bloque que la partición sea justo título para la usucapión. Las razones, entre los autores franceses, se encuentran en la naturaleza declarativa de la partición (39); argumento éste que igualmente expone la doctrina italiana, si bien con ulteriores precisiones; se destaca que la inidoneidad de la partición no deriva simplemente de su naturaleza declarativa: no es un título adecuado porque no deriva de un tercero que haya cedido el objeto al actual poseedor; aunque se trate de un título que da lugar a una posesión nueva del adjudicatario, sería un título creado por el propio comunero que ahora desea aprovecharlo (40).

(37) En este sentido, v. STOLFI, *Note...* 140, 146 s., y *Concetto...*, 197., y lo que he escrito en otro lugar: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díez Alabart, T. XVII, Vol. 1.º-A, 348 s.

(38) BADOSA COLL, 672, 682 y s., Badosa dice que es no obstante un título *possessionis* «ya que justifica la posesión de una persona en el mismo concepto en que poseía otra que aparece como su causante».

(39) TROP LONG, n. 886, 466 y s. GUILLOUARD, n. 551, 8. MAZEAUD/MAZEAUD, 213.

(40) PUGLIESE, n. 270, 487.

Las razones por las que, pienso, la partición hereditaria *no puede ser justo título a efectos del art. 1952 C.c.* son las que siguen: En primer lugar, cabe recordar que la partición en sí no supone un título autónomo de adquisición. Sabido es que en la doctrina española se ha defendido, y lo ha reflejado la jurisprudencia, la naturaleza traslativa de la partición, pero actualmente la tesis dominante mantiene su carácter especificativo o determinativo.

El propio Tribunal Supremo se ha encargado de excluir los efectos que se derivarían de una verdadera naturaleza traslativa de la partición. Así, en la en Sentencia de 19 junio 1959 nos dice que la partición no tiene otro efecto «que el de modificar un derecho impreciso por otro que se individualiza y concreta sobre bienes ciertos que se integran en el haber particular de cada heredero **cuyo derecho se funda en un título hereditario... y no en un acto de transmisión de la propiedad de los bienes de un heredero en favor de otro**».

Además, la partición en sí no se admite como un título de adquisición del dominio a efectos de la reivindicatoria, y como declara la STS de 3 febrero 1982 (con cita de otras muchas), «claro está que la disolución de la comunidad hereditaria en orden a su efecto de convertir el derecho abstracto en titularidades concretas sobre bienes determinados entrañará la atribución del dominio conforme al artículo 1068 C.c. *siempre que este derecho está verdaderamente contenido en el caudal relicto y por lo tanto presupuesta su real pertenencia al as hereditario... y es doctrina legal que para acreditar su dominio no le basta al coheredero adjudicatario con basarse en la partición, sino que es precisa la cumplida prueba de que pertenecía al causante el bien adjudicado cuya reivindicación postula*». Ciertamente es que, en rigor, el argumento se puede aplicar a las adquisiciones a título particular y nos introduce en la *probatio diabolica*. Pero, por lo que a la partición se refiere parece quedar claro que no es en sí un título atributivo de dominio; en todo caso se dirá que lo es el testamento en caso de heredero único (41).

El heredero adjudicatario de bienes concretos *no sucede* a los demás coherederos, sino que se reputa sucesor inmediato del difunto. El título de adquisición del derecho que pueda invocar frente a terceros que reclamen el bien no es la partición, sino el título que, en su caso, tuviere el causante (42).

(41) STS 16 febrero 1987: «el testamento es, por sí solo, título traslativo del dominio de los bienes relictos, al confundirse en tal supuesto el derecho abstracto sobre el conjunto patrimonial hereditario con el derecho concreto sobre cada uno de los bienes individualizados». En el caso, se había declarado en la instancia que la actora era dueña en pleno dominio, sin que tal afirmación fuese impugnada por el cauce adecuado, según la exposición de MONTES PENADES, 235.

(42) MENGONI, 226 y s. Y las observaciones de COSTANTINO, 101.

6. USUCAPIÓN EXTRAORDINARIA INICIADA POR EL HEREDERO

Conforme a lo visto hasta aquí, el heredero puede continuar la usucapión iniciada por su causante, ordinaria o extraordinaria, según hubiere sido la posesión de éste. En principio, la única diferencia se refiere a la buena o mala fe, según el art. 442 C.c. (43).

El supuesto que nos interesa, sin embargo, es el del heredero que inicie por sí mismo la usucapión de bienes que posee como hereditarios. Mas, como ya se ha negado repetidamente que el heredero pueda disponer como tal de un título autónomo para la usucapión ordinaria, se trata ahora de ver la posibilidad de la usucapión extraordinaria, y de centrar nuestra atención en el *concepto posesorio*.

No parece haber obstáculo para admitir que el heredero posea como dueño y como integrantes de la herencia bienes que no eran del causante. Como se ha dicho, el concepto posesorio depende en último término de la voluntad del poseedor, o mejor, de su conducta (44). Y el hecho de incluir bienes en la partición, *como si fueran bienes hereditarios*, puede considerarse una manifestación de posesión en concepto de dueño, lo que podría tener lugar cuando el causante no tenía una posesión apta para usucapir (clandestina, o no era en concepto de dueño) o cuando no poseía en absoluto los bienes que se incluyen en la partición. En este último caso, podrá decirse que desde el momento en que el bien que sea se adjudica al heredero en la partición como si fuera un bien propio de la herencia lo posee en concepto de dueño, y a partir de este momento puede comenzar la usucapión extraordinaria.

Ahora bien, si se trata de bienes que hubiese poseído el causante en concepto distinto al de dueño, puesto que, en principio, el heredero continúa la misma posesión de aquél, sería preciso una interversión del concepto posesorio. Acaso dicha interversión se puede producir desde el momento en que el heredero posee en exclusiva el bien a consecuencia de la partición.

Se está pensando en la hipótesis de bienes que no pertenecían al causante, pero se encontraban en su poder como arrendatario, depostario, comodatario, etc.; y lo que se plantea es la posibilidad de que el heredero llegue a adquirir su dominio por usucapión extraordinaria, que naturalmente iniciaría el propio heredero. Desde que el heredero posea por sí mismo puede iniciar una usucapión que no corriese a favor del causante y parece necesario subrayar que sólo podrá empezar a contarse el tiempo a los efectos de la usucapión desde que el propio heredero

(43) Si el causante fuera de mala fe y el heredero no, «desde la fecha de la muerte del causante» habría que aplicar a la usucapión iniciada por el causante el acortamiento de plazos que la doctrina prevé cuando sobreviene la buena fe en la posesión *ad usucapionem*.

(44) BADOSA, 668, ATAZ, 38.

haya tomado efectiva posesión de los bienes (45). Y como la usucapición se refiere a bienes determinados y específicos, habrá de pedirse la adjudicación como titular exclusivo en la partición: a partir de este momento empezaría a poseer como propietario y podría iniciarse el cómputo del plazo de la prescripción adquisitiva.

Se dirá que el heredero no puede unilateralmente cambiar el concepto posesorio y que si la suya es una posesión en el concepto que hubiere tenido el causante, no puede modificarlo, salvo que concurren los requisitos que en general se exigen para la interversión posesoria.

Recordemos que la regla según la cual el poseedor no puede cambiar por sí mismo la causa de su posesión limita los supuestos de interversión posesoria; y la que se produce por cambio de título se refiere al precedente de un tercero (46); siguiendo este razonamiento, podría decirse que el título de heredero en sí no proviene de un tercero (puesto que no lo es el causante respecto del heredero, arg. art. 1257.1) y por tanto no puede servir a efectos de interversión. Y menos aún un testamento partición o la partición otorgada por los propios herederos.

Se ha dicho ante que la partición no es un justo título para la usucapición ordinaria, pero en virtud de la misma se reconoce a cada heredero el poder exclusivo sobre bienes determinados. Badosa Coll dice que la partición es justo título «no ciertamente con relación al *ius possidendi* en sí mismo considerado, pero sí con respecto a una modalidad del mismo: la exclusividad de su titularidad... La partición modifica, sin lesión posesoria, el modo de atribución de los bienes, y respecto de tal atribución es también constitutiva y por ende justo título» (47).

En este sentido acaso la partición pueda servir de título que, junto al comportamiento del heredero, justifique la interversión del concepto posesorio. Y el heredero, merced a su propia posesión en concepto de dueño, podrá ganar el dominio de bienes que no hubieren sido del causante si se cumplen los plazos de la usucapición extraordinaria.

Lo anterior exige, sin embargo, admitir como válidas la siguientes premisas respecto al modo de producirse la interversión posesoria en nuestro Derecho.

(45) Cfr. MORALES MORENO, 268 nota.

(46) v. ATAZ LÓPEZ, 47: «lo importante es que una persona distinta del poseedor colabora con este en la interversión, otorgándole un nuevo título; sin que importe que se trate de alguien totalmente ajeno a la relación posesoria, del poseedor mediato o del propietario».

(47) BADOSA COLL, 684. Alguna vez se ha utilizado la cita del texto como argumento a favor de que la partición sea justo título para la usucapición ordinaria. Pero, según lo entiendo, BADOSA no incluye la partición entre los «títulos de nacimiento de un *ius possidendi*» (a los que, según el autor, pertenece la definición del art. 1952 C.c.), sino entre los «títulos referentes a la atribución subjetiva del concepto posesorio»: la eficacia de estos títulos «no consiste ni en el nacimiento ni en la modificación del contenido del derecho a poseer, sino en la modificación del modo cómo es atribuida la titularidad del mismo».

En primer lugar habría que partir de la siguiente afirmación: «la interversión es un resultado, un cambio en el concepto posesorio que puede deberse a múltiples circunstancias» (48). Es decir, que si bien no podría tener relevancia un mero cambio de voluntad interna del poseedor, tampoco parece imprescindible, cuando de interversión por cambio de título se trata, *la intervención de tercero que suministre un nuevo título*. El Tribunal Supremo expresa en este sentido que el art. 436 C.c., «no se opone a que la posesión iniciada en un concepto pueda continuarse por otro distinto *si surgieran circunstancias que la modificasen*»; y ha admitido la usucapión (extraordinaria) de un coheredero, poseedor exclusivo de bienes, frente a otros coherederos que pretenden los bienes como parte de la herencia indivisa, estimando que la posesión exclusiva del primero se produce a partir de sus propios actos unilaterales (49).

Admitida la variedad de supuestos de interversión y su significado esencial como cambio del concepto en que se posee, cabe pensar que sea el resultado de un título que atribuya razón jurídica al ejercicio en exclusiva de una posesión y sin embargo no sea justo título a efectos de usucapión.

La distinción entre título de atribución de la posesión y justo título propio de la usucapión ordinaria se ha expresado por Morales Moreno diciendo que lo primero es «la razón jurídica por la cual poseemos»; se diferencia del justo título para la usucapión «en que no exige especial cualificación jurídica» (50). Incluso se ha apuntado que el título a efectos de interversión podría ser simulado o nulo (51). En definitiva, no parece necesario, en nuestro Derecho, mantener la equivalencia justo título para la usucapión y título para la interversión posesoria. La partición legitima la posesión en exclusiva del adjudicatario y pudiera ser el punto de partida para la usucapión extraordinaria.

Todavía podría discutirse si la posesión *ad usucapionem* del heredero, en el supuesto que estamos examinando, no comienza hasta que transcurra el plazo de protección interdictal que correspondería al eventual poseedor mediato lesionado por el cambio de concepto (52); o si, por el contrario, se le puede estimar poseedor *pacífico* desde que se instaura la situación de posesión exclusiva con la partición (53).

(48) ATAZ LÓPEZ, 44, 45.

(49) STS 4 abril 1960, «es indudable que la información posesoria es la manifestación más ostensible de una posesión que, consentida por los demás herederos durante el lapso de tiempo de treinta años origina la prescripción, como la doctrina jurisprudencial declara con reiteración... en aplicación del art. 1965 C.c., ...que la imprescriptibilidad que en él se establece sólo es aplicable cuando los coherederos han poseído de consuno o en nombre de la herencia, mas no si algún coheredero los ha tenido en nombre propio, como dueño exclusivo».

(50) MORALES MORENO, 95.

(51) ATAZ LÓPEZ, 48.

(52) *Cfr.* en este sentido, MORALES MORENO, 103, 175.

(53) *Cfr.* sobre el tema de posesión pacífica, ALBALADEJO, *Comentarios* 267 y s.

BIBLIOGRAFIA

- ALAS, L., DE BUEN, D., RAMOS, E.: *De la usucapición*, Madrid 1916.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XXV, Vol. 1.º, Madrid 1993.
- Id. Derecho civil*. T.III, vol. 1.º, 7 ed. Barcelona, 1991.
- ASCOLI, A.: *Studii sull' «usucapio pro herede»*, en *Archivio Giuridico F. Serafini*, T. 38, 1997, 317 s.
- ATAZ LÓPEZ, J.: *Sobre la interversión posesoria. Notas al artículo 436 del Código civil*, en Homenaje al Prof. Juan Roca Juan, Murcia, 1989, pp. 33 a 60.
- BADOSA COLL. F.: s.v. *Justo título*, en E. J. Seix, T.XIV, Barcelona, 1971. 660 a 712.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G.-TISSIER, A.: *Traité théorique et pratique de Droit civil. De la prescription*. 3 ed. París 1905.
- BONFANTE, P.: *Le singole «iusta causae usucapionis e il titolo putativo»*, en *Scritti giuridici varii*, T. II, *Proprietà e servitù*, Torino 1918, 552 s. *I limiti originari dell' usucapione*, id. 683 s.
- DE BUEN, D.: *Notas a COLIN, A.-CAPITANT, H. Curso Elemental de Derecho civil*, traduc. T. II, Vol. 2.º, 2 ed. Madrid 1942.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español común y foral*, T. II, vol. 1.º, 10 ed. Madrid 1964.
- COSSIO, A. DE: *Dictámenes Civiles*, Sevilla 1981.
- COSTANTINO, M.: *Titolo idoneo negli acquisti «a non dominio» e negozio a causa di morte*, en RTDPC 1964, 97 ss.
- DÍEZ PICAZO, L.: *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, Vol. II, 3 ed. Madrid 1981.
- FERNÁNDEZ ARROYO, M.: *La acción de petición de herencia y el heredero aparente*, Barcelona 1992.
- FERRINI, C.: *Manuale di Pandette*, 4 ed. Milano 1953.
- FONCILLAS LOSCERTALES, J.M.: *La «usucapio pro herede»*, en *Estudios jurídicos*, Madrid 1974, 473.
- GENTILE, F.S.: *Il possesso nel Diritto civile*, Napoli, 1956.
- Id. Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1958.
- GÓMEZ ROYO: *Topos genético-histórico de la «usucapio pro herede»*. *La naturaleza de la institución y función de la regla «nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest» en la doctrina del Tribunal Supremo*, en RGD 1992, 8005 a 8046.
- GOTARREDONA, P.: *¿Es la sucesión justo título para la prescripción?*, en RGLJ, T. 33, 1968, 55 a 58.
- GUILLOUARD, L.: *Traité de la prescription*, T. II, París 1901.
- HERNÁNDEZ GIL, A.: *La posesión*, Madrid 1980.
- LONGO, C.: *Corso di Diritto romano*, Milano 1946.
- LUNA SERRANO, A.: *Comentario al art. 1952 C.c.*, en *Comentario al Código civil*, T. II, 1991.
- MAZEAUD, H. y L.-MAZEAUD, J.: *Leçons de Droit civil*, T. 2.º, vol. 2.º, 5 ed. París, 1976.
- MENGGONI, L.: *Gli acquisti «a non domino»*, Milano 1975.
- MONTEL, A.: s.v. *Giusto título*, en Nss. D.I., T. VII, Torino 1961, pp. 1130 a 1135.
- MONTES PEÑADES, V.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, T. V, Vol. 1.º, 2 ed. Madrid 1990.
- MORALES MORENO, A.M.: *Posesión y usucapición*, Madrid 1972.
- D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano*, 8 ed. Pamplona 1991.
- OYUELOS, R.: *Digesto*, T. VII, Madrid 1932.
- POTHIER: *Traité de la prescription*, en *Oeuvres* T. 8, París 1835.
- PUGLIESE, G.: *Trattato della prescrizione acquisitiva nel Diritto civil italiano*, Torino. 1889.

- RUPERTO, S.: s.v. *Usucapione (dir. vig.)*, en Enciclopedia del Diritto, T. XLV, 1992, pp. 1022 a 1088.
- SABATO, R.: s.v. *Prescrizione acquisitiva*, en Il Digesto Italiano, Vol. XIX-1.º, Torino 1909-1912.
- SALVADOR CODERCH, P.: *El título de heredero*, en RDN 1985, 399 a 423.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*. T. III, 2 ed. Madrid 1990.
- SCAEVOLA, Q. M.: *Código civil*, redactado por REYES MONTERREAL, J. M.^a, T. XXXII, Vol. 1.º, Madrid 1965.
- STOLFI, G.: *Concetto dell'erede*, en G.I. 1949, 162 ss. *Note sul concetto di successione*, en RTDPC 1949, 535 s.. *Successione nei rapporti ed acquisto del diritto*, en E.C. 1976, 889 s. Las citas del texto corresponden a la recopilación *Studi di Diritto Privato*, Milano, 1980.
- TARTUFARI, A.: *Del giusto titolo*, en Archivio Giuridico F. Serafini, Vol. XXVI, Pisa 1881. pp. 353 a 388.
- TROPLONG, M.: *De la Prescription*, T. II, 4 ed. París 1857.
- VACCA, L.: s.v. *Usucapione (dir. rom.)*, en Enciclopedia del Diritto, T. XLV, 1992, pp. 989 a 1022.
- VALVERDE VALVERDE, C.: *Tratado de Derecho civil español*, T. II, 4 ed. Valladolid. 1936.

La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular, el privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2.º del Estatuto de los Trabajadores

ENCARNA CORDERO LOBATO

Ayudante de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. Consideraciones sobre la justificación de los privilegios del crédito salarial.— II. El ámbito de créditos protegidos por el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores: en especial, los límites a la inclusión de las indemnizaciones por despido dentro del concepto de salario.— III. Cuestiones procesales relativas al ejercicio de los créditos salariales. Especial referencia al llamado privilegio de ejecución separada del artículo 32.5.º del Estatuto de los Trabajadores.— IV. El plazo de extinción de los privilegios salariales contenido en el artículo 32.6.º del Estatuto de los Trabajadores.— V. Sobre la titularidad subrogatoria de los privilegios salariales.— VI. La interpretación jurisprudencial del privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2.º del Estatuto de los Trabajadores.— VI.A. El privilegio salarial refaccionario como privilegio inmobiliario.— VI.B. El resultado causado por el *facere* del acreedor salarial: la alusión a la «elaboración».— VI.C. La individualización del bien sujeto al privilegio.— VI.D. El requisito de la posesión o propiedad del empresario.

La articulación de mecanismos legales de protección de los créditos salariales ha sido una constante pretensión del legislador desde el estado liberal (1), fruto de la cual es, entre otros (2), el art. 32 del Esta-

(1) En los códigos decimonónicos se establecen previsiones de garantía en favor de los créditos de los trabajadores asalariados (*vid.* el art. 913.1.º C del Código de comercio y el art. 1.924.D del Código civil), que con posterioridad serán objeto de regulación en la legislación laboral especial en materia de concurrencia de créditos (*vid.*, entre otros, el art. 16 del Código de trabajo de 1926, el art. 55 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, el art. 59 de la de 1944 y el art. 32 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976).

(2) *Vid.*, por ejemplo, el art. 33 del E.T., que convierte al Fondo de Garantía Salarial, esto es, al Estado, en garante último del pago de determinadas prestaciones laborales.

tuto de los Trabajadores de 1980, que, bajo el título de «*garantías del salario*», comprende una serie de disposiciones donde no sólo se establecen tres tipos preferenciales en favor de los créditos salariales, sino que también se regulan determinados aspectos procedimentales de su ejercicio (números 4.º y 5.º), y el plazo temporal transcurrido el cual los mismos se extinguen (número 6.º).

Ahora bien, la confusa literalidad del precepto ha dado lugar a pronunciamientos absolutamente contradictorios entre sí. Las dispares interpretaciones jurisprudenciales de la norma citada comienzan por la determinación del propio tipo de créditos privilegiados. Bastará con mencionar que en el Auto de 27-VI-1992, la Sala Especial de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo, queriendo poner fin a las divergentes interpretaciones del concepto de salario a efectos de garantía, determinó que en el mismo estaban incluidas las indemnizaciones por despido. Con posterioridad, la Sala de lo Civil del Alto Tribunal, declarándose expresamente en contra de la doctrina contenida en el Auto anteriormente citado, estimó en su Sentencia de 12-III-1993 que para el cobro de las indemnizaciones por despido los trabajadores no disfrutaban de las garantías del art. 32 de la norma laboral. Esta desconcertante alternancia de pronunciamientos, que se ha venido reiterando desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, es la que nos ha motivado para abordar el estudio de algunas cuestiones relacionadas con los privilegios del crédito salarial.

I. CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DE LOS PRIVILEGIOS DEL CRÉDITO SALARIAL

Antes de adentrarnos en el análisis de las garantías de los créditos salariales (y, en concreto, del art. 32.2.º del E.T., cuya interpretación jurisprudencial constituirá el principal objeto de estas páginas), considero necesario hacer algunas reflexiones sobre la justificación de tales preferencias crediticias. Como es sabido, los privilegios constituyen normas que excepcionan la aplicación de la regla de la *par conditio creditorum* (3) (cfr. artículos 1.925 y 1.929.3.º del C.c.) que, entiendo, es la que disciplina con carácter general la distribución del patrimonio del deudor, cuando aquél es insuficiente para hacer frente a los créditos que sobre él gravitan en virtud de la responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 del C.c. Así, llegado el momento en que el pasivo patrimonial del deudor es superior a su activo, el acreedor privilegiado no soporta el riesgo de impago de forma proporcional al valor de su

(3) Cfr. POPLAWSKI, *La notion de privilège en droit romain et en droit civil français*, Burdeos, 1913, p. 20; GULLON BALLESTEROS, *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcelona, 1962, p. 16; ALVAREZ CAPEROCHIPI, *Curso de derechos reales*, Madrid, 1987, vol. II, p. 116; Díez PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1986, tomo I, p. 764.

crédito (conforme a la ley del dividendo), sino que goza de un derecho al cobro preferente. Es decir, el establecimiento de privilegios supone que el riesgo de insolvencia patrimonial es soportado por los acreedores simples.

Desde este punto de vista, la averiguación de las razones que justifican el establecimiento de privilegios, deja de ser una tarea meramente académica para convertirse en un elemento esencial de nuestro estudio, y ello por un motivo fundamental: porque la existencia de privilegios supone una alteración de la distribución del riesgo de insolvencia patrimonial en favor de acreedores que —a diferencia de los acreedores con garantía convencional— no tuvieron que satisfacer ningún coste en la adquisición de esa ventaja crediticia que es la prioridad, la cual, además, cuando acompaña a créditos sin garantía convencional, no está normalmente dotada de publicidad (como ocurre con los privilegios del art. 32 del E.T.), lo que significa que los privilegios disminuyen el dividendo de los acreedores no privilegiados sin que éstos tuvieran modo de conocer la existencia de aquéllos y, por tanto, sin que hayan podido proceder a una determinación correcta del sinalagma contractual de la obligación cuyo crédito se pospone. Así, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico ofrece a los acreedores múltiples medios de cobertura del riesgo de insuficiencia patrimonial de su deudor (v. gr. todo acreedor tiene la posibilidad teórica de pactar cualquier garantía para el cobro de su crédito, vid. los artículos 1.255, 1.861 del C.c. y 105 de la L.H.), ha de existir una razón por la que el acreedor privilegiado no sea obligado a soportar a prorrata el riesgo de insolvencia de su deudor y se le faculte para escapar a la ley del concurso, lo que, como se ha dicho, supone necesariamente imputar el mencionado riesgo a los acreedores no privilegiados.

Es más, las normas sobre privilegios salariales están necesitadas, si cabe, de una especial fundamentación, ya que no sólo desbordan el sistema común de concurrencia de créditos establecido en el Código civil para disponer un régimen concurrencial especial para estos créditos, (ello no es por sí determinante de la desarmonía del sistema si, al menos, se respetan en la regulación especial los principios que inspiraron la elaboración de aquél: el sistema debe ser lo suficientemente flexible como para permitir su adaptación a las nuevas necesidades del tráfico, sin que por ello pierda su armonía y coherencia (4)), sino que la regulación especial en materia de privilegios salariales —como también en

(4) En este sentido, en la legislación no codificada sobre concurrencia de créditos, encontramos privilegios que son «integrados» en el régimen prelativo común mediante la técnica de la ficción jurídica (vid. el art. 19 de la L.V.B.M.P. y el art. 10 de la L.H.Mob.). De esta forma, la modificación del régimen común de concurrencia es de grado mínimo, por lo que la coherencia del sistema resulta asegurada: el legislador amplía el supuesto de hecho de la norma codificada, pero sin variar la consecuencia jurídica, ya que al nuevo privilegio se le otorga uno de los grados de prelación establecidos en el Código civil.

su día ocurrió con el art. 9.5.º de la L.P.H. (5)— se ha elaborado sin prestar atención a los dos principios que, a mi juicio, deben sustentar un sistema eficiente de distribución del riesgo de insolvencia patrimonial, a saber: la prioridad de los créditos cuyo cumplimiento está asegurado por medio de una garantía real (que sólo se respeta en el tipo preferencial del número tercero del art. 32 del E.T.), y la aplicación del principio *prior tempore potior iure* para resolver el conflicto entre acreedores garantizados.

Pues bien, las justificaciones que estas normas protectoras del salario han recibido son variadas: desde argumentos extraídos de la nebulosa de la significación económico-social que se predica de este tipo de créditos (6), hasta razonamientos más técnicos, como el ofrecido por Ríos Salmerón (7). A juicio de este autor, la justificación de las normas protectoras del salario es doble, a saber: el carácter alimenticio de los mismos (8) y la remuneración posterior a la ejecución del trabajo.

Por mi parte, entiendo que esta doble argumentación es insuficiente a los fines justificadores pretendidos. En primer lugar, porque en la práctica la remuneración posterior es una característica común a todos los contratos de prestación de servicios (mediante el establecimiento de períodos de devengo), y de obra, donde rige el llamado principio de

Otro tanto cabe decir de la regulación del conflicto de créditos en la quiebra del comerciante. Si se efectúa un repaso por los privilegios crediticios de los artículos 912 y siguientes del C. de co., se observa que, de un lado, la generalidad de los privilegios mobiliarios están dotados de publicidad, por lo que el riesgo de insolvencia del deudor-comerciante puede seguir siendo exactamente cuantificado por sus acreedores, y, de otro, el art. 914 de la ley mercantil, al regular los privilegios inmobiliarios, ordena la satisfacción prioritaria de los créditos cuyo cumplimiento esté asegurado por medio de un derecho real de garantía.

(5) Tanto en el art. 32 del E.T. como en el número quinto del art. 9 de la L.P.H. se declara la preferencia absoluta de los créditos que sendas normas privilegian, sin establecer ninguna regla para la resolución del conflicto entre ambos. Parece que por aplicación del brocardo *lex posterior derogat anterior* habrá que entender que la preferencia es sólo absoluta para los créditos salariales. Sólo si tal afección ha sido constatada registralmente, entraría dentro de la reserva del art. 32.3 y del E.T., pero, en todo caso, la garantía del art. 9.5.º de la L.P.H. no primaría sobre los créditos salariales privilegiados en los supuestos preferenciales de los dos primeros números del art. 32 (*cf.* RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984, p. 461). En relación con este supuesto concurrencial, parece que la futura Ley de Conjuntos Inmobiliarios establecerá una garantía similar a la del vigente art. 9.5.º de la L.P.H. en favor de la comunidad de propietarios, que se configura también en términos absolutos, (*vid.* el art. 12.2.º del Borrador de Anteproyecto de noviembre de 1990 [*Actualidad Civil Legislación*, febrero 1991, n.º 2, marginal n.º 76] y el art. 12.3.º del segundo Borrador [*Actualidad Civil Legislación*, 1992, n.º 17, marginal n.º 395]), por lo que, de conservarse el texto proyectado, de acuerdo con la regla *lex posterior* el crédito de la comunidad sería preferente a los salariales.

(6) Así, MONTOYA MELGAR, *Derecho del trabajo*, 11.ª ed., Madrid, 1991, p. 375.

(7) *Vid.* RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios...*, op. cit., Madrid, 1984, p. 37.

(8) Así también para MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho del trabajo*, Madrid, 1991, p. 471.

prestación previa del art. 1.599 del Código civil (9). En segundo lugar, porque, aparte de que el carácter alimenticio puede darse también en otros créditos no laborales (piénsese, por ejemplo, en quien presta sus servicios al margen de una relación laboral, v.gr. un fontanero), los privilegios del art. 32 del E.T. vienen establecidos en favor de todos los trabajadores por cuenta ajena, sin que la destrucción de la presunción de esencialidad del percibo de la remuneración sea relevante a ningún efecto.

A mi juicio, la existencia de privilegios salariales es oportuna en un mercado, como en el laboral, en el que el acreedor por trabajo dependiente no está en condiciones de acudir al mercado de garantías para asegurar el cumplimiento de su deudor (v. gr. el empresario). La protección dispensada por el ordenamiento jurídico, que se traduce en la atribución de un privilegio crediticio y, por tanto, de una garantía gratuitamente conferida al acreedor laboral (a diferencia de otros acreedores, —por ejemplo, los hipotecarios—, el trabajador gozará de un rango preferente con un total ahorro de costes de transacción en la adquisición de una garantía) se justifica, así, en la inexistencia de un mercado de garantías para los acreedores laborales. Para ellos es imposible acceder al mismo por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque las garantías conllevan unos costes fijos que son antieconómicos para los pequeños créditos (10); en segundo lugar, porque la relación de sujeción laboral, donde es característica la existencia de un poder asimétrico de negociación, imposibilita al trabajador para exigir la prestación de garantías a su deudor (v. gr. el empresario) (11).

(9) *Vid.* SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo II, p. 1210.

(10) El trabajador no está en condiciones de acudir al mercado de garantías porque la normalmente escasa cuantía de su crédito hace irrazonable el coste de adquisición de una garantía en ese mercado. Además, a diferencia de otros acreedores, que en esta situación intentarían compensar el alto riesgo de sus créditos incrementando la onerosidad de la prestación debida por el deudor, (cuantía ésta que sería superior al estar también incluidos los costes de vigilancia de la conducta del deudor), el trabajador se ve impedido no sólo para vigilar la conducta de su empresario (lo que resultaría incompatible con la relación de sujeción laboral), sino también para exigir un salario mayor en compensación con el riesgo de impago (el efecto sustitución es enorme en un mercado con oferta deficitaria como es el de trabajo). El trabajador es, así, un acreedor que se encuentra en una situación típica de imposibilidad de acceso al mercado de garantías.

(11) Es sabido que las relaciones laborales no se dejan al libre juego de la voluntad de las partes —la autonomía individual tiene un papel limitado en este tipo de relaciones, *vid.* los artículos 3.1.º c y 3.5.º del E.T.—, sino que existe una regulación jurídica del mercado de trabajo, porque los objetivos que el sistema jurídico pretende alcanzar en este sector de la vida social no coinciden con los resultados del libre juego de las fuerzas económicas y sociales. Mientras que otros contratantes pueden negociar los términos de los contratos que celebran, en las relaciones laborales la regulación jurídica es necesaria por el poder de negociación desigual entre las partes. Así, puesto que el mercado de trabajo se caracteriza por las posiciones desiguales de sus intervinientes,

Estas dos notas son las que nos autorizan a concluir que el trabajador asalariado no es un acreedor que pueda acudir al mercado de garantías, lo que, a mi juicio, puede ser razón suficiente para justificar la concesión de un privilegio crediticio, esto es, y como se ha dicho, para permitirles disfrutar de un rango de prelación gratuitamente conferido por el legislador.

Lo que ya es más discutible es que la protección de los créditos salariales justifique la introducción de normas que supongan la descoordinación del sistema de concurrencia y, por tanto, del sistema de garantías de nuestro ordenamiento. La conexión entre ambos sistemas me parece evidente: si los intervinientes en el tráfico jurídico satisfacen costes de negociación para la adquisición de instrumentos convencionales de cobertura del riesgo de insuficiencia patrimonial (v. gr. escritura pública, inscripciones, pago de impuestos, etc., para la hipoteca; y desposesión del deudor y deberes de custodia del acreedor pignoraticio), es precisamente porque se confía en la función garantizadora de los mismos. Así, puesto que la utilidad que la garantía proporciona a los contratantes —y en atención a la cual se satisficieron los costes de adquisición de la misma—, es la de asegurar el cumplimiento de la obligación garantizada, lo que supone que la onerosidad de la prestación debida por el deudor será inferior precisamente en atención a la garantía ofrecida, mal funcionaria un sistema de garantías en el que el acreedor garantizado no contase, al menos, con una preferencia para el cobro del crédito asegurado, esto es, en el que no se minimizase el riesgo de impago del crédito garantizado. Parece, por tanto, que la valoración que el legislador realice de estos acreedores con garantía convencional a la hora de determinar su posición en la concurrencia con otros acreedores del deudor, no puede estar regida por otro criterio que no sea el de permitir el cumplimiento de la función garantizadora para la que la prenda y la hipoteca fueron pactadas. Y ello porque una regulación que encarezca el coste del crédito garantizado, porque el legislador establezca privilegios ocultos para otros créditos que se le antepongan (como ocurre con los privilegios de los dos primeros números del art. 32 del E.T.), dificultará el cumplimiento de aquella función garantizadora, amenazando la eficiencia de nuestro sistema de garantías. De esta forma, resulta claro que la protección de los créditos salariales mediante normas que interfieran los mecanismos del tráfico jurídico, conlleva una pérdida de eficiencia de las decisiones económicas de los individuos. Por ello, tal vez resultaría más eficiente una protección del crédito salarial desconectada del mercado, por ejemplo,

el ordenamiento —al que no le es indiferente el cumplimiento de determinados objetivos— habilita normas que reglamenten aquella relación (condiciones mínimas de empleo y trabajo, etc.). *Vid.* sobre ello las obras de ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAA-MONDE, *Derecho del trabajo*. 12.^a ed., Madrid, 1991, p. 42; MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 127 y ss.; MONTOYA MELGAR, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 31.

potenciando instituciones como el Fondo de Garantía Salarial, a modo de seguro satisfecho por el colectivo de empresarios, que cubriese a los trabajadores del riesgo de insuficiencia patrimonial de sus empleadores, (aunque también en este caso las primas de ese seguro incrementarían el precio del bien o servicio producido por la empresa, que repercutiría en el consumidor del mismo).

Antes de adentrarnos en el estudio de la jurisprudencia existente sobre el denominado privilegio salarial refaccionario, el artículo 32 del E.T. nos ha suscitado diversas cuestiones que afectan también a los restantes tipos preferenciales del precepto, y que pasamos a exponer.

II. EL ÁMBITO DE CRÉDITOS PROTEGIDOS POR EL ARTÍCULO 32 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: EN ESPECIAL, LOS LÍMITES A LA INCLUSIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO DENTRO DEL CONCEPTO DE SALARIO

Como se ha dicho, el art. 32 del E.T. se inaugura con la rúbrica «*garantías del salario*», créditos éstos que son también a los que va referida la regulación de las preferencias para el cobro que se contienen en sus distintos apartados.

La discusión doctrinal y jurisprudencial ha surgido precisamente en torno a lo que sea salario a los efectos de garantía del art. 32. Parece unánime la consideración de que:

a) A los efectos del art. 32 no constituyen salario las cotizaciones de la empresa para el percibo de las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social que, además, están excluidas de aquel concepto en el número 2.º del art. 26 del E.T. (STS [CONT-ADM., Sala 3.ª] 23-VI-1986).

b) Los salarios de tramitación tienen naturaleza salarial, «porque corresponden a la retribución de una prestación profesional de servicios que si no es real y efectiva —normalmente por su no exigencia durante la tramitación procesal— corresponde a un período de suspensión de los efectos del contrato, período [...] que a todos los efectos es computable como de trabajo ya que es sólo la acción antijurídica del empresario, al acordar un despido por decisión dejada sin efecto en la resolución judicial posterior, lo que ha impedido que la actividad laboral se prestase» (STCT 14-X-1986; en idéntico sentido, vid. STCT 1-IV-1986, STS [SOCIAL] 27-V-1986 y STS [CONT-ADM] 21-XII-1988). Por ello, para su percibo los trabajadores disfrutaban de las garantías del art. 32 (STS [CIVIL] 12-XI-1981, STS [SOCIAL] 19-XII-1987, STS [SOCIAL] 27-VII-1988).

Las divergencias se centran en torno a la cuestión de si las indemnizaciones por despido están acompañadas de las garantías del art. 32. Expondremos a continuación las dos posturas jurisprudenciales contrapuestas (que no se encuentran ubicadas en un orden jurisdiccional

determinado ni tienen una localización temporal concreta), y los distintos argumentos ofrecidos.

Las decisiones jurisprudenciales que excluyen las indemnizaciones por despido del ámbito de protección del art. 32 del E.T. (12), se fundamentan en el concepto de salario que se contiene en el art. 26 del E.T., precepto que inaugura la sección en la que se integra el art. 32, y que en su número segundo excluye expresamente del concepto de salario, entre otras, las «indemnizaciones correspondientes a trabajos, suspensiones o despidos» (vid. STCT 31-X-1983, STCT 7-XII-1983, Resolución de la D.G.R.N. 17-II-1986, STS [CIVIL] 11-V-1992, voto particular al Auto TS [SALA DE COMPETENCIAS] 27-VI-1992, STS [CIVIL] 12-III-1993, STS [CIVIL] 24-V-1993).

Para el otro sector jurisprudencial y doctrinal (13), las indemnizaciones por despido deben entenderse incluidas dentro del concepto de salario que se maneja en el art. 32 del E.T. Para llegar a tal resultado interpretativo, el Tribunal Supremo se ha servido simultáneamente de consideraciones de diverso orden (14): se afirma que en el Estatuto de los Trabajadores existen dos conceptos de salario, uno estricto —el que se recoge en el art. 26— y otro amplio, que comprendería todas las percepciones debidas al trabajador, y al que han de ser referidas las garantías del art. 32, porque —como se reitera de forma recurrente también en otros casos que veremos— el espíritu y la finalidad de las normas protectoras del salario no aconsejan una interpretación restrictiva, sino extensiva de tales normas (vid. STS [CIVIL] 23-X-1985, STS [CIVIL] 20-XI-1990, STS [CIVIL] 22-XI-1991), conforme a la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas (STS [CIVIL] 12-XI-1981).

Considero que no es técnicamente correcto el uso conjunto de ambos órdenes de argumentos: si en el ordenamiento laboral existe un doble concepto de salario —y más adelante veremos que tal aseveración resulta justificada—, no es preciso ofrecer argumentos que permitan obtener una interpretación extensiva del concepto estricto, sino que lo

(12) Que no puede calificarse de doctrina minoritaria: STS [SOCIAL] 15-III-1984, STS [CONFLICTO DE JURISDICCION] 13-VII-1988, STS [CIVIL] 25-I-1991, STS [CIVIL] 11-V-1992, STS [CIVIL] 12-III-1993, STS [CIVIL] 24-V-1993. Vid. también STCT 31-X-1983, STCT 7-XII-1983, STCT 27-XI-1984, STCT 14-II-1985, STCT 1-III-1985, STCT 31-X-1985, Resolución de la D.G.R.N. 17-II-1986, STCT 1-IV-1986, STCT 14-X-1986.

(13) Vid. RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios ...*, op. cit., p. 325; MONTROYA MELGAR, *Derecho...*, op. cit., p. 375; *Derecho del trabajo*, obra colectiva dirigida por SALA FRANCO, Valencia, 1991, p. 667.

(14) En algunos pronunciamientos jurisprudenciales ni siquiera se fundamenta tal solución, considerando «sin duda» (como se dice en la STS [SOCIAL] 30-VI-1987) que las indemnizaciones por despido están incluidas dentro del concepto de salario, y en otros, apoyándose en un criterio que se estima «consolidado» (STS [CIVIL] 26-III-1991).

que procede es justificar que el concepto de salario que se emplea en el art. 32 es precisamente el amplio.

De todas formas, y por lo que se refiere a la primera vía argumental, aunque sea correcto afirmar que las normas excepcionales (como son las preferencias crediticias) no han de ser necesariamente interpretadas de forma restrictiva, sino que admiten una interpretación extensiva cuyo límite sería la intención del legislador (15), en mi opinión los argumentos ofrecidos por el Tribunal Supremo no son suficientes para justificar una interpretación extensiva del concepto estricto de salario.

a) En primer lugar, el Tribunal ha utilizado el argumento histórico: se trae a colación el art. 32 de la L.R.L. del 76 para entender que las garantías del 32 del E.T. son extensibles, como en aquél, a los «conceptos sustitutivos del salario» (STS [SOCIAL] 19-XII-1987, STS [SOCIAL] 3-X-1987, STS [SOCIAL] 26-II-1990, STS [SOCIAL] 24-VII-1990).

A mi juicio, el argumento histórico está incorrectamente esgrimido, ya que —como recuerda la STS [CIVIL] 11-V-1992— en la literalidad del art. 32 del vigente E.T. no hay —a diferencia de lo que ocurría en el art. 32 de la L.R.L. del año 76— ninguna referencia a los conceptos «asimilados» o «sustitutivos» del salario (en un sentido similar, vid. STS [SOCIAL] 15-III-1984). Aun así, y como veremos inmediatamente, en mi opinión es cuestionable que las indemnizaciones por despido puedan tener la consideración de conceptos asimilados o sustitutivos del salario.

b) En segundo lugar, el Tribunal Supremo ha estimado que las indemnizaciones por despido comparten afinidades con los salarios. Así, para el Tribunal, el modo de determinación del *quantum* de tales indemnizaciones establecido en el art. 56 del E.T. revela su «carácter íntimamente relacionado con el salario», lo que no ocurre con las indemnizaciones por daños y perjuicios, que no son susceptibles de variación fijando el legislador un *quantum* condicionado (STS [SOCIAL] 3-X-1989). Igualmente, se considera que las indemnizaciones por despido constituyen «salario diferido y complementario que se abona al trabajador cuando éste cesa en la empresa por causas no imputables al mismo, es decir, como un valor equivalente en el empleo y unos salarios que se dejaron de percibir» (STS [CIVIL] 12-XI-1981, aunque con cita de doctrina de sentencias dictadas en aplicación de la L.C.T. del 44, en la que, como veremos inmediatamente, las indemnizaciones por despido eran créditos privilegiados).

En mi opinión es harto dudoso que las indemnizaciones por despido tengan un carácter afín al de los salarios. Como se dice en la STS

(15) En la interpretación extensiva de las normas excepcionales hay que evitar que la intención del legislador se trueque finalmente en lo contrario a ella (LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. de RODRÍGUEZ MOLINERO de la 4.^a ed. alemana, 2.^a cd., Barcelona, 1980, pp. 353 y ss.).

[CIVIL] II-V-1992, «la extensión de conceptos asimilados [al salario] no incluye, en puridad, las indemnizaciones por despido o cese en la relación laboral que son, en realidad, indemnizaciones por perjuicios, y no tienen el carácter de contraprestación salarial». Y es que, a diferencia del salario, que constituye una contraprestación debida por el empresario que tiene su causa (en el sentido del art. 1.274 del C.c.) en la prestación llevada a cabo por el trabajador (16), la obligación de indemnizar por los despidos injustificados no es exigible como prestación de una obligación recíproca, sino que tiene su fuente en la obligación de reparar el daño causado por el despido (en este sentido, vid. la STS [CIVIL] 12-III-1993). Es más, el hecho de que en la determinación de la cuantía de la indemnización se utilice como módulo la cifra de salario recibida por el trabajador (cfr. artículos 51.10.º y 56.1.º del E.T.), a mi juicio no conlleva una similitud de carácter entre ambos créditos (17). Entiendo que por ello la indemnización no pierde su carácter resarcitorio, esto es, no deja de ser una indemnización por el perjuicio causado al trabajador como consecuencia de la ruptura injustificada de la relación laboral. Pero, entiendo, no constituye en modo alguno, y en contra de lo que dice la STS [CIVIL] 12-XI-1981, un «salario diferido», ya que, repito, la obligación de pago de la misma surge como consecuencia de la causación de un daño (v. gr. el despido), sin que se trate de una prestación retributiva causalizada en la prestación de servicios por el trabajador.

c) Por último, el Tribunal se ha valido de un argumento de orden sistemático: reparando en el párrafo 2.º del número 4.º del art. 33 del E.T., ha considerado que cuando el precepto dispone que los créditos en los que se subroga el Fondo de Garantía Salarial conservarán su carácter de créditos privilegiados, hay que entender que los privilegios del art. 32 amparan todos los créditos de los que sea responsable el citado Fondo merced a su responsabilidad subsidiaria por insolvencia empresarial, entre los que se incluyen los pagos de indemnizaciones por despido (vid. los números 1.º y 2.º del art. 33 citado) (STS [SOCIAL] 19-XII-1987, STS [SOCIAL] 3-X-1989, STS [SOCIAL] 19-XII-1989, STS [SOCIAL] 26-II-1990, STS [SO-

(16) Cfr. STS [SOCIAL] 18-V-1981; STS [SOCIAL] 27-I-1983; STS [SOCIAL] 12-V-1984; STS [SOCIAL] 27-III-1986. Vid. también ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *Derecho...*, op. cit., pp. 318 y 339; MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y GARCÍA MURCIA, *Derecho...*, op. cit., p. 448; MONTOYA MELGAR, *Derecho...*, op. cit., p. 355; *Derecho del trabajo*, obra colectiva dirig. por SALA FRANCO, op. cit., p. 659.

(17) Como dice la STCT 7-XII-1983, «la sola analogía o remisión cuantitativa del art. 56 del Estatuto mencionado, al referir el cálculo de la indemnización a módulos salariales, no enerva ni modifica la específica naturaleza indemnizatoria y no salarial de la suma resultante» (en idéntico sentido, STCT 27-XI-1984 y STCT 1-IV-1986).

CIAL] 24-VII-1990, Auto TS [SALA DE COMPETENCIAS] 27-VI-1992(18)).

Considero que la inclusión de las indemnizaciones por despido en el concepto de salario del art. 32, tampoco puede sustentarse en el art. 33.4.º II del E.T. No sólo porque, como dice la STS [CONFLICTO DE JURISDICCION] 13-VII-1988, la finalidad del art. 33.4.º sea la de regular la actuación del F.G.S., y no la de definir lo que se entiende por salario (19), sino porque, a mi juicio, este argumento es circular, ya que se utiliza como premisa del razonamiento la cuestión que se pretende dilucidar: precisamente, para determinar los privilegios en los que se subroga el F.G.S. *ex* art. 33.4.º II del E.T. será necesario decidir previamente los privilegios de que gozaba el crédito del trabajador que ha sido satisfecho por el F.G.S. Es decir, el hecho de que el mencionado F.G.S. goce de determinados privilegios por vía subrogatoria, será la consecuencia de que el trabajador disfrutase de aquéllos para el cobro de sus créditos: no es técnicamente correcto utilizar aquella consecuencia como justificación de la causa que le sirve de base. En un sentido similar, en la Sentencia 11-V-1992, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo entendió que «la acción de subrogación no puede ir más allá, por ser una noción ancilar, de los límites del objeto de la subrogación al que tiene que ceñirse por exigencias de su propia función, sobre todo cuando esta normal interpretación fluye, sin problemas, de la lectura del citado precepto que al señalar el alcance de la subrogación mantiene y conserva los privilegios que existen (conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32), pero no puede inventar ni añadir nuevos privilegios, sino que simplemente se subroga, en lo demás, conforme a la naturaleza y acciones restantes» (20).

(18) En idéntico sentido, *vid.* RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios...*, *op. cit.*, p. 325.

(19) En este sentido, para M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ el art. 33 del E.T. no puede servir para definir el concepto de salario porque es una norma neutra en relación con el art. 32, y a pesar de la conexión entre ambos preceptos, no existe entre ellos la identidad de *ratio* suficiente para ello. Es más, el hecho de que determinadas prestaciones sean anticipadas por el F.G.S. no es criterio que sirva para determinar las garantías de los trabajadores para el percibo de estas prestaciones, y, siendo consecuentes con la interpretación jurisprudencial que la autora critica, habría que incluir dentro del concepto de salario todas aquellas prestaciones no salariales del número segundo del art. 26 del E.T., aunque el F.G.S. no las anticipe («Concurrencia entre ejecución laboral y ejecuciones concursales en el ordenamiento laboral español. El derecho de ejecución separada del art. 32.5 ET», en *Relaciones Laborales*, n.º 2, enero 1993, pp. 21 y ss.); entre ellas, como vimos, las cotizaciones de la empresa a la Seguridad Social, que, a efectos de garantía, no merecieron la consideración de salario en la STS [CONT-ADM. Sala 3.º] 23-6-1986.

(20) Todavía es diversa la contraargumentación ofrecida en la STS [CIVIL] 12-III-1993: el art. 33.4.º del E.T. no sirve como argumento ya que, según se dice en la Sentencia, el Fondo que satisface a los trabajadores las indemnizaciones por despido disfruta del privilegio del 32.3.º, pero tal equiparación entre salarios e indemnizaciones a efectos de garantía tiene lugar sólo cuando se produce la subrogación del favor del Fondo (tal vez, se dice, con la intención de primar las finanzas públicas), sin que se pueda hacer extensiva a otros supuestos distintos.

Pues bien, en mi opinión puede estar justificada la afirmación de que en nuestro ordenamiento laboral exista un doble concepto de salario. La aplicación conjunta de las disposiciones finales tercera y cuarta del E.T. permite entender que los preceptos de la L.C.T. de 1944 relativos, entre otras materias, al salario, mantienen su vigencia, aunque con el rango de normas reglamentarias. Por ello, puede considerarse que el E.T. deja subsistente el concepto de salario que se recogía en el art. 37 de la L.C.T. citada, en el que constituían salario las «indemnizaciones por espera, por impedimentos o interrupciones del trabajo».

Ahora bien, admitida la existencia de un doble concepto de salario, ambas posturas jurisprudenciales no han hecho otra cosa que resolver sobre tautologías construidas a partir de premisas falsas: porque la primera de ellas, olvidando lo dispuesto en las disposiciones finales del E.T. citadas, se ha contentado con el concepto estricto de salario con el único argumento de que era el dispuesto en el art. 26 (vid. STS [CIVIL] 11-V-1992, STS [CIVIL] 12-III-1993, STS [CIVIL] 24-V-1993; vid. también STCT 31-X-1983, STCT 7-XII-1993 y Resolución de la D.G.R.N. 17-II-1986); y la otra —cuando no ha ensayado una interpretación extensiva del art. 26— ha resuelto, también sin ofrecer argumentos suficientes, que, a los efectos de garantía del art. 32 del E.T., el concepto apropiado de salario era el amplio del art. 37 de la L.C.T. del 44 (Auto T.S. [SALA DE COMPETENCIAS] 27-VI-1992; en un sentido similar, STS [SOCIAL] 26-II-1990, STS [SOCIAL] 24-VII-1990, STS [CIVIL] 22-XI-1992).

A mi juicio, la pauta hermenéutica del *favor operarii* puede justificar que, ante la duda, entendamos que el concepto de salario que se maneja en el art. 32 del E.T. es el concepto amplio. Pero hay que hacer ciertas matizaciones. Y es que la jurisprudencia no ha tenido en cuenta que la noción de salario puede ser distinta en cada uno de los preceptos del art. 32. Porque aunque las indemnizaciones por despido formen parte del concepto amplio de salario, tales créditos no podrán disfrutar de los privilegios crediticios de los dos primeros números del art. 32. Y ello porque el art. 32.1.º limita el superprivilegio al percibo de los «créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo». Los créditos privilegiados en este número son sólo los salariales debidos como consecuencia de la prestación de los últimos treinta días de trabajo. Por su parte, el art. 32.2.º causaliza el privilegio en la elaboración de bienes incorporados al patrimonio empresarial, es decir, que sólo resultan privilegiados los créditos por prestaciones que hayan producido como resultado la elaboración de objetos que sean propiedad o estén en posesión del empresario. Por tanto, las indemnizaciones por despido no podrán disfrutar de las preferencias crediticias de los dos primeros números del art. 32, pero no porque las mismas no constituyan salario a otros efectos de garantía (v.gr. a los de los números 3.º a 6.º del art. 32), sino porque en las indemnizaciones por despido no concurre la cau-

sa de las preferencias de los citados dos primeros números del art. 32 (21).

Es más, en mi opinión no es posible realizar una interpretación extensiva de los dos primeros números del art. 32 en la que tengan cabida las indemnizaciones por despido. Y ello porque tal interpretación extensiva sería contraria a la intención del legislador (que constituye el límite de tal interpretación). Y es que, a mi juicio, cuando el legislador se enfrentó a la regulación de las garantías del salario, tuvo también en cuenta la indudable incidencia que las mismas tenían en el sistema de garantías y, por tanto, en el sistema de distribución del riesgo de insolvencia patrimonial. Es decir, la extensión de las garantías de los créditos salariales ha de cohererarse con el interés en el mantenimiento de la armonía de estas otras parcelas del sistema jurídico. Y, a mi juicio, esta intención reguladora era evidente cuando: (a) se limita temporalmente la preferencia absoluta de los créditos salariales del núm. 1.º del art. 32; (b) se limita en razón del objeto el privilegio salarial refaccionario del art. 32.2.º, que también confiere una preferencia absoluta (el hecho de que éste se configure como un privilegio especial supone una indudable limitación de su alcance: el mismo sólo puede ejercitarse sobre los objetos elaborados por el trabajador que estén en propiedad o posesión del empresario, lo que impide hacerlo valer sobre cualesquiera otros bienes pertenecientes al patrimonio empresarial (22)); y (c) los restantes créditos salariales no son preferentes a los créditos garantizados por medio de un derecho real que haya sido objeto de publicidad registral (cfr. art. 32.3.º del E.T.) (23).

(21) Por otra parte, la causa de las preferencias crediticias de los dos primeros números del art. 32 tampoco concurrirá en otras prestaciones que, según ha entendido el Tribunal Supremo (*vid.* entre otras, STS [SOCIAL] 27-V-1986, STS [CONT-ADM.] 21-XII-1988), forman parte del concepto de salario a efectos de garantía, a saber: los salarios de tramitación.

(22) Así también RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios...*, *op. cit.*, p. 396.

Sobre la desafortunada interpretación «extensiva» de este precepto realizada por el Tribunal Supremo, *vid. infra* el epígrafe VI.A.

(23) Por cierto, la jurisprudencia no es unánime a la hora de interpretar la excepción del número tercero del art. 32 referida «a los créditos con derecho real en los supuestos en que éstos, con arreglo a la Ley Hipotecaria, sean preferentes». En algunas ocasiones, el Tribunal ha considerado que la anotación preventiva de embargo entra dentro de la salvedad del precepto, aunque, como se desprende del art. 44 de la L.H., sólo con respecto a los créditos posteriores (*vid.* STS [CIVIL] 25-IX-1985, STS [CIVIL] 29-IV-1991), porque, como se argumenta en la primera de las sentencias citadas, si los créditos hipotecarios son preferentes a los salariales del art. 32.3.º, y los preventivamente anotados son preferentes a los hipotecarios posteriores, «es indudable que el crédito anotado preventivamente debe prevalecer sobre el salarial, por ser también preferente al hipotecario».

En otros pronunciamientos el Tribunal excluye tal posibilidad, considerando que la anotación preventiva de embargo —que no modifica la naturaleza del crédito— no puede configurarse como un derecho real, por lo que debe ser pospuesta al crédito salarial aunque éste sea posterior a la práctica de aquélla (*vid.* STS [CIVIL] 3-VII-1990, STS [CIVIL] 22-XI-1991). En idéntico sentido, *vid.* GULLON BALLESTEROS, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Edersa, Madrid, 1984, tomo XXIV, p. 764.

Y si la intención del legislador cuando estableció garantías en favor de los créditos salariales era preservar la preferencia de determinados créditos, de nada servirían las limitaciones legales si las indemnizaciones por despido se dotan de las preferencias de los dos primeros números del art. 32 del E.T. En definitiva, aunque los créditos por indemnizaciones por despido tengan cabida en el concepto amplio de salario, tales créditos no pueden disfrutar de los privilegios de los dos primeros números del art. 32, porque en ellos no concurre la causa de la preferencia de estos privilegios. Sin embargo, ello no impedirá que a los créditos por indemnizaciones por despido les sean aplicables las restantes previsiones del art. 32 (v. gr. el privilegio del art. 32.3.º, las normas contenidas en los números 4.º y 5.º relativas al ejercicio de los privilegios salariales, y el momento extintivo del último número del precepto).

III. CUESTIONES PROCESALES RELATIVAS AL EJERCICIO DE LOS CRÉDITOS SALARIALES. ESPECIAL REFERENCIA AL LLAMADO PRIVILEGIO DE EJECUCIÓN SEPARADA DEL ARTÍCULO 32.5.º DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En el art. 32 del E.T. se regulan también determinados aspectos procedimentales del ejercicio de los tres tipos preferenciales de los créditos salariales. En el número cuarto del precepto citado se dispone que «las preferencias reconocidas en los números precedentes a los créditos salariales serán de aplicación tanto en el supuesto de que el empresario haya iniciado un procedimiento concursal como en cualquier otro en el que concurran con otro u otros créditos sobre bienes del empresario». De esta forma, los privilegios del salario contenidos en el art. 32 son oponibles tanto en el ámbito de los procedimientos universales, como en los procesos individuales de ejecución mediante las tercerías de mejor derecho (24). Y ello —según ha resuelto el Tribunal Supremo— aunque se trate del procedimiento especial de ejecución hipotecaria del art. 131 de la L.H., lo que supone la inaplicación de los artículos 132.4.º VI y 131.16.ª de la L.H. (vid. la STS [CIVIL] 27-X-1983 (25) y la STS [CIVIL] 10-VII-1989 (26), en la que los terceristas no fueron los trabajadores, sino el F.G.S.).

Por el contrario, para RÍOS SALMERÓN la anotación preventiva de embargo entra dentro de la reserva del art. 32.3.º del E.T. (vid. *Los privilegios...*, op. cit., pp. 450 y ss.).

(24) Cfr. RÍOS SALMERÓN. *Los privilegios...*, op. cit., p. 117. GULLON BALLESTEROS. *Comentarios...* Edersa, op. cit., tomo XXIV, p. 764.

(25) Vid. el comentario de GIL RODRÍGUEZ en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 3, septiembre-diciembre 1983, pp. 1029 y ss.

(26) Vid. el comentario de GIL RODRÍGUEZ en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 21, septiembre-diciembre 1989, pp. 799 y ss.

Es más —y éste es el aspecto procedimental más intrincado de los privilegios salariales—, según establece el número quinto del art. 32 del E.T., «las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que le puedan ser adeudados no quedarán en suspenso por la tramitación del procedimiento concursal». El precedente laboral inmediato y único de esta norma se encuentra en el art. 32.4.º de la L.R.L. del año 76, en el cual se establecía que «las preferencias a que se refieren los párrafos uno y dos de este artículo se harán efectivas, incluso, cuando se hubiera instado o iniciado un procedimiento de suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario» (27).

Pues bien, tampoco ha sido unánime la aplicación jurisprudencial de este precepto, sino que se han dado pronunciamientos diversos y absolutamente contradictorios entre sí dentro del haz de opciones de interpretación que admite el art. 32.5.º del E.T.

a) Existe algún pronunciamiento que, fundado en la *vis atractiva* de las ejecuciones universales, resuelve en el sentido de negar el ejercicio del crédito salarial fuera de aquéllas. Así, en la Sentencia de 21 de mayo de 1982, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo negó la posibilidad, no ya de ejecución separada, sino incluso de que en vía laboral se reconociese un crédito salarial contra una empresa en situación de suspensión de pagos, ya que, según entendió el Tribunal, «el reconocimiento de las deudas, prescindiendo de sus matices cronológicos, su existencia real o ficticia, y, en su caso, su carácter privilegiado, tiene que canalizarse a través del examen y aprobación de la Comisión Liquidadora, y el querer utilizar otras vías es, como razona el M.º Fiscal en su preceptivo informe, superfluo y equivaldría a desconocer el carácter atractivo y universal inspirador de la Ley de Suspensión de Pagos, reflejado en el caso controvertido en el Convenio aprobado por el Juzgado de 1.ª instancia».

b) También el Tribunal Central de Trabajo ha declarado que la «no suspensión» del art. 32.5.º supone que el reconocimiento del crédito salarial ha de hacerse en vía laboral, y que el pago se hará en el juicio universal, donde aquel crédito —merced a lo dispuesto en el art. 32.4.º del E.T.— gozaría, en su caso, de los privilegios del art. 32 (vid. la STCT de 16-IX-1982), con lo que, según se dice en la STCT 31-X-1983, «la acción ejecutiva no sufre suspensión en su ejercicio, sino que

(27) Antes de aquella previsión legal, la práctica jurisprudencial había llegado a parecidos resultados con apoyatura en el art. 9 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922, y con la consideración de que los créditos salariales posteriores a la apertura del concurso eran deudas de la masa de la quiebra, por tanto, con derecho de ejecución separada. Ahora bien, cuando las deudas salariales no lo fueran de la masa sino del quebrado, las condenas pronunciadas por la jurisdicción laboral deberían ir al pasivo de la quiebra, no para su reconocimiento, sino para su graduación y pago. Vid. la exposición de la jurisprudencia anterior a la L.R.L. del 76 que hace RÍOS SALMERÓN, *Los Privilegios...*, op. cit., pp. 142 y ss.

mantiene su eficacia en otro proceso, donde se tendrán en cuenta su naturaleza y contenido para reconocer la eficacia del privilegio». Si no fuera por la lentitud de los juicios universales, para Ríos Salmerón éste sería el criterio que debería inspirar cualquier futura modificación legal: «limitación de las facultades de la Magistratura al reconocimiento del crédito laboral si se ha abierto un procedimiento concursal» (28).

c) En los últimos años se ha abierto paso una jurisprudencia que interpreta el art. 32.5.º en el sentido de que la ejecución de las sentencias que se dicten en procedimientos laborales no queda en suspenso por la iniciación de un juicio universal del empresario (29). En algunos pronunciamientos, se ha considerado que el 32.5.º consagra un privilegio de ejecución separada de los créditos salariales (*separatio ex iure crediti*), esto es, y como se dice en dos sentencias de la Sala Especial de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo de 28-I-1983, «un derecho de separación absoluta en el aspecto procesal, análogo al que nuestro ordenamiento positivo otorga a los acreedores pignoratícios, con hipoteca naval, etc., cuyos créditos no quedan afectados por la suspensión de los actos de ejecución» (30). Sin embargo, el tratamiento legal de los créditos salariales no es semejante al de los créditos con garantía pignoratícia o hipotecaria, ya que, a diferencia de éstos, los créditos salariales no deben someterse a trámite alguno relacionado con el procedimiento concursal, ni siquiera a la insinuación del crédito y su reconocimiento en la masa del pasivo (31).

(28) RÍOS SALMERÓN. *Los privilegios...*, *op. cit.*, p. 160.

(29) Resolviendo en este sentido, *vid.* dos sentencias del TS [SALA DE COMPETENCIAS] de 28-I-1983, STS [SOCIAL] 15-III-1984, STS [SOCIAL] 23-X-1986, STS [SOCIAL] 30-VI-1987, STS [SOCIAL] 27-VII-1988, STS [SOCIAL] 26-II-1990. *Vid.* también STCT 16-I-1981, STCT 14-II-1985, STCT I-III-1985, STCT 31-X-1985, STCT 1-IV-1986, STCT 14-X-1986. Además, el Tribunal Supremo ha declarado que al acreedor salarial no le afectan los gastos de la masa devengados en interés común de los acreedores (*vid.* STS [CIVIL] 25-I-1991).

(30) En un sentido similar, *vid.* STCT 14-II-1985, STCT 31-X-1985, Resolución de la D.G.R.N. de 17-II-1986, STS [SOCIAL] 23-X-1986. *Vid.* también GULLÓN BALLESTEROS. *Comentarios...*, Edersa, *op. cit.*, tomo XXIV, p. 764. En otras sentencias, como en la del Tribunal Central de Trabajo de 1-III-1985, no se habla de derecho de separación, sino de «independencia de tales acciones respecto de los procesos de ejecución universal, incluso en la fase ejecutiva de aquéllas».

(31) *Vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ. «Concurrencia...», *op. cit.*, p. 15. Cosa distinta es que para tener acceso a las prestaciones del F.G.S., y con la finalidad de salvaguardar los derechos de esta entidad, el art. 16 del R.D. 505/1985, requiera, entre otras condiciones, que los trabajadores hayan insinuado sus créditos en el procedimiento concursal. Ahora bien, y como señala la autora, ello no implica que los trabajadores no puedan ejecutar separadamente sus créditos (*op. cit.*, p. 41). En este sentido, en la Sentencia de 15-XII-1988, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo entendió que si el trabajador solicita que su crédito se incorpore al régimen establecido por el convenio suscrito entre la empresa suspensa y sus acreedores, aplicando análogamente el art. 15.3.º de la L.S.P., viene obligado a los términos del convenio voluntariamente aceptado, y la reclamación salarial fuera de lo convenido va contra los actos propios y la buena fe.

Pues bien, en relación con el art. 32.5.º del E.T., el Tribunal Constitucional ha declarado en su Auto 239/1983, que el beneficio de la no suspensión del procedimiento laboral ni siquiera a causa del seguimiento de un juicio universal de quiebra, no es contrario al principio de igualdad del art. 14 de la Constitución, ya que si «evidentemente puede resultar un tratamiento diferenciado y más favorable al dispensado a otras clases o grupos de acreedores, [...] fácilmente se advierte también que de lo que se trata es de evitar que percepciones de esta índole queden pendientes de los largos y lentos trámites de un juicio universal, pues en caso contrario [...] la solución sería incompatible con la naturaleza del salario laboral como retribución dirigida a satisfacer de modo inmediato las necesidades vitales del trabajador y su familia, así como la finalidad inspiradora del propio Estatuto de los Trabajadores», razón ésta que para el Tribunal Constitucional justifica la desigualdad de tratamiento legal con respecto a los restantes acreedores (32).

En definitiva, para este último sector jurisprudencial la ejecución laboral comenzada no debe interrumpirse por el posterior inicio de un procedimiento concursal del empresario. Los argumentos para tal conclusión los ha ofrecido el Tribunal Central de Trabajo en varias sentencias. En la de 14-II-1985, se considera que la referencia del art. 32.5.º E.T. a la no suspensión de «las acciones que pueden ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios...», permite considerar que «tales acciones, ejercitables únicamente ante los tribunales del orden social, abarcan la fase procesal de ejecución, pues ésta se encuentra comprendida en el concepto de “acción”», aparte de que el texto no se refiere sólo a la declaración del derecho de crédito, sino a su «cobro» (en idéntico sentido, vid. STCT I-III-1985 y STCT 31-X-1985).

De esta forma, tendrá que ser en el propio procedimiento laboral en el que los restantes acreedores deberán plantear los problemas de prelación (STS [SOCIAL] 26-II-1990) mediante la interposición de tercerías de mejor derecho, para cuya resolución, tras la reforma de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, será competente el propio órgano judicial social ante el que se esté tramitando la ejecución (vid. STS [SOCIAL] 24-VII-1990). Así se dispone en el art. 272 de la Ley citada: «1. Las tercerías fundadas en el mejor derecho del tercero, sea o no

(32) Ahora bien, y con motivo de la resolución de dos cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas contra determinados artículos de la Ley 33/84, de Ordenación del Seguro Privado, y su Reglamento, en la Sentencia 4/1988, de 21 de enero, el Tribunal Constitucional ha entendido que la toma en consideración de otros derechos e intereses, puede permitir al legislador modalizar este derecho a la satisfacción separada de los créditos salariales (los preceptos cuya constitucionalidad se cuestiona imponen la paralización temporal de las ejecuciones derivadas de acciones individuales de acreedores de Entidades aseguradoras), ya que ni el mismo forma parte del contenido del art. 35 de la Constitución, ni tales modalizaciones suponen vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Vid., resolviendo conflictos en los que se aplican las leyes citadas para modalizar el art. 32.5.º del E.T., la STS [SOCIAL] 23-X-1986 y la STS [CONFLICTO DE JURISDICCION] 13-VII-1988.

acreedor laboral del ejecutado, a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante, deberá deducirse ante el órgano judicial del orden social que esté conociendo de la ejecución, sustanciándose por el trámite incidental regulado en esta Ley. 2. La tercería así promovida no suspenderá la ejecución tramitada, continuándose la misma hasta realizar la venta de los bienes embargados y su importe se depositará en la entidad de crédito correspondiente».

Ahora bien, los pronunciamientos a los que se ha hecho referencia resuelven supuestos en los que estando iniciada la ejecución laboral, se ha instado la ejecución universal de los bienes del deudor. Queda por determinar si para el caso de que exista ya una ejecución universal comenzada, el trabajador seguirá gozando de la posibilidad de ejecutar de forma separada su crédito salarial. Por mi parte, sólo he encontrado un pronunciamiento jurisprudencial en el que se resolviese este conflicto. Es una Sentencia de la Sala de lo Social de 12-II-1985, y el Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por los trabajadores porque «actuaron sus derechos con posterioridad al juicio de quiebra [...] y pretendieron la ejecución cuando todos los bienes estaban ya integrados en aquél y ellos mismos incorporados a la quiebra de manera activa». A mi parecer, si bien en esta Sentencia el Tribunal parece más interesado en demostrar que su conclusión no es contradictoria con la STS·[SALA DE COMPETENCIAS] 28-I-1983, este pronunciamiento apunta el camino que debe seguirse en la interpretación del art. 32.5.º del E.T., y que también ha sido señalado por Fernández López: el hecho de que se haya procedido a la determinación de la masa activa y pasiva de la ejecución universal de que se trate, impedirá cualquier ejecución separada de los créditos salariales, porque de lo contrario nunca sería posible fijar de forma definitiva aquella masa (33).

IV. EL PLAZO DE EXTINCIÓN DE LOS PRIVILEGIOS SALARIALES CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 32.6.º DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

El último número del art. 32 del E.T. dispone que «el plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos». Pues bien, resulta cuestionable la afirmación —mayoritaria entre nuestros tribunales y doctrina científica— de que el plazo anual del art. 32.6.º es de prescripción y no de caducidad y, sobre todo, la aplicación que se hace de la citada norma

(33) FERNÁNDEZ LÓPEZ, «Concurrencia...», *op. cit.*, p. 35. ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE llegan a una conclusión similar basándose en el criterio de la prioridad temporal de la ejecución, que es también el que determina la competencia respecto del procedimiento ejecutivo de la Hacienda Pública (*vid. Derecho del trabajo, op. cit.*, nota en p. 354).

cuando es el F.G.S. el que actúa como acreedor subrogado por efecto del art. 33.4.º.II del E.T.

Veamos cuáles han sido las principales líneas de argumentación del Tribunal Supremo en sede de extinción de los privilegios del crédito salarial por transcurso del tiempo:

a) En primer lugar, y por lo que atañe a la naturaleza del plazo del art. 32.6.º del E.T., el Tribunal Supremo ha entendido que estamos ante un caso de prescripción y no de caducidad (STS [CIVIL] 25-IX-1985, STS [CIVIL] 28-IV-1986, STS [SOCIAL] 23-III-1988, STS [CIVIL] 3-VII-1990, STS [CIVIL] 29-IV-1991, en la que se distingue entre prescripción del crédito [art. 59 del E.T.] y prescripción de la preferencia [art. 32.6.º]). Y, como denuncia Gil Rodríguez (34), el Tribunal ha llegado a esta conclusión con la única «evidencia» que resulta de la literalidad del precepto, cuando —como expone el autor en el comentario citado y también en el que realiza a la STS [CIVIL] 28-IV-1986 (35)— existen argumentos que justifican la tesis de la caducidad de los privilegios del crédito salarial. Ahora bien, si entendiésemos que el plazo del art. 32.6.º es de caducidad, la consecuencia sería nefasta para las arcas públicas, ya que, en la práctica, cuando el F.G.S. pretendiese el ejercicio de su derecho de crédito, la preferencia habría caducado en la mayoría de las ocasiones.

b) En segundo lugar, aunque el plazo del art. 32.6.º del E.T. lo fuese de prescripción, es dudoso que, como afirma Ríos Salmerón, la distinción entre prescripción del crédito (art. 59 E.T.) y de la preferencia haya perdido todo sentido (36), y que, como entendió la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencia de 10-VII-1989, la única función que desempeña el art. 32.6.º sea la de «precisar el sentido general de la prescripción anual del art. 59». Antes al contrario, si, como considera Gil Rodríguez (37), la preferencia «es una cualidad que, en puridad de conceptos, no se tiene contra el deudor, sino que se esgrime frente a cualesquiera acreedores, comunes o privilegiados de éste» (tesis que, como recuerda el autor, viene respaldada, entre otras razones, por el art. 33.7.º del propio Estatuto laboral), hay que concluir entonces que el simple ejercicio del derecho de crédito puede no interrumpir el plazo de prescripción de la preferencia, con lo que pudiera haber supuestos en los que hubiese prescrito la preferencia y no el crédito (como reconoce la STS [CIVIL] 25-IX-1985).

(34) Vid. su comentario a la STS [CIVIL] 10-VII-1989, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 21, septiembre-diciembre 1989, pp. 799 y ss.

(35) Vid. «Los privilegios del crédito salarial, ¿prescriben o caducan?», *Poder Judicial*, 2.ª época, n.º 5, marzo 1987, pp. 77 y ss.

(36) Vid. *Los privilegios...*, *op. cit.*, pp. 302 y 303.

(37) Vid. GIL RODRÍGUEZ, «Los privilegios del crédito salarial, ¿prescriben o caducan?», *op. cit.*, p. 83; *vid.* también su comentario a la Sentencia citada de 10 de julio de 1989, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 21, septiembre-diciembre 1989, p. 812.

c) Los principales problemas que plantea la aplicación del art. 32.6.º del E.T. no se producen cuando los privilegios del crédito salarial son ejercitados por los trabajadores, —supuesto en el que el Tribunal Supremo ha entendido que transcurrido el plazo del año, en el ejercicio extemporáneo del derecho de crédito la preferencia se ha extinguido (STS [CIVIL] 25-IX-1985)—, sino en aquellos casos en los que el F.G.S. los ejercita como acreedor subrogado.

El párrafo segundo del art. 33.4.º del E.T. establece que «para el desembolso de las cantidades satisfechas [...] el Fondo de Garantía salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el art. 32 de esta Ley». En aplicación de este precepto, el Tribunal Supremo ha realizado sorprendentes pronunciamientos. En primer lugar, de forma reiterada ha declarado que la subrogación del F.G.S. se produce en el momento en que se da la situación de insolvencia empresarial (STS [CONT-ADM. Sala 3.ª] 13-VI-1986, STS [SOCIAL] 20-XII-1988, STS [SOCIAL] 20-VII-1989, STS [SOCIAL] 24-I-1990, STS [SOCIAL] 29-I-1990), momento hasta el cual el trabajador sólo tiene una expectativa jurídica que no se consolida como derecho exigible hasta la declaración de insolvencia empresarial, siendo el salario regulador de la responsabilidad subsidiaria del Fondo el correspondiente al tiempo de tal declaración (STS [SOCIAL] 29-IX-1989), y no, por tanto, el vigente en el momento del pago al trabajador. Pues bien, en mi opinión, hay que distinguir: (a) la pretensión de cobro del trabajador frente al F.G.S., que sí nace con la declaración de insolvencia empresarial; y (b) la subrogación del F.G.S., que sólo puede producirse —como acertadamente consideró la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 10-VII-1989— con el pago (cfr. artículos 1.210 y 1.158 del C.c.), y ello con independencia de cuál sea el módulo salarial que regule la cantidad a satisfacer por el F.G.S.

Pero es que, cuando el acreedor actuante es el F.G.S., como acreedor subrogado en los derechos del trabajador, el Tribunal Supremo ha desestimado sistemáticamente los motivos de casación que se fundaban en la extinción *ex* art. 32.6.º del E.T. de la preferencia de los créditos salariales. Y lo ha hecho con el siguiente argumento: ha entendido que con el ejercicio del derecho de crédito dentro del plazo de un año «la preferencia ha quedado definitivamente con el crédito, constituyendo elemento o cualidad del mismo» (STS [CIVIL] 22-IX-1987, STS [CIVIL] 16-X-1987, STS [CIVIL] 11-XI-1987, STS [CIVIL] 3-VII-1990, STS [CIVIL] 25-I-1991, STS [CIVIL] 29-IV-1991, STS [CIVIL] 12-II-1992), de manera que cuando el Fondo se subroga, está legitimado para el ejercicio de un derecho salarial ya preferente y sin sometimiento al plazo de un año (STS [CIVIL] 10-VII-1989, STS [CIVIL] 22-XI-1991).

A mi juicio, si el mecanismo mediante el cual el F.G.S. está legitimado para ejercitar los derechos de crédito que satisfizo al trabajador

es el de la subrogación, esta doctrina jurisprudencial es técnicamente incorrecta: la cesión o subrogación transfiere al acreedor el crédito y el privilegio tal como era, esto es, con su plazo extintivo correspondiente (cfr. art. 1.212 y 1.528 del C.c.) . De esta forma, y suponiendo la naturaleza prescriptiva del plazo del art. 32.6.º, es cierto que la reclamación en tiempo de los trabajadores beneficiará al F.G.S. cuando actúe como acreedor subrogado, ya que aquélla habrá interrumpido el plazo de prescripción de los artículos 32. 6.º y 59 del E.T. (dejemos ahora de lado la cuestión apuntada más arriba referente a los modos de interrupción de la prescripción de las preferencias crediticias), y la sentencia, si es estimatoria de tal derecho, creará —en virtud de lo dispuesto en el art. 1.971 del C.c.— un nuevo título que abre un nuevo plazo de prescripción para el crédito judicialmente declarado, y ya sea éste ejercitado por los titulares originarios del mismo (v.gr. los trabajadores) o por el cesionario o acreedor subrogado en tal crédito. Es decir: no es sólo que el crédito reconocido en sentencia prescriba en perjuicio del F.G.S., sino que el *dies a quo* determinante del cómputo del nuevo plazo no sería el del pago o subrogación del F.G.S., sino el de la sentencia estimatoria del derecho de crédito (cfr. art. 1.971 del C.c.).

Así debería resolverse en sede de subrogación de créditos, y si desde la sentencia estimatoria de la pretensión de los trabajadores, el F.G.S. deja transcurrir más de un año sin satisfacer a los trabajadores las oportunas cantidades y sin ejercitar su derecho de crédito como acreedor subrogado, habrá perdido toda preferencia para el cobro. Obsérvese que si en nuestro derecho la prescripción corre incluso contra el incapaz (cfr. art. 1.932 del C.c.), ¿no correrá contra el F.G.S.?

V. SOBRE LA TITULARIDAD SUBROGATORIA DE LOS PRIVILEGIOS SALARIALES

Se analizará en este epígrafe la jurisprudencia relativa a la transmisión de los privilegios salariales por vía subrogatoria. Una cuestión previa es la de determinar si la regla de indisponibilidad de los derechos del art. 3.5.º del E.T. convierte a los créditos salariales en créditos intransmisibles por vía de cesión. A mi juicio, el art. 3.5.º del E.T. —que literalmente entendido da lugar a este resultado («los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario...») — está necesitado de una reducción teleológica: la prohibición de disposición del precepto no puede aplicarse a los casos de cesión del derecho de crédito, porque el fin de protección del trabajador que la norma persigue, se convertiría en lo contrario. Y es que siempre que el trabajador cobre efectivamente por medio de una cesión de su derecho de crédito, su situación no será peor, sino mejor que la

que disfrutaba con anterioridad a la cesión, y éste es un resultado que el precepto reseñado debe permitir, ya que su *ratio* es precisamente la protección del trabajador, contratante débil en la relación laboral (38).

Pues bien, en principio, la transmisión del crédito por cualquier título (v. gr. subrogación o cesión) conlleva, por aplicación de la regla *accessorium sequitur sortem rei principalis*, la transmisión de todos los accesorios del crédito transmitido (cfr. artículos 1.212, 1.528 del C.c. y 149 de la L.H.). Ahora bien, la doctrina ha entendido que no se transmiten con el crédito los privilegios de naturaleza personal, porque, como decía García Goyena, «de otro modo vendrían a hacerse perpetuos, y degenerarían en privilegios *causae*, no expirando con la muerte de la misma persona privilegiada» (39).

Por su parte, el Tribunal Supremo ha excluido la transmisión de los privilegios salariales en otros casos en los que el acreedor subrogado no era el F.G.S. En la Sentencia de 27 de junio de 1989 (40), la Sala de lo Civil consideró que el acreedor por efecto de la subrogación del art. 1.211 del C.c. (en el caso, una entidad financiadora) no adquiriría por vía de subrogación el privilegio salarial con que estaba favorecido el crédito transmitido. La *ratio decidendi* del Tribunal fue que el «carácter personal» del privilegio salarial impide su transmisión al acreedor subrogado. Pues bien, entiendo que los efectos que la transmisión del crédito produzca sobre los accesorios del mismo, no se pueden hacer corresponder con la distinción entre *privilegia causae* y *privilegia personae*. En primer lugar, porque es dudoso que entre los distintos créditos privilegiados que se recogen en nuestro ordenamiento, se pueda establecer tal diferenciación (41). Es más, la distinción apuntada es reversible: si existe un privilegio salarial conferido al trabajador, puede considerarse que el privilegio es «personal» porque su titular es un trabajador por cuenta ajena (como hace el Tribunal Supremo), o entender que es

(38) Vid. el ejemplo que pone LARENZ sobre la jurisprudencia alemana relativa al derecho de pensión (*Metodología... op. cit.*, p. 388).

(39) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, tomo III, ed. facsímil 1973, p. 450. En idéntico sentido, vid. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirg. por M. ALBALADEJO, Madrid, 1980, tomo XIX, p. 658; PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, fasc. IV, p. 1108.

(40) Vid. el comentario de CABANILLAS en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 20, septiembre-diciembre 1989, pp. 625 y ss.

(41) En este sentido, y como señala GULLÓN BALLESTEROS (*La prelación de créditos en el Código civil*, Barcelona, 1962, pp. 16 y 17), la distinción entre privilegios conferidos en razón de la naturaleza del crédito y de la persona no se recoge en el derecho francés ni en el italiano. En aquél, y como dice el art. 2.095 del Código de Napoleón, el privilegio es «un droit que la qualité de la créance donne a un créancier d'etre préféré aux autres créanciers, même hypothécaires». El art. 2.745 del Código civil italiano de 1942 establece que «il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del crédito...».

«causal», en el sentido de que se privilegia el crédito cuya naturaleza sea salarial (42).

En la Sentencia citada, el Tribunal Supremo argumenta también con base en el párrafo segundo del número cuarto del art. 33 del E.T., que es traído a colación «a mayor abundamiento» para denegar al banco subrogado el disfrute de los privilegios del art. 32 del E.T. A mi juicio, la obligatoria subrogación del F.G.S. en los derechos de los trabajadores, no conduce necesariamente a la conclusión de la intransmisibilidad del privilegio salarial cuando el acreedor subrogado no sea el mencionado Fondo. Por el contrario, interpretando sistemáticamente el párrafo citado, hay que concluir que el mismo está regulando exclusivamente la subrogación en favor del F.G.S. Es cierto que el art. 33.4.º constituye una norma excepcional, pero no por oposición a una inexistente regla general de intransmisibilidad de los privilegios por vía subrogatoria, sino que se trata de una norma excepcional por oposición, en primer lugar, a la regla según la cual la subrogación legal del tercero que paga una obligación en la que no está interesado, se produce sólo cuando el deudor lo aprobó expresa o tácitamente (art. 1.210.3.º del C.c.). Por el contrario, en el caso del art. 33.4.º.II del E.T., la obligatoria subrogación del F.G.S. se produce también por *ministerio legis* aunque el deudor se hubiese opuesto. En segundo lugar, constituye una norma que excepciona la regla de disponibilidad de los efectos de la subrogación o cesión sobre los accesorios del crédito. En efecto, si, como considera la doctrina (43), cabe pacto que excluya la subrogación en los accesorios del crédito transmitido (cfr. art. 1.112 del C.c.), la obligatoria subrogación del F.G.S. originará la nulidad del pacto en contra de la subrogación en los derechos anexos cuando sea aquella entidad la acreedora por vía de subrogación. Pero de ahí no se sigue necesariamente que la transmisibilidad de los accesorios del crédito salarial no sea posible en otros casos de subrogación.

Considero que para solucionar la cuestión relativa a la transmisibilidad de los privilegios por vía de subrogación, no sirven los argumentos fundados en el carácter «personal» o «causal» del privilegio, ni tampoco el razonamiento basado en la obligatoria subrogación del F.G.S. A mi juicio, los límites a la titularidad subrogatoria del privilegio deben ser establecidos en función de los efectos que el privilegio (ya sea ejercido por el titular originario del crédito o por un acreedor subrogado), produce sobre el riesgo de insolvencia patrimonial. En este sentido, puesto que la distribución del riesgo de insolvencia patrimonial

(42) Vid. en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo II, p. 1030.

(43) Vid. PANTALEÓN PRIETO, «Cesión de créditos», *Anuario de Derecho Civil*, 1988, fasc. IV, p. 1105; PANTALEÓN PRIETO, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, tomo II, p. 1030; GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Edersa, tomo XIX, Madrid, 1980, p. 656.

nial del deudor no resulta alterada porque se permita el ejercicio del privilegio al acreedor subrogado, ya que éste nunca disfrutaría de una prioridad mayor que aquélla de la que gozase el titular originario del crédito transmitido, hay que concluir que los privilegios deben transmitirse con el crédito, sin que esta solución conlleve un perjuicio para los restantes acreedores, quienes sólo cobrarían después de ser satisfechos los créditos privilegiados (en el caso resuelto por la Sentencia arriba citada, el crédito de la Tesorería General de la Seguridad Social, en todo caso hubiera debido posponerse a los créditos salariales privilegiados). Por el contrario, si consideramos que el banco subrogado por la vía del art. 1.211 del C.c. no disfruta de los privilegios accesorios del crédito transmitido, la consecuencia inmediata resultará perjudicial sólo para los trabajadores, que deberán esperarse a satisfacer sus créditos salariales en la ejecución de los bienes de la empresa, sin poder disponer de la posibilidad de recibir el pago de un tercero antes de aquel momento (lógicamente, los bancos que no se subrogan en los privilegios del crédito, no estarán interesados en subrogarse en el crédito) (44), de manera que el valor patrimonial que para el acreedor privilegiado supone el crédito con sus accesorios disminuirá en el mercado, con la consecuencia de que el crédito privilegiado significará tan sólo un valor de cambio inerte en manos de su titular.

VI. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRIVILEGIO SALARIAL REFACCIONARIO DEL ARTÍCULO 32.2.º DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

De los tres tipos preferenciales del art. 32 del E.T., dedicaremos las páginas que restan al estudio exclusivo de la jurisprudencia existente sobre el denominado privilegio salarial refaccionario del número segundo de aquel precepto. Aunque los pronunciamientos sobre tal tipo preferencial son escasos, esta elección ha venido motivada por la particular incidencia que este privilegio salarial tiene en el mercado de garantías y, por tanto, sobre la distribución eficiente del riesgo de insuficiencia patrimonial del deudor. Y es que este privilegio —que es, como el resto de los salariales, oculto—, sin estar cuantitativamente limitado como el del núm. 1.º del art. 32 (por lo que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 59 y 32.6.º del E.T., parece que los trabajadores podrán disfrutar de sus beneficios prelativos para el percibo de los salarios devengados en la última anualidad), dota a los créditos salariales de una preferencia que es absoluta, esto es, sin que tales créditos deban ser pospuestos ni siquiera a los créditos con garantía real (como ocurre

(44) Como dice RÍOS SALMERÓN, con ello no se satisface mejor el interés protegido por el privilegio, que es que el trabajador cobre efectivamente, y no el negocio utilizado (*Los privilegios...*, *op. cit.*, pp. 294 y ss.).

con el privilegio del núm. 3.º del art. 32). Si a ello unimos la aplicación que del mismo ha llevado a cabo el Tribunal Supremo, la magnitud de su incidencia en el tráfico jurídico justificará, a nuestro juicio, la oportunidad de las páginas que siguen.

Pues bien, en el número segundo del art. 32 del E.T. se dispone que «los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario».

A diferencia de lo que ocurría en la L.R.L. del 76, en la que todos los privilegios salariales eran especiales (vid. su art. 32), este tipo preferencial es el único de los del art. 32 del E.T. que se configura como un privilegio especial: la prioridad sólo es absoluta con respecto al valor de los bienes elaborados por el trabajador que sean propiedad o estén en posesión del empresario.

De este modo, parece que la causa de la preferencia del número segundo del art. 32 es la mejora (en un sentido amplio) de una cosa del deudor, producida como consecuencia de la aportación de trabajo a la misma (veremos en los epígrafes siguientes si la referencia a la «elaboración» discrimina la posibilidad de ejercicio del privilegio en razón de los diferentes resultados producidos por el *facere* del trabajador), motivo por el cual —en una concepción superadora de la interpretación tradicional en la materia— ha merecido la calificación de refaccionario (45).

Por otra parte, y sin detenernos por el momento en la cuestión —que será abordada posteriormente— de si el privilegio salarial refaccionario admite ejercicio sobre bienes inmuebles, el hecho de que el ámbito de regulación del art. 32 quede constreñido a la reglamentación de las relaciones laborales, supone que el trabajador no podrá esgrimir el privilegio salarial refaccionario contra persona distinta de su deudor, esto es, su empresario. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el art. 42 del Estatuto hace responsable solidario al contratista de obras o servicios, entre otras, «de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores», con lo que entiendo que el trabajador podrá esgrimir su privilegio salarial frente a este responsable solidario (siempre, claro está, que el bien refaccionado se encuentre en su propiedad o posesión). Ahora bien, el propio art. 42 del E.T. establece en su último párrafo que «no habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiere exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabe-

(45) En la actualidad, doctrina y jurisprudencia coinciden en afirmar que los créditos refaccionarios son aquéllos que se contraen y emplean en la construcción, reparación o mejora de bienes del deudor. Vid. LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Derecho inmobiliario registral*, en *Elementos de Derecho Civil*, vol. III bis, Barcelona, 1984, p. 229; DE ANGEL YAGÜEZ, *Los créditos derivados del contrato de obra. Su protección legal en la legislación civil*, Madrid, 1969, p. 201. Vid. también STS [CIVIL] 21-V-1987, STS [CIVIL] 30-III-1990, STS [CIVIL] 5-VII-1990.

za de familia respecto a su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrae su realización por razón de su actividad empresarial». En definitiva, si el dueño de la obra no es empresario o si, aun siéndolo, la obra de que se trate no se inserta dentro de su actividad o giro empresarial, no responderá solidariamente del pago de los créditos salariales de los trabajadores empleados en la obra por un tercero (v. gr. el contratista o el subcontratista), por lo que, supuesto que el privilegio salarial refaccionario admitiese ejercicio sobre bienes inmuebles, el trabajador no podría ejercitarlo. Tal vez sobraba la especificación del precepto, ya que el ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores se reduce a la regulación de las relaciones laborales entre trabajadores por cuenta ajena y empresarios (cfr. art. 1.º del E.T.). En otro caso, esto es, cuando se trate de contratos de obra en los que el comitente no sea parte en su calidad de empresario, no se aplicarán las normas del Estatuto, sino que habrá que acudir a la regulación del Código civil, y la responsabilidad del comitente para con los trabajadores del contratista o del subcontratista quedará limitada a lo preceptuado en el art. 1.597 de aquel cuerpo legal. Ahora bien, en mi opinión la concesión de una acción directa no puede considerarse como un expediente que elimine otras garantías que el ordenamiento conceda al acreedor. Es decir, en el ejercicio de la acción directa frente al propietario-comitente, los trabajadores dispondrán del privilegio refaccionario de derecho común (46).

Pues bien, la novedad que representa el número segundo del art. 32 del E.T. con respecto al privilegio refaccionario del Código civil, no reside en el aspecto sustantivo del privilegio que, a pesar de la desafortunada fórmula legal empleada en el precepto, comparte los elementos de todo privilegio refaccionario, sino en que estos créditos refaccionarios que tienen su causa en la realización de una prestación de carácter laboral, han sido dotados de un régimen concurrencial especial: a dife-

{46} En contra, DE ANGEL YAGÜEZ, *Los créditos...*, op. cit., pp. 114 y 115; RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Madrid, 1992, pp. 199 a 201. El principal argumento de la tesis negadora de los privilegios para el acreedor directo es que la intervención del contratista intermediario priva a los acreedores directos de la condición de acreedores del propietario. A mi juicio, esta conclusión no es acertada: el principal efecto de la acción del art. 1.597 es que al titular de la misma se le concede un derecho para, si se dan los requisitos del precepto, accionar su propio derecho de crédito contra un deudor de su deudor, esto es, los titulares de la acción directa, precisamente por su ejercicio, devienen acreedores del comitente-propietario. Se dice también que los titulares de la acción del art. 1.597 no necesitan privilegios porque la acción directa constituye un expediente que evita la concurrencia con otros acreedores. Ello sólo es parcialmente cierto: desde luego, aunque, dado el carácter imperfecto de la acción del art. 1.597, los acreedores directos puedan verse obligados a concurrir con los acreedores del contratista, es evidente que no podrán esgrimir ningún privilegio refaccionario, ya que, por hipótesis, el bien mejorado no pertenece al contratista. Ahora bien, la acción del art. 1.597 no evita la concurrencia con los acreedores del comitente, y, entiendo, en la colisión con éstos, el acreedor directo dispondrá del privilegio refaccionario.

rencia de los privilegios refaccionarios comunes (vid. los artículos 1.922.1.º, 1.926.4.º y los números 2.º y 3.º del art. 1.927 del C.c.), la prioridad del crédito refaccionario salarial es absoluta, por lo que, dado el carácter doblemente excepcional del precepto (es un privilegio crediticio que, además, desborda el régimen concurrencial común), el Tribunal Supremo necesitará razones muy especiales para llevar a cabo —como, a mi juicio, ha hecho— una aplicación de la norma que exceda los límites de la interpretación extensiva.

Por otro lado, la formulación del art. 32.2.º del E.T. es extraña en el marco concurrencial común: en primer lugar, frente a la tradicional bipartición de los privilegios especiales en privilegios mobiliarios e inmobiliarios, el precepto reseñado establece una preferencia sobre los «objetos elaborados». Ello plantea varias cuestiones: de un lado, será preciso determinar si la alusión a los «objetos» convierte el privilegio salarial refaccionario en una preferencia crediticia exclusivamente mobiliaria, o si también es posible su ejercicio sobre el valor de los bienes inmuebles a los que se haya incorporado la actividad laboral; en segundo lugar, habrá que determinar si la referencia del art. 32.2.º a la «elaboración» excluye la posibilidad de ejercicio del privilegio sobre bienes mejorados o reparados.

Por otra parte, el art. 32.2.º condiciona el ejercicio del privilegio al hecho de que los bienes afectados por el mismo «sean propiedad o estén en posesión del empresario». Las opciones de interpretación de este condicionamiento son variadas: ¿se trata de un requisito cumulativo (esto es, propiedad y posesión mediata o inmediata del deudor, en cuyo caso serían las normales exigencias de un privilegio sin facultades reipersecutorias), o, por el contrario, el requisito es alternativo (es decir, propiedad o posesión del deudor, de manera que fuera posible el ejercicio del privilegio sobre bienes pertenecientes a un tercero que estuviesen en posesión del empresario)?

Sobre algunas de estas cuestiones se ha pronunciado el Tribunal Supremo, y a ellas dedicaremos las páginas que siguen.

VI.A. EL PRIVILEGIO SALARIAL REFACCIONARIO COMO PRIVILEGIO INMOBILIARIO

Como hemos visto, el art. 32.2.º del E.T. concede preferencia a los créditos salariales sobre los «objetos elaborados» por los trabajadores. Ello plantea de inmediato la cuestión —que ha sido mayormente respondida de forma negativa por parte de la doctrina (47)— de si los bienes inmuebles pueden ser objeto del privilegio del art. 32.2.º del E.T.

(47) Vid. GULLÓN BALLESTEROS. *Comentarios...*, Edersa, *op. cit.*, tomo XXIV, p. 759; LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Edersa, Madrid, 1986, tomo XX, vol. 2.º, p. 133; ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 354; ALVAREZ CAPEROCHI-

Por su parte, el Tribunal Supremo no sólo ha admitido la posibilidad de que el soporte material del privilegio salarial refaccionario venga constituido por un bien inmueble, sino que además ha permitido que el citado privilegio se ejercite sobre las naves en las que el asalariado desarrolla su actividad. En la Sentencia de 27-X-1983, donde se discutía la aplicación al conflicto planteado del Estatuto de los Trabajadores o de la Ley de Relaciones Laborales del año 76, la Sala de lo Civil consideraba aplicable retroactivamente el art. 32 del E.T., y declara la preferencia absoluta de los trabajadores para el percibo de los últimos treinta días de salario (superprivilegio del 32.1.º E.T. que no existía en la L.R.L. del 76). A mayor abundamiento, el Tribunal entiende que se llegaría a la misma solución por medio de la aplicación del art. 32.1.b) de la L.R.L. citada, la cual ha de interpretarse conforme al espíritu y finalidad de la protección al obrero, manifestada en la realidad social a que atienden las normas laborales, lo cual impone «una interpretación correctora y extensiva de la locución “inmuebles a los que precisamente se incorpore su trabajo”, que permite comprender en su ámbito las naves donde el asalariado desarrolla su actividad». De esta forma, el Tribunal declara la preferencia del crédito de los trabajadores correspondiente a los salarios devengados en los últimos treinta días de prestación laboral, sobre un crédito hipotecario. Idéntica doctrina ha sido reiterada en la STS [CIVIL] 18-XII-1989, ya con clara aplicación del E.T.; en ella se dice que «la aplicación de tal doctrina al supuesto que nos ocupa habrá de llevarnos a la necesaria conclusión de que apoyándose la acción de tercería que formulaban los trabajadores de la [empresa] en el crédito salarial refaccionario que ostentan en relación al bien inmueble donde desarrollaban su actividad, bien que, además, continuaba en la posesión del empresario citado, obvio es que, por aplicación del precepto del núm. 2 del art. 32 del E.T., habrá de entenderse que gozaba de preferencia sobre cualquier otro». Así, el Tribunal declara la preferencia de los créditos de los trabajadores correspondientes a una paga extraordinaria y los salarios de dos meses, sobre el embargo que con anterioridad había practicado la Hacienda Pública sobre una nave industrial.

A mi juicio, tal doctrina es difícilmente sostenible y técnicamente incorrecta. Porque ya no se trata sólo de permitir el ejercicio del privilegio del art. 32.2.º del E.T. sobre los bienes inmuebles a los que se haya incorporado la actividad laboral, sino que se trata de permitir el ejercicio del privilegio sobre bienes que, sin haber sido elaborados por los trabajadores, formen parte del patrimonio empresarial. En estos casos es evidente que en los créditos salariales ya no concurre la «causa»

PI, comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16-X-1987, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 15, septiembre-diciembre 1987, p. 5075.

En contra, *vid.* RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios...*, *op. cit.*, p. 365 y MONTOYA MELGAR, *Derecho del trabajo*, *op. cit.*, p. 376.

refaccionaria, por lo que el privilegio no puede ser, ni siquiera en una interpretación extensiva del precepto, el absoluto del número 2.º, sino el del número tercero del art. 32 del E.T., que ya no es absoluto, sino que debe posponerse a los créditos con garantía real. El Tribunal ampara su doctrina en la interpretación extensiva del precepto. Como vimos anteriormente (vid. el apartado segundo de este estudio), el carácter excepcional de una disposición no impide la posibilidad de su interpretación extensiva. Ahora bien, a mi juicio, tal doctrina jurisprudencial difícilmente puede ser considerada interpretación del art. 32.2.º, porque lo que excede el posible sentido literal de las normas ya no es interpretación de la ley, esto es, no constituye contenido de la ley, y supone una modificación de sentido de la misma, para lo cual el juzgador, en un ordenamiento jurídico en el que la regulación primaria es la ley, debe cumplir ciertos presupuestos (48). Y en materia de preferencias crediticias, uno de estos presupuestos limitadores a la creación judicial del Derecho es la prohibición de la aplicación analógica de las normas excepcionales (como son los privilegios) contenida en el art. 4.2.º del C.c.

Además, la doctrina de estas sentencias es criticable por otros dos motivos. En primer lugar, porque la misma no es acorde con la interpretación sistemática del precepto: si los trabajadores pueden hacer efectivos los salarios de un año sobre el valor de las naves en las que trabajan (que, tal vez con exclusión de los bienes producidos por la empresa, será normalmente el bien que represente el mayor valor dentro del patrimonio empresarial), de manera que este privilegio pierde su carácter especial para convertirse en un privilegio general, ¿para qué sirven el superprivilegio del 32.1.º y el privilegio general ordinario del 32.3.º del E.T.? La doctrina jurisprudencial reseñada convierte al privilegio salarial refaccionario en una prioridad crediticia que absorbe la utilidad que pudieran ofrecer los otros dos tipos preferenciales del art. 32 del E.T.

En segundo lugar, esta doctrina jurisprudencial es censurable por las consecuencias negativas que de la misma se derivan para el tráfico jurídico: y es que, según se desprende de las sentencias citadas, todos los créditos salariales (porque los que excedan del año no es que no estén privilegiados, sino que han prescrito, vid. el art. 59 del E.T.) disponen de un privilegio absoluto (v. gr. el del art. 32.2.º), que no es especial, sino general, y que también puede amparar indemnizaciones por despido (vid. la jurisprudencia citada en este sentido en el apartado segundo de este estudio). Si tenemos en cuenta que los privilegios salariales son ocultos, en mi opinión no hay duda de que doctrinas jurisprudenciales como la presente conllevan graves distorsiones del sistema de distribución del riesgo de insolvencia del deudor.

(48) LARENZ, *Metodología...*, *op. cit.*, pp. 318 y ss. y 341.

VI.B. EL RESULTADO CAUSADO POR EL «FACERE» DEL ACREEDOR SALARIAL: LA ALUSIÓN A LA «ELABORACIÓN»

Como dijimos, la causa de la atribución de la preferencia crediticia del art. 32.2.º del E.T. tiene una motivación «refaccionaria»: el trabajador puede ejercitar el privilegio sobre los objetos por él elaborados.

En la Sentencia de 20-V-1967, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resolvía el siguiente supuesto: el trabajador, que había participado como técnico cinematográfico en la dirección de una película, interpone tercería de mejor derecho en la ejecución que de la misma lleva a cabo un laboratorio cinematográfico que había realizado en ella determinados trabajos y suministrado material para su producción. El Tribunal desestima la tercería interpuesta por el trabajador porque no considera aplicable el privilegio salarial refaccionario del art. 59.1.º de la L.C.T. del 44. Pese a la parquedad del pronunciamiento, parece que la *ratio decidendi* del Tribunal es que, habida cuenta de los trabajos realizados y el material suministrado por el laboratorio ejecutante, la participación del trabajador en la producción de la película no es suficiente para considerar que la misma ha sido «elaborada» por él.

A mi juicio, la prestación del trabajador que se integra en el proceso de elaboración del bien, le legitima para el ejercicio del privilegio salarial refaccionario, y ello con independencia de la magnitud que el resultado producido por el *facere* del trabajador represente con respecto a la totalidad del bien (por ejemplo, aunque el trabajador sólo hubiese intervenido en el último tramo de producción del mismo) (49). Por ello considero criticable la Sentencia citada: el conflicto se presentaba entre un acreedor refaccionario de derecho común (ex art. 1.922.1.º del C.c.) y un acreedor salarial refaccionario (ex art. 59.1.º de la Ley laboral a la sazón vigente), por lo que el Tribunal debería haber resuelto en favor de este último.

VI.C. LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL BIEN SUJETO AL PRIVILEGIO

La caracterización de la preferencia del art. 32.2.º del E.T. como un privilegio especial, conlleva la consecuencia de que el mismo sólo es susceptible de ser ejercitado sobre los objetos a los que se hayan incorporado las prestaciones laborales, y no sobre cualesquiera otros bienes integrantes del patrimonio empresarial.

(49) En el mismo sentido, y con ocasión de este pronunciamiento, RÍOS SALMERÓN encuentra dudoso que la «elaboración [...] exija un íntegro acabado del objeto por el trabajador reclamante, y que su derecho decaiga ante la existencia de auxilios prestados al empresario por una Sociedad Anónima, que originaron créditos mercantiles» (*Los privilegios...*, op. cit., p. 396).

Los problemas que la exigencia de individualización del bien elaborado por el trabajador puede plantear en los modernos sistemas de producción industrial son innumerables. Aquí haremos tan sólo referencia a una cuestión que se planteó en el conflicto resuelto por la STS [CIVIL] 12-III-1993: los trabajadores de una bodega habían procedido a la ejecución de sus créditos por salarios e indemnizaciones por despido sobre determinados depósitos de vino pertenecientes a la bodega. Ante la interposición de una tercera de mejor derecho por parte de un acreedor no salarial (una entidad financiadora), en las dos instancias se estiman parcialmente las pretensiones de ambos acreedores. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por los trabajadores, quienes se pretendían acreedores con el privilegio absoluto del art. 32.2.º del E.T.: el Tribunal entiende que las indemnizaciones por despido no son salario a los efectos de garantía del art. 32 y, por lo que se refiere a los salarios, debiendo aceptar la calificación del tribunal de instancia, considera como aquél que los trabajadores «no han acreditado que los objetos en cuestión hayan sido elaborados por ellos».

Y es que, en buena técnica jurídica, el privilegio salarial refaccionario no puede ejercitarse sobre el envase o recipiente en que se contiene el bien afecto al privilegio, ya que aquél no fue «elaborado» por el trabajador. Ahora bien, como objeto perteneciente, en su caso, al patrimonio del empresario y, por tanto, sobre el que puede ejercitarse el privilegio del art. 32.3.º E.T., que en el terreno mobiliario (y tal vez, por analogía con la reserva del precepto, con excepción de los casos de garantías reales mobiliarias) es preferente a cualquier otro, los trabajadores podrían ejercitar el privilegio salarial refaccionario del art. 32.2.º sobre los objetos elaborados, y el del art. 32.3.º sobre los recipientes en los que aquéllos fueron envasados.

VI.D. EL REQUISITO DE LA POSESIÓN O PROPIEDAD DEL EMPRESARIO

Como condición a la posibilidad de ejercicio del privilegio salarial refaccionario, el art. 32.2.º del E.T. exige que los objetos elaborados «sean propiedad o estén en posesión del empresario». Ello plantea de inmediato la cuestión de si el requisito es alternativo, de manera que tal exigencia quedase cubierta con la simple posesión del empresario de los objetos elaborados, aunque el dominio de los mismos perteneciese a un tercero (50), o si, por el contrario, se trata de un condicionante cu-

(50) En contra de esta interpretación del precepto, *vid.* GULLÓN BALLESTEROS, *Comentarios...*, Edersa, *op. cit.*, tomo XXIV, p. 759; «Las garantías del crédito salarial», *Revista de Derecho Privado*, 1980, pp. 399 y ss.

A favor de la admisión del ejercicio del privilegio en los casos de simple posesión sin dominio por parte del empresario, aunque sólo para los casos de ventas mercantiles de cosas muebles, impagadas y pendientes de entrega, *vid.* RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios...*, *op. cit.*, pp. 376 y ss.

mulativo, de forma que fuese preciso que el empresario fuera a la vez propietario y poseedor de los objetos elaborados; e incluso si nos decantamos por esta opción, restaría todavía por determinar si la posesión mediata es apta para cumplir la exigencia del precepto (51).

Sobre esta última cuestión se pronunció la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la ya citada Sentencia de 20-V-1967. Entre otras razones (vid. *supra* el epígrafe VI.B), el Tribunal desestima la demanda del trabajador, —que había promovido una tercera de mejor derecho en la ejecución que del objeto elaborado (una película) llevaba a cabo un acreedor no laboral—, porque el empresario no contaba con la posesión inmediata del mismo, la cual la disfrutaba el acreedor ejecutante. De esta forma, el Tribunal entiende que no queda cumplida la exigencia del art. 59 de la L.C.T. de 1944 de que el privilegio se ejercite «mientras [los objetos elaborados] permanezcan en poder del deudor», esto es, según se desprende de la Sentencia citada, la posesión mediata del empresario deudor no es apta para cubrir el condicionamiento del precepto.

A mi juicio, este pronunciamiento jurisprudencial es criticable. Y ello no sólo porque tal interpretación de la norma convertiría en ilusorio el privilegio salarial refaccionario, —ya que, conforme a la Sentencia citada, bastaría con que el empresario se desprendiese de la posesión inmediata del objeto elaborado, para que, aun conservando el dominio y la posesión mediata del mismo (v.gr. en los casos de depósito, arrendamiento, prenda, etc.), el trabajador se viese impedido para ejercitar su privilegio—, sino también porque tal interpretación no es acorde con la que la expresión «en poder del deudor» (que es la que se utilizaba en el art. 59 de la L.C.T. del 44) ha recibido en otras normas sobre privilegios crediticios. Obsérvese que una interpretación similar del privilegio del conservador del número primero del art. 1.922 del C.c., impediría al acreedor refaccionario ejercitar tal privilegio cuando otro acreedor refaccionario posterior estuviese reteniendo la posesión de la cosa refaccionada en virtud de la facultad que le confiere el art. 1.600 del C.c. En mi opinión, y puesto que en el supuesto preferencial debatido concurrían un acreedor con privilegio salarial refaccionario y un acreedor con privilegio refaccionario común, el Tribunal debería haber resuelto en favor del primero, sin que la circunstancia de que el acreedor no salarial contase con la posesión inmediata de la cosa (ya sea

(51) Sí lo es para LUCAS FERNÁNDEZ, para quien el privilegio salarial se superpone al pignoraticio, aunque el empresario no cuente con la posesión inmediata de la cosa dada en prenda (vid. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, Edersa, Madrid, 1986, tomo XX, vol. 2.º, p. 134).

ex art. 1.600 del C.c. o en méritos de un contrato de depósito, que, según se desprende del segundo considerando de la Sentencia citada, parece que era el supuesto de autos) afectase la prioridad del crédito salarial refaccionario.

Sentencias Comentadas

La responsabilidad por inmisiones industriales (Comentario a la sentencia del TS de 15 de marzo de 1993)

A la memoria de mi padre, que me animó a estudiar Derecho

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho civil. Universidad de Alicante

SUMARIO: I. Hechos y doctrina de la sentencia.— II. Comentario.— III. Responsabilidad propia y directa del propietario o empresario. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario.— IV. La prescripción de la acción indemnizatoria.

I. HECHOS Y DOCTRINA DE LA SENTENCIA

Los hechos relevantes aparecen perfectamente reflejados en los Fundamentos de Derecho 1.º y 2.º de la sentencia, y su doctrina en los Fundamentos 3.º, 4.º y 5.º. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el proceso de que este recurso dimana, promovido por don Bautista G.C contra las entidades mercantiles «Azulejos B. SL» y «B. SA», sobre responsabilidad por culpa extracontractual, recayó, en grado de apelación, sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia por la que, confirmando íntegramente la de primera instancia, condena a las entidades demandadas a que indemnicen al actor de los daños y perjuicios ocasionados en la finca propiedad de éste, a determinar en ejecución de sentencia cuya indemnización se hará en la siguiente forma: la mitad de las mermas de producción de la finca correspondiente a las campañas 1973-1974 hasta la actual correspondiente a la fecha de presentación de la demanda serán satisfechas por «Azulejos B.SL»; la mitad de idéntico concepto desde

la campaña de 1978 hasta la actual por «B. SA»; el importe de los gastos de regeneración de la finca y las secuelas de orden permanente que pudieran existir correrán a cargo por mitad entre ambas mercantiles; además se condena a dichas demandadas a que adopten a la mayor brevedad las medidas correctoras del orden que sea en sus instalaciones para evitar en el futuro la producción de daños como los denunciados en la demanda inicial. Contra la referida sentencia de la Audiencia, que ha sido consentida por la demandada «B. SA», solamente la codemandada «Azulejos B. SL» interpone el presente recurso de casación a través de cuatro motivos.

SEGUNDO. Los hechos que las coincidentes sentencias de la instancia declaran probados y que, al no haberse articulado ningún motivo idóneo para desvirtuarlos, han de ser mantenidos incólumes en esta vía casacional, son los siguientes: 1.º El demandante don Bautista G.C es propietario de una finca rústica, plantada de naranjos, sita en el término municipal de Belchí (Castellón). 2.º Contiguas o colindantes a dicha finca, y a pesar de no ser zona industrial, existen en funcionamiento dos fábricas de azulejos, de las que, respectivamente, son propietarias las demandadas entidades mercantiles «Azulejos B. SL» y «B. SA». 3.º Como consecuencia de las excesivas emanaciones de gas y polvo arcilloso procedentes de las expresadas fincas (desde la campaña 1973-1974 la que es propiedad de la primera de las entidades demandadas y desde la de 1978 la que pertenece a la segunda de ellas) la finca propiedad del actor señor G.C ha sufrido numerosos daños y perjuicios consistentes en decrepitud vegetativa, defoliaciones, necrosis, clorosis y mermas de producción.

TERCERO. Por el motivo primero, con sede procesal en el ordinal quinto del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la hoy vigente), se denuncia infracción de la doctrina de esta Sala (contenida en las sentencias que cita) acerca del litisconsorcio pasivo necesario, infracción que la recurrente hace textualmente consistir en «el hecho de que la parte actora no llame a juicio al ingeniero que diseñó y dirigió la construcción e instalaciones de la fábrica de «Azulejos B. SL», cuyo funcionamiento ha sido, según la tesis de la propia parte demandante, la causa de los supuestos daños irrogados a las fincas agrícolas contiguas, propiedad del actor». El extresado motivo, en cuyo breve e insustancial desarrollo ni siquiera se menciona el precepto sustantivo que, según criterio de la recurrente, pueda dar origen a la situación litisconsorcial aquí denunciada y que no ha sido debatida en el proceso, sino que fue aducida, por la entidad demandada, aquí recurrente, por primera vez, en el acto de la vista de recurso de apelación (de ahí que la sentencia recurrida la califique de cuestión nueva), el expresado motivo, decimos, ha de ser desestimado, por las consideraciones siguientes: a) La responsabilidad, de claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, que establece el núm. 2.º del art. 1908 del Código Civil «por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades» (en cuyo precepto es incardinable la cuestión debatida), frente al tercero perjudicado es, en todo caso, como la propia nor-

ma establece, una responsabilidad propia y directa del propietario o empresario que explota la fábrica en cuestión y de cuyo funcionamiento se beneficia («ubi emolumentum, ibi onus»), lo que no impide, obviamente, que si hubieran concurrido defectos de diseño o de dirección en la construcción e instalaciones de la mencionada fábrica (lo que en el proceso ni siquiera se ha alegado ni, mucho menos, probado) pueda el empresario repetir contra el técnico correspondiente, pero en modo alguno hacer surgir, frente al tercero perjudicado, el litisconsorcio pasivo necesario que aquí se denuncia; b) El art. 1909 del Código Civil (suponiendo que sea ese el precepto al que, sin mencionarlo, quiera referirse el alegato del motivo) concede al tercero perjudicado (por los hechos que enumera el 1908) la facultad («podrá», dice el artículo) de dirigir también su acción contra el técnico (aunque el poco afortunado precepto sólo habla de arquitecto) correspondiente, pero no le impone la obligación de hacerlo, con lo que la relación jurídico-procesal queda adecuadamente constituida si solamente demanda (como aquí ha ocurrido) al propietario que explota y se beneficia de la fábrica emisora de los gases y polvo excesivos y causantes del daño; c) En último término, al no haberse probado en el proceso (pues ni siquiera fue aducida por la entidad demandada, aquí recurrente) cuál sea la causa determinante de esa excesiva y perjudicial emisión de gases y polvo de la fábrica, la responsabilidad del empresario dueño de la misma y, en su caso, la del técnico que dirigió su instalación, siempre sería de carácter solidario frente al tercero perjudicado, por lo que éste, en base a dicha solidaridad, puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos, como aquí ha hecho, al formular su demanda contra la entidad propietaria y beneficiaria de la explotación de la fábrica, ello sin perjuicio, se repite, de la acción de repetición que a dicha propietaria pueda, en su caso, corresponder contra el mencionado técnico.

CUARTO. El motivo segundo, con apoyo procesal en el número tercero del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa a la sentencia recurrida de incongruente, al haber condenado a las entidades demandadas (la aquí recurrente y la que ha consentido la sentencia) a pagar, por mitad, «el importe de los gastos de regeneración de la finca y las secuelas de orden permanente que pudieran existir», lo cual, dice la recurrente, no fue pedido por el actor en su demanda. Con ese mismo contenido impugnatorio aparece también formulado el motivo tercero, que la recurrente dice textualmente que lo articula «en previsión de que la temática de incongruencia, estudiada en el anterior motivo segundo, se entendiere encauzable procesalmente por el núm. 5.º y no por el 3.º del art. 1692 de la Ley Procesal Civil, se abre ahora esta vía y, en cuanto al fondo impugnatorio, se da por reproducido en aras de brevedad todo cuanto ha sido expuesto en el motivo precedente respecto a la incongruencia por exceso en que ha caído la sentencia impugnada». Después de reiterar, una vez más, que el cauce procesal único que viabiliza la denuncia casacional de infracción de las normas reguladoras de la sentencia es el del núm. 3.º del citado precepto, como el mis-

mo establece con claridad evidente, y no el del núm. 5.º, en su redacción anterior a la hoy vigente, lo que patentiza la superfluidad de la formulación de dicho motivo tercero, el que le precede, que es el correctamente formulado, ha de ser también desestimado, ya que es reiterada doctrina de esta Sala la de que la armonía o concordancia entre los pedimentos de las partes y la sentencia, en que consiste la congruencia, no implica necesariamente un ajuste literal a lo duplicado, sino una racional adecuación del fallo a las peticiones de los litigantes y al supuesto fáctico («causa petendi») en que se basan, lo que permite hacer extensivo el fallo a las consecuencias lógicas y naturales derivadas del tema debatido, por lo que si la acción ejercitada es la de responsabilidad extracontractual, cuya finalidad única es la de obtener la reparación total e íntegra de los perjuicios causados, comprensivos tanto del daño emergente, como del lucro cesante (art. 1902 en relación con el 1106, ambos del Código Civil), que es lo realmente pretendido por el actor, no puede tacharse de incongruente a la sentencia recurrida que, en plena coincidencia con la de primer grado, condena a las demandadas al pago del importe de los gastos de «regeneración de la finca y las secuelas de orden permanente que pudieran existir», cuando aparece probado que ello es necesario para el logro de dicha total reparación aunque no haya sido postulado en dichos términos literales por el actor, pues está evidentemente incluido en el soporte fáctico («causa petendi») de su demanda en relación con la pretensión objeto de la misma, que no es otra que la de obtener la íntegra reparación de los daños efectivamente causados y plenamente probados.

QUINTO. Por el motivo cuarto y último, con sede procesal en el ordinal quinto del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la hoy vigente), se acusa a la sentencia recurrida de que «infringe lo dispuesto en el art. 1968-2.º del Código Civil, en relación con lo establecido en el art. 1969 de dicho cuerpo legal», al no haber declarado producida la prescripción de la acción ejercitada, cuando mediante ella se reclaman los daños sufridos a partir de la campaña agrícola de 1973-1974, para lo que ha sido formulada la demanda, dice la recurrente, «con mucha posteridad de años». El mismo tratamiento desestimatorio que a los motivos anteriores ha de corresponder al que aquí nos ocupa, por las consideraciones siguientes: a) Es reiterada doctrina de esta Sala la del criterio restrictivo con que ha de ser tratado el instituto de la prescripción, por ser figura que no se asienta en una idea de justicia intrínseca y sí de limitación en el ejercicio de los derechos en aras del principio de seguridad jurídica, conectado a una cierta dejación o abandono de aquellos derechos por su titular (Sentencias de 17-12-1979, 16-3-1981, 8-10-1982, 9-3-1983, 4-10-1985, 18-9-1987, 14-3-1989, 26-6-1990 y 12-7-1991, entre otras muchas). En el presente supuesto litigioso, aparecen acreditadas muy numerosas y sucesivas actuaciones extrajudiciales y administrativas practicadas por el actor (reclamaciones al Ayuntamiento de Belchi, en 1974, 1975 y 1980, para que se obligara a los propietarios de las fábr-

cas a adoptar las medidas correctoras o eliminadoras de las emisiones de gases y polvo arcilloso; informes periciales emitidos, a petición de actor, en cada uno de los años de 1973 a 1986, en los que consta el estado cada vez más deteriorado de la plantación de naranjos de la finca del actor; actas notariales levantadas a petición del mismo actor, en los años 1979, 1981 y 1985, acreditativas del estado de la referida finca), cuyas actuaciones sucesivas eliminan o excluyen toda idea de abandono o dejación por parte del actor de la acción que le correspondía, para ejercerla en su momento oportuno; b) En íntima conexión con lo que acaba de decirse, es también uniforme doctrina jurisprudencial la de que cuando se trata de los daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción no se inicia («dies a quo») hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (Sentencias de 12-12-1980, 12-2-1981, 19-9-1986 y 25-6-1990, entre otras), no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha producido ese «definitivo resultado» que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo vivo, latente y conectado precisamente a la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección (Sentencia de 25-6-1990, anteriormente citada).

SEXTO. El decaimiento de todos los motivos aducidos ha de llevar aparejada la desestimación del recurso con expresa imposición de las costas del mismo a la entidad recurrente y la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal que corresponda.

II. COMENTARIO

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia que comentamos sigue fielmente la doctrina de nuestro TS, que afirma tanto la responsabilidad objetiva y directa por los daños derivados de inmisiones industriales como que el plazo de prescripción de un año, propio de la responsabilidad extracontractual, no empieza a correr, cuando se trata de daños continuados, desde el inicio de la producción del daño, sino a partir del momento en que el mismo está totalmente verificado.

Ambos criterios son perfectamente defendibles en nuestro Derecho, y se avienen a la tesis comúnmente acogida por nuestra doctrina científica, en consonancia con la imperante en otros ordenamientos jurídicos, como vamos a tener ocasión de reflejar.

En la sentencia se plantea básicamente el problema de determinar si, como sostiene la parte recurrente, ha existido infracción de la doctrina del TS acerca del litisconsorcio pasivo necesario, por el hecho de

que la parte actora no llame a juicio al ingeniero que diseñó y dirigió la construcción e instalaciones de la fábrica cuyo funcionamiento ha sido la causa de los daños irrogados a las fincas agrícolas contiguas, propiedad del actor.

La sentencia se refiere, como acabamos de decir, al daño producido por una inmisión industrial: emanaciones excesivas de gas y polvo arcilloso procedentes de dos fábricas, que produjeron perjuicios en las fincas agrícolas contiguas, consistentes en decrepitud vegetativa, defoliaciones, neomosis, clorosis y mermas de producción.

En el caso de la sentencia concurren todas las características que, en el marco de las relaciones de vecindad, configuran a la inmisión.

Estas características han sido destacadas, sobre todo, por las doctrinas alemana e italiana, apoyándose en los preceptos, que más adelante transcribimos, que en el BGB (parágrafo 906) y en el CC italiano (art. 844) disciplinan específicamente las inmisiones.

El parágrafo 906 BGB, en opinión de la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, circunscribe su ámbito de aplicación objetivo a la inmisión indirecta, material y positiva, por oposición a la categoría de la directa, ideal o negativa (1). Se piensa que tanto las injerencias negativas como las ideales no tienen cabida en el parágrafo 906, que exige penetración o conducción (*Zuführung*), sino en otros preceptos legales (parágrafos 903 y 1004 BGB). Es posible que por la disminución de valor experimentada por la finca a causa de lo indecoroso de la vecindad (el daño que sufra el vecino de un burdel), se dé una pretensión de indemnización según el parágrafo 823 BGB (2).

La significación de las influencias o injerencias indirectas fue perfectamente perfilada por Ihering (3), que las configuró como aquellas que comienzan sus efectos en el fondo del que realiza los actos y se propagan al vecino, siempre que deriven de un uso anormal de la finca y excedan la ordinaria tolerancia. Ihering distingue acertadamente, co-

(1) Sobre este problema, con amplia información, BAUR, *Lerhbuch des Sachenrechts*, München, 1983, pp. 239 y ss.; SOERGEL y SIEBERT, *Kommentar zum bürgerliches Gesetzbuch*, 5. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1978, pp. 193 y ss.; SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. München, 1986, pp. 551 y ss.; BASSENGE, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1985, pp. 1041 y ss.; HAGEN, en ERMAN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II, Münster, 1981, pp. 100 y ss.

(2) WOLFF. Derecho de cosas, en *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLFF. III-1.º 10.⁴ edición, revisada, por WOLFF y REISER. Traducción española con anotaciones por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER. Tercera edición al cuidado de PUIG BRUTAU. Barcelona, 1971, p. 351, nota 10.

(3) IHERING. Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, VI, 1863, pp. 81 y ss.

mo señala Alonso Pérez (4), siguiendo los criterios inferidos de las fuentes romanas, entre *Eingriffe* (injerencias o intromisiones) directas e indirectas, concluyendo que nadie tiene necesidad de soportar injerencias indirectas (*mitterbare Eingriffe*) de su vecino nocivas a la persona o a las cosas, o que causen molestias a alguien de una manera tal que sobrepase el límite usual de lo tolerable.

El carácter lícito o ilícito de la injerencia indirecta debe ser apreciado exclusivamente desde un punto de vista objetivo: ilícitos son los actos que ocasionan daño a la propiedad vecina, en cuanto sobrepasan la medida de lo objetivamente tolerable, y no porque vayan acompañados de la intención de perjudicar al vecino.

En el Derecho italiano, a los efectos del art. 844 CC, se requiere que la inmisión sea indirecta, material y positiva, de igual manera que acontece en el Derecho alemán (5). Goldoni (6) lo refleja perfectamente: es indudable que el art. 844 tiene en cuenta las inmisiones indirectas, no las directas, que pueden ser prohibidas, independientemente del límite de la normal tolerancia (Albano, Barbero, De Martino, Lojaccono, Pescatore, Pugliatti y Trimarchi). Se destaca que las inmisiones, para no perder su carácter indirecto o mediato, deben consistir en un *facere in proprio* y tienen que conectarse, además, desde la perspectiva causal, a un fenómeno de propagación generado exclusivamente por factores naturales, sin poder excluirse la eventual concurrencia de un hecho humano. Según la opinión dominante, el valor ejemplificativo de la enumeración contenida en el artículo no impide excluir de su ámbito de aplicación las inmisiones inmateriales, como, por ejemplo, las que constituyen una ofensa al decoro o a la moral.

El problema es más complejo en el marco de la regulación del CC español, debido a la ausencia de una norma que, con carácter general, discipline la problemática de las relaciones de vecindad. No obstante, existe base legal suficiente para defender una solución que

(4) ALONSO PÉREZ, *Las relaciones de vecindad*, ADC, 1983, pp. 380-381, nota 60.

(5) Amplia referencia doctrinal y jurisprudencial por GOLDONI, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, bajo la dirección de PERLINGIERI. Libro 3.^o, Torino, 1983, pp. 76 y ss.; CIAN y TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, Milano, 1992, p. 638. Son fundamentales para configurar las características de la inmisión los estudios de ACERBIS. *Le immissioni*, con particolare riferimento alla tutela della salute e dell'ambiente, en *Quadrimestre*, 1988, p. 733 y ss., y 1989, pp. 151 y ss.; NAPPI, *La regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli-Roma, 1986; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Napoli, 1984; SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979; VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato (Studio comparativo del diritto francese e italiano)*, RDC, 1974-II, pp. 681 y ss., y 1975-I, pp. 29 y ss., e *Immissioni (Diritto civile)*, NDI, Torino, 1982.

(6) GOLDONI, *Loc. cit.*

no difiere esencialmente de la mantenida en Alemania e Italia, teniendo en cuenta lo dispuesto por los arts. 590 y 1908 CC.

En este sentido Pérez González y Alguer (7), claramente influidos por la doctrina alemana, precisan que los preceptos de los arts. 590 y 1908 se complementan recíprocamente y dan base para fraguar una teoría general de las inmisiones a través de la analogía generalizadora. Si se tiene en cuenta que nada abona el carácter taxativo de tales preceptos, y que en ambos preside el propósito legislativo de evitar inmisiones peligrosas o nocivas o simplemente molestas en la finca del vecino, se llegará a la conclusión de que, aunque con técnica imperfecta y casuística, nuestro CC prohíbe toda inmisión perjudicial que no sea conforme al uso o a los reglamentos o, en último extremo, al criterio de la buena vecindad, basado en la buena fe.

La definición y delimitación del concepto de inmisión ha sido llevada a cabo por AMAT (8), destacando la dificultad existente en nuestro Derecho. Se acostumbra a definir la inmisión, como toda intromisión física que un propietario realiza en la finca vecina. Esta definición resulta, sin embargo, excesivamente amplia en un aspecto: la introducción de objetos no es propiamente inmisión, y excesivamente limitada en otro: en determinadas circunstancias no puede hablarse de desplazamiento de materias, sino de repercusiones (los ruidos no son más que ondas).

Las inmisiones suponen siempre una invasión de la finca, pueden consistir en ruidos, vibraciones, humos, gases, olores, nieblas, polvo, calor, hollín, cenizas; deben ser molestas, pero también pueden ser nocivas (peligrosas para la riqueza agrícola, forestal, pecuaria o piscícola), insalubres (perjudiciales para la salud), peligrosas (creadoras de riesgo de ser insalubres o nocivas, como la posibilidad de explosión). Su naturaleza y sus efectos van ampliándose constantemente a medida que aparecen nuevas tecnologías.

A nuestro juicio, la inmisión exige la penetración en el fundo vecino de sustancias, partículas u ondas. Así se infiere del art. 1908-2.º y 4.º CC, que se refiere a humos excesivos que perjudican a las personas y a las propiedades o emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, debiendo incluirse, por evidente razón de analogía,

(7) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Anotaciones al Derecho de cosas de WOLFF*, III-1.º, cit, p. 358.

(8) AMAT, La regulación de las inmisiones en el CC, en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 74 y ss. En el mismo sentido PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *Instituciones del dret. civil de Catalunya*, I, Valencia, 1993, pp. 298-299.

otros supuestos parecidos (olores, gases, hollín, vapores, ruidos, etcétera) (9). No hay inmisión si se impide la entrada de algo, como, por ejemplo, si se priva al vecino del sol, del aire o del agua, sin perjuicio de la acción que le corresponda para que cese esta conducta abusiva.

La injerencia que implica toda inmisión ha de tener carácter material; lo cual significa que tiene que ser apreciable físicamente, medida objetivamente por medio de aparatos científicos (10). Así se deduce de los casos citados en el art. 1908-2.º y 4.º CC. Las injerencias inmateriales o ideales (por ejemplo, las que constituyen una ofensa para el decoro o la moral o la intromisión en la intimidad privada) quedan excluidas, aunque den lugar a la correspondiente responsabilidad. El carácter ejemplificativo de los arts. 590 y 1908 CC, y la posible ampliación de los supuestos citados en ellos por vía analógica, no puede llegar tan lejos, pues siempre se parte de injerencias que tienen un sustrato material (humos, emanaciones...).

La injerencia ha de ser indirecta, lo que implica que sus efectos han de comenzar en el fondo donde se lleva a cabo el acto que determina la propagación de las sustancias, partículas u ondas al del vecino. La inmisión supone un *facere in proprio*. Las injerencias directas en el fondo vecino son prohibidas por el ordenamiento jurídico, con independencia del límite de la normal tolerancia. En este sentido no constituye una inmisión, en virtud de lo dispuesto en los arts. 590 y 1908 CC, la construcción o plantación en suelo de otro. Estos preceptos se refieren a humos excesivos o emanaciones que derivan de la actividad de los propietarios en sus fundos, y que, al propagarse, perjudican a los vecinos.

El carácter ilícito de la injerencia debe ser apreciado desde un punto de vista objetivo: ilícitas son las injerencias que ocasionan daños a las personas o a las propiedades vecinas, en cuanto causan molestias o perjuicios que sobrepasan el límite de la normal tolerancia, y no porque vayan acompañados de la intención de perjudicar al vecino (*animus nocendi*). El art. 1908-2.º CC se refiere a los humos «excesivos» que sean nocivos a las personas o a las propiedades.

El origen de la injerencia ha de encontrarse en la actividad que lleva a cabo el propietario o el poseedor de un bien inmueble, como consecuencia del disfrute de su derecho. La regulación de las inmisiones es propia de la propiedad, la posesión y, en general, los derechos

(9) AMAT, La regulación de las inmisiones en el CC, *cit.*, p. 75, nota 9; AUGER, Problemática de la responsabilidad civil en materia ambiental, en *Poder Judicial*, 1988, número especial IV, p. 119; HERNÁNDEZ GIL, Las relaciones de vecindad en el Código Civil, en *Obras completas*, IV, Madrid, 1989, p. 168; PARRA LUCÁN, *La protección del medio ambiente*, Madrid, 1992, p. 109; SANTOS BRIZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XXIV, Madrid, 1984, p. 636.

(10) AMAT, La regulación de las inmisiones en el CC, *cit.*, p. 75.

reales. El art. 1908 CC habla de propietarios, el art. 590 lo presupone, debido a su ubicación sistemática.

El perjudicado por la injerencia ha de ser titular de un derecho real sobre el inmueble afectado o poseedor del mismo, y por ello podrá ejercitar la acción negatoria, de carácter real, para conseguir el cese de aquélla, y además, la correspondiente acción indemnizatoria por los daños sufridos, en la medida en que la injerencia sea ilegítima. Si el perjudicado no es titular de un derecho real sobre el inmueble afectado o poseedor del mismo, las normas que se aplicarán son las propias de la responsabilidad extracontractual.

El que la finca inmisora y la perjudicada deban ser vecinas, no quiere decir que tengan que ser colindantes, a pesar de que el art. 590 CC habla de pared medianera (11). De manera más amplia, el art. 1908 CC alude a la responsabilidad de los propietarios por los daños causados a las personas y a las propiedades.

El perjuicio derivado de la injerencia puede afectar tanto a las personas como a las propiedades (art. 1908-2.º CC), por lo que en ambos casos estamos en presencia de una inmisión.

Las inmisiones industriales, que son sin duda las que mayor interés ofrecen en la actualidad, plantean una problemática especial, pues no sólo son causa de daños importantes a las propiedades, sino que también constituyen un grave peligro para la salud y la propia vida de las personas, y dan lugar al progresivo deterioro del ambiente (o medio ambiente), tutelado por el art. 45 de la Constitución.

A este problema se refiere Alonso Pérez (12) cuando contempla las vecindades industriales. Señala la conveniencia de deslindar un Derecho de vecindad clásico o romanista, de un Derecho vecinal moderno o industrial. El moderno Derecho de vecindad no sólo debe disciplinar las inmisiones interindividuales, sino todas aquéllas que se denominan industriales, termonucleares, urbanísticas, por reformas agrarias, acaecidas por realización de obras públicas, etcétera. Porque, a modo de ejemplo, mientras en el ámbito de las inmisiones tradicionales se habla de daños o molestias, tolerables o no, esenciales o no, en el de las provocadas por la energía nuclear o por una industria química de importancia, las injerencias, emisiones o propagaciones a la propiedad ajena pueden ocasionar daños incalculables e irreversibles. Precisamente en el Derecho vecinal moderno han de compaginarse las exigencias de la industria, como fuente de trabajo y progreso, con la tutela de otros valores fundamentales reconocidos constitucionalmente: salud, medio ambiente, calidad de vida, etcétera. El plano real de los conflictos de vecindad presenta en la actualidad una dimensión colectiva que valora la nocividad en la esfera ajena no sólo desde el vecino individual, sino

(11) AMAT, *La regulación de las inmisiones en el CC*, cit., p. 77.

(12) ALONSO PÉREZ, *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 364.

desde el industrial, ente público o empresa que lesiona de modo grave el goce del bien ajeno (13).

Hay que tener en cuenta que, en numerosas ocasiones, las instalaciones industriales que dan lugar a inmisiones están autorizadas administrativamente, lo que suscita algunos interesantes problemas: a) el de la competencia de los Tribunales civiles, que se plantea en casi todas las sentencias de la Sala 1.^a del TS, afirmándose que una cosa es el permiso de instalación de una industria con indicación de los elementos que deben ser acoplados para evitar daños y peligros, cometido propio de la Administración, y otra bien distinta que cuando por no cumplir los requisitos ordenados o porque los elementos empleados sean deficientes o adolezcan de insuficiencia, se produce un daño en la propiedad de tercero y se sigue un conflicto, su conocimiento compete a los órganos de la jurisdicción civil (Sentencia de 12 de diciembre de 1980 y, en análogo sentido, las de 3 de diciembre de 1987, 16 de enero de 1989 y 20 de marzo de 1989); b) el de la concurrencia del requisito de la antijuridicidad, considerando nuestra jurisprudencia civil que puede concurrir el mismo, a pesar de que la instalación industrial que da lugar a la inmisión haya cumplido estrictamente los reglamentos administrativos, contando con la oportuna licencia (Sentencias de 30 de octubre de 1963, 17 de marzo de 1981, 3 de diciembre de 1987 y 16 de enero de 1989) (14); c) y el ejercicio de la acción negatoria, con la cesación de la actividad lesiva mediante el uso de los remedios que detengan su desarrollo y la adopción de las medidas de prevención que razonablemente impidan ulteriores lesiones patrimoniales (Sentencias de 12 de diciembre de 1980, 17 de marzo de 1981, 3 de diciembre de 1987 y 16 de enero de 1989). La Ley catalana de 9 de julio de 1990, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, dispone que las inmisiones sustanciales provenientes de instalaciones autorizadas administrativamente facultarán solamente al propietario vecino afectado para solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar consecuencias dañosas.

(13) Un estudio profundo de esta dirección moderna, propia de nuestra sociedad tecnificada, por los autores citados en las notas 1 y 5.

(14) Es interesante destacar que en el ámbito jurídico-penal, la sentencia de la Sala 2.^a del TS de 30 de noviembre de 1990 declara la responsabilidad penal del director de la central térmica contaminante, siendo ésta responsable civil subsidiaria, a pesar de que el recurrente alega que los índices de la emisión de dióxido de azufre y residuos sólidos a la atmósfera, estaban autorizados por sendas Ordenes del Ministerio de Industria, que actuaban como factor determinante de la ausencia de antijuridicidad.

Para el TS, aun en el caso de que la Administración decidiese tramitar normas con rango de ley o adoptar disposiciones de carácter reglamentario en las que autorizase inmisiones o vertidos en límites peligrosos o inadmisibles con arreglo a normativas internacionalmente aceptadas y de incuestionable rigor científico, estaría vulnerando el mandato del art. 45 de la Constitución por lo que la norma vendría inconstitucional.

Si aun así las consecuencias no pudieran evitarse, el propietario podrá reclamar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios sufridos (art. 3-5) (15).

El problema de la contaminación por sinergia se suscita básicamente cuando diversas instalaciones industriales originan inmisiones que se acumulan, ocasionando daños gravísimos a los particulares y al propio medio natural, de titularidad colectiva. En este caso el daño no obedece a una inmisión aislada, sino a la confluencia de varias, de índole diverso. Piénsese en la lluvia ácida, donde más agudamente se ha suscitado el problema. Jurídicamente se plantea al perjudicado la difícil cuestión de la demostración de la relación de causalidad, defendiéndose incluso la inversión de la carga de la prueba del nexo causal (el emiteente debe ser el que ha de probar que su actividad no ha provocado un determinado daño), lo cual ha sido establecido por la Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 cuando tiene lugar un daño al ambiente del que derivan perjuicios para las cosas o las personas (parágrafo 6-1).

Debido a la elevadísima cuantía de las indemnizaciones por los daños ocasionados por inmisiones industriales, especialmente cuando tiene lugar el fenómeno de la contaminación por sinergia, y a la resistencia del seguro tradicional de responsabilidad civil para cubrir el riesgo de contaminación como progresivo y duradero, aunque en algunos países industrializados operan «pools» aseguradores en este sector, se sugiere la creación de fondos de garantía, como los existentes en Holanda, Japón y Estados Unidos, o de coberturas que han de asumir obligatoriamente determinadas instalaciones industriales, solución acogida por la citada Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 (parágrafo 19). En esta línea el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por daños derivados de actividades peligrosas para el medio ambiente, firmado el 21 de julio de 1993 en Lugano por Chi-

(15) En este sentido, GARRIDO MELERO (*Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña. Comentario a la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad*, RCDI, 1992, pp. 1600 y nota 79) distingue, a tenor del art. 3-5 de la Ley catalana, al examinar las clases de inmisiones, entre las que provengan o no de instalaciones autorizadas administrativamente, señalando que cuando la inmisión en fundo ajeno proceda de una instalación en el vecino que ha sido autorizada administrativamente (cumpliendo entonces los requisitos de Derecho administrativo exigidos), se puede llegar a producir una colisión entre el Derecho privado y el público. Ya en el Derecho alemán, WOLFF (*Derecho de cosas*, III-1.º, *cit.*, p. 353) nos indica como una vez establecida una instalación industrial con licencia de la autoridad, conforme a la Ley industrial, el vecino no tiene pretensión alguna para que se suspenda la explotación, aunque produzca influencias considerables y contrarias al uso de la localidad. Sólo puede exigir que se supriman todas las molestias que quepa evitar y se instalen en su caso dispositivos de protección (por ejemplo, chimeneas más altas, sordinas). En otro orden de cosas, nos dice que la pretensión de indemnización en este caso no es de naturaleza delictual, sino basada en la pretensión de libertad de la propiedad en grado atenuado, y presupone el supuesto de hecho del parágrafo 1004.

pre, Finlandia, Grecia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo y los Países Bajos, que se refiere a la necesidad de que se establezca por cada Parte un sistema de cobertura financiera de carácter obligatorio del riesgo (art. 12) (16).

2. LA OBJETIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

De forma muy clara, el TS afirma en esta sentencia el matiz objetivo, por razón del riesgo creado, de la responsabilidad que establece el art. 1908-2.º CC «por los humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades», en cuyo precepto es incardinable la cuestión debatida.

La objetivación de la responsabilidad por inmisiones tiene un sólido apoyo en el precepto que menciona el TS, de acuerdo con el cual, basta que los humos sean excesivos y que se produzca el daño, para que surja la responsabilidad del que los ha originado. Por razones de evidente analogía (art. 4-1 CC), la responsabilidad que perfila el art. 1908-2.º CC ha de ser tenida en cuenta para todos los demás tipos de inmisiones (gases, polvos, vertidos, olores, ruidos, etcétera) que producen las instalaciones industriales hoy en día.

La objetivación apuntada va a implicar que el actor no tendrá que probar la conducta culpable del empresario propietario de la fábrica, sino tan sólo la realidad del daño y las excesivas emanaciones de gas y polvo arcilloso procedentes de aquella.

Como ya hemos apuntado, nuestro TS sigue fielmente la línea marcada por algunas importantes sentencias, que han dado lugar a una consolidada doctrina jurisprudencial (17).

Es de advertir que aunque la Sala sentenciadora no hubiese apreciado que había habido negligencia en la sociedad demandada, al no adoptar las medidas técnicas adecuadas para que los humos y residuos no causaran daños en las fincas circundantes, podría llegarse al mismo fallo condenatorio, porque a pesar de las afirmaciones del recurrente no es cierto que la teoría de la responsabilidad objetiva haya quedado trasnochada y haya sido abandonada por los juristas, sino que, al contrario, es una aspiración en la evolución del Derecho moderno que el hombre responda de todo daño, incluso del no culpable, que sobrevien-

(16) Sobre toda esta compleja problemática, CABANILLAS, La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor dr. José Luis Lacruz Berdejo*, I, Barcelona, 1992, pp. 191 y ss., y El daño ambiental, en *Revista de Derecho Ambiental*, 1994, n.º 12 (en prensa).

(17) Sobre esta doctrina jurisprudencial, CABANILLAS, La indemnización del daño producido por vertidos y agentes tóxicos, en *Jurisprudencia práctica* (Tecnos), Madrid, 1991; La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil, *cit.*, pp. 191 y ss.; La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento, *cit.*, pp. 33 y ss; El daño ambiental, *cit.* ant.

ga a consecuencia de su actuar o de las cosas que le pertenecen o están bajo su guarda, aunque haya procedido con la necesaria previsión y prudencia, hallándose en plena elaboración la delimitación de esos casos que ya se van abriendo paso en algunos Códigos progresivos — teoría de la responsabilidad sin culpa, del daño objetivo, del riesgo jurídico o de la causalidad—. En último término, y por lo que hace relación al supuesto de autos, aparece previsto y regulado por nuestro Código con un claro criterio cuando dispone en el art. 1908, que «responderán los propietarios de los daños causados por humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades», sin exigir, como en otros supuestos de daños, que éstos sobrevengan por haber construido sin las precauciones adecuadas, o por no estar las cosas en lugar seguro y adecuado, o por falta de las reparaciones necesarias; como también en los daños producidos por caída de cosas de los edificios — arts. 1908 y 1910—; lo cual no tiene nada de extraño, porque, realmente, el propietario, al hacer uso de sus cosas, debe hacerlo sin causar perjuicio a los demás, y si lo ocasiona, debe indemnizarlo (Sentencia de 14 de mayo de 1963).

En términos parecidos, se afirma que si bien nuestra legislación no ha admitido de un modo expreso el sistema de la responsabilidad objetiva, con respecto a los daños sufridos por tercero, es evidente que tanto la doctrina como la jurisprudencia en una reciente evolución viene inclinándose a reconocer la responsabilidad fundada en la mera creación de peligros para la comunidad, aun prescindiendo de la culpa del responsable. En el caso de autos, es evidente que la Sala al aceptar en lo sustancial los fundamentos de la sentencia de primera instancia estableció como afirmación de hecho que los daños se han producido y que éstos provienen o tienen por causa las emanaciones o gases nocivos desprendidos de la industria de la sociedad demandada, escape de gases o emanaciones causante de los daños originados en la propiedad de los actores, que pudo ser evitado, tomándose las precauciones que el informe pericial determina y que acepta el Tribunal de instancia, y este hecho de por sí, es determinante de culpa o negligencia generadora de la obligación de indemnizar derivada del precepto genérico del art. 1908 CC, que en su desenvolvimiento posterior, y al referirse al caso concreto de los humos excesivos a las personas o propiedad, el n.º 2 del art. 1908, aisladamente considerado, casi se identifica con la responsabilidad objetiva (Sentencia de 30 de octubre de 1963).

El ejercicio de una industria, no obstante su interés para la economía nacional, debe desenvolverse en su funcionamiento guardando el debido respeto a la propiedad ajena, ya que, según autorizada opinión, el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el sólo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que le autorice para reprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares, antes por el contrario el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los

daños.... indemnización debida prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota de objetiva (Sentencia de 12 de diciembre de 1980).

El deber de indemnizar se basa en la exigencia de justicia conmutativa de que aquel que ha defendido su interés en perjuicio del derecho de otro, aunque autorizado, ha de resarcir a quien hubo de soportar la perturbación o menoscabo de su derecho de propiedad (Sentencia de 17 de marzo de 1981).

Alguna sentencia se limita a aplicar la presunción «*iuris tantum*» de la culpa en el agente a pesar del cumplimiento de las formalidades meramente reglamentarias, una vez acreditada la realidad del menoscabo, con la inversión consiguiente del «*onus probandi*» (Sentencia de 31 de enero de 1986).

Una de las vías que utiliza nuestra jurisprudencia civil para objetivar *de facto* esta responsabilidad consiste en la rigorización de la diligencia que se exige, de tal modo que no basta el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias de índole administrativo (Sentencias de 30 de octubre de 1963, 17 de marzo de 1981, 3 de diciembre de 1987 y 16 de enero de 1989).

Pocas dudas ofrece el acierto de nuestra jurisprudencia al invocar el art. 1908-2.º CC para configurar la responsabilidad por inmisiones de la manera descrita. A falta de una norma legal que, con carácter general, discipline en nuestro CC las relaciones de vecindad, como los preceptos existentes en Alemania (parágrafo 906 BGB), Italia (art. 844 CC), Portugal (art. 1346 CC), Austria (parágrafo 364-2 CC) y Cataluña (art. 3 de la citada Ley de 9 de julio de 1990) (18), nuestro TS tiene que

(18) *Parágrafo 906 BGB*: 1. El propietario de una finca no puede prohibir la penetración de gases, vapores, olores, humo, hollín, calor, ruido, trepidaciones e inmisiones parecidas, procedentes de otra finca, siempre que la inmisión no perjudique, o lo haga sólo de modo no esencial, el aprovechamiento de una finca.

2. Lo mismo rige cuando se cause un perjuicio esencial por un aprovechamiento de la otra finca conforme al uso local y no pueda ser evitado mediante la adopción de medidas que sean exigibles económicamente a quienes tienen un aprovechamiento de esta índole. Si conforme a esto, el propietario tiene que tolerar la inmisión, entonces puede exigir del usuario de la otra finca una adecuada compensación pecuniaria, cuando la inmisión perjudique un aprovechamiento de su finca conforme al uso local o si perjudica el rendimiento de aquélla por encima de la medida tolerable.

3. Es ilícita la penetración a través de un conducto especial.

Existe, además, una Ley federal de protección contra las inmisiones (BImSchG), de 15 de marzo de 1974. Sobre estas normas, los estudios de los autores citados en nota 1, con completísima información bibliográfica y jurisprudencial.

Art. 844 CC italiano: Inmisiones. El propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, vapores, ruidos, trepidaciones y otras propagaciones semejantes procedentes del fundo vecino, siempre que no superen la normal tolerancia, teniendo en cuenta además las condiciones de los lugares.

apoyarse fundamentalmente en el art. 1908-2.^o en conexión con el art. 590 CC (también tiene en cuenta el art. 7-2 CC), que se inspira en los remotos preceptos de la *Lex Aquilia de damno dato*, a fin de hacer responder civilmente a quien inmita humos excesivos —*Licet immittere fumum non gravem*, decía Pomponio en texto recogido en D. 8,5,8,6—. En este texto Pomponio admite como tolerables todas aquellas inmisiones que derivan de un uso normal del fundo, como es el humo poco

En la aplicación de esta norma, la autoridad judicial debe conciliar las exigencias de la producción con las razones de la propiedad. Puede tener en cuenta la propiedad de un determinado uso.

Sobre esta norma, los estudios de los autores mencionados en la nota 5, con exhaustiva información bibliográfica y jurisprudencial.

Art. 1346 CC portugués: El propietario de un inmueble puede oponerse a la emisión de humo, hollín, vapores, olores, calor o ruidos, así como a la producción de trepidaciones y a cualesquiera otros hechos semejantes, procedentes del predio vecino, siempre que tales hechos impliquen un perjuicio sustancial para el uso del inmueble o no resulten de la utilización normal del predio del que emanan.

Sobre esta norma, FERNANDES RODRIGUES BASTOS, *Código civil portugués*, anotado e actualizado, 6.^a ed., Coimbra, 1982.

Parágrafo 364-2 CC austriaco: El propietario de un inmueble puede prohibir al vecino las inmisiones de aguas residuales, humo, gases, calores, olor, ruido, trepidación y otras análogas procedentes de su fundo cuando sobrepasen el aprovechamiento del inmueble conforme a su situación. En cualquier circunstancia, es ilícita una penetración directa sin un especial título jurídico.

Sobre esta norma, KOZIOL y WELSER, *Grundriß des bürgerlichen Rechts*, II, Wien, 1982, pp. 34 y ss., con amplia información doctrinal.

Art. 3 de la Ley catalana de 9 de julio de 1990: 1. Las inmisiones producidas por actos ilegítimos del vecino que causen daños al inmueble que darán prohibidas y generarán responsabilidad por el daño causado. El propietario del inmueble afectado por una inmisión dolosa o culposa tendrá acción negatoria para hacerla cesar y derecho a recibir la indemnización correspondiente por los daños causados.

2. Todo propietario deberá tolerar las inmisiones que provengan de una finca vecina, si éstas son inocuas o si causan perjuicios no sustanciales.

3. Igualmente, tolerará las inmisiones que produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia del uso normal del predio vecino, según la costumbre local, y si la cesación comporta un costo económicamente desproporcionado. Asimismo podrá adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo del propietario vecino.

4. En dicho caso el propietario afectado tendrá derecho a la indemnización por los daños producidos en el pasado y a una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los que se produzcan en el futuro si estas inmisiones afectan exageradamente al producto del predio o al uso normal del mismo, según la costumbre local.

5. Las inmisiones sustanciales provenientes de instalaciones autorizadas administrativamente facultarán solamente al propietario vecino afectado para solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar consecuencias dañosas. Si aun así las consecuencias no pudieran evitarse, el propietario podrá reclamar la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios sufridos.

6. Ningún propietario estará obligado a tolerar inmisiones dirigidas especialmente o artificialmente contra su propiedad.

Sobre esta norma, GARRIDO MELERO, *Reflexiones sobre las relaciones de vecindad en Cataluña*, cit., pp. 1597 y ss., y PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *Instituciones del dret civil de Catalunya*, I, cit., pp. 297 y ss.

espeso procedente del fogón, encender la lumbre del hogar, lavarse o sentarse. Como destaca Alonso Pérez (19) en su fundamental estudio sobre las relaciones de vecindad, la mayor importancia de este pasaje radica en que en el mismo se contiene el germen de toda la materia de las limitaciones del dominio por razón de vecindad, y con apoyo en dicho pasaje se ha construido en buena medida la doctrina de la tolerancia de aquellas inmisiones derivadas del uso normal de la propiedad, en cuanto consecuencias del goce adecuado y ordinario del fundo de conformidad con su naturaleza.

Del texto del art. 1908-2.º (humos excesivos) y de los antecedentes históricos que explican su espíritu, a los que nos hemos referido, se infiere nítidamente la prohibición de las inmisiones que excedan el uso ordinario de la propiedad. En todo caso, el propietario o quien ostente la posesión del inmueble no podrá ejercitar actos que generen inmisiones perturbadoras por encima de la tolerancia normal, teniendo en cuenta el uso del lugar y las reglas de la equidad. Expresiones como «uso normal de la propiedad» o «tolerancia ordinaria», no son conceptos dogmáticos, sino históricos: hay que tolerar las incomodidades ordinarias producidas por la vida común de las personas en un determinado ambiente y lugar (20).

En el mismo sentido que la jurisprudencia se pronuncia nuestra doctrina, que comparte, con toda coherencia, la tendencia objetivadora que se advierte en aquélla, por motivos semejantes (21).

En los supuestos de humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades, la responsabilidad se objetiviza y se establece por la excesividad y carácter nocivo (22).

(19) ALONSO PÉREZ. *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 388, nota 69.

(20) ALONSO PÉREZ. *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 394, nota 78.

(21) ALBALADEJO. *Derecho civil*, II-2.º, Barcelona, 1989, p. 552; AMAT, La regulación de las inmisiones en el CC, cit., p. 96; AUGER, Problemática de la responsabilidad civil en materia ambiental, cit., pp. 118-119; CABANILLAS, La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil, cit., pp. 202 y ss., y La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento, cit., pp. 37 y ss.; El daño ambiental, cit. ant.; CAVANILLAS MUGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, 1987, p. 143; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1993, p. 634; GARCÍA VALLÉS, *Contaminación y responsabilidad sin culpa*, RJC, 1977, n.º 2, pp. 203 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, Barcelona, 1985, p. 586, y *Elementos de Derecho civil*, III-1.º, Barcelona, 1979 p. 210; MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, I, Madrid, 1991, pp. 169-170; MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, 1991, p. 242; ROGEL, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1977, pp. 183 y ss.; SANTOS BRIZ, *Comentarios...* XXIV, cit., p. 636.

(22) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 634.

Lo que determina la responsabilidad es lo intolerable de la inmisión y no la culpa (23).

Se conecta por bastantes autores la objetivación de la responsabilidad configurada por el art. 1908-2.º CC con la tutela jurídica-privada del ambiente (o del medio ambiente).

El art. 1908, interpretado extensamente como efectúa la doctrina y la jurisprudencia, puede servir incluso para fijar la responsabilidad por los daños causados al medio ambiente (24).

La vía de la objetivación progresiva hace de esta forma que los daños medioambientales sean soportados por aquéllos que ejercen una actividad productiva y no por el patrimonio de un particular o por la colectividad en general (25).

La evolución hacia la exigencia de la responsabilidad objetiva resulta mucho más acorde con la realidad actual que exige una protección efectiva del medio ambiente (26).

La responsabilidad objetiva tiene pleno asiento en el Derecho ambiental como consecuencia de la efectividad del principio «contaminante pagador (27) que tiene rango constitucional en el ordenamiento europeo y que trasciende al Derecho privado. La introducción del riesgo en la civilización industrial actual, hace que se presione sensiblemente hacia la responsabilización de quienes crean este tipo de situaciones en su propio interés (28).

La solución acogida por nuestra jurisprudencia y doctrina no difiere sustancialmente de la adoptada por la francesa, que se encuentra con el problema de no contar, ni siquiera, con un texto legal semejante al del art. 1908-2.º CC español.

Los Tribunales franceses establecen el carácter objetivo de la responsabilidad por *troubles de voisinage*, apoyando sus decisiones en el simple hecho de causar un daño, con independencia de la culpabilidad, siempre que se sobrepase la medida ordinaria de los inconvenientes de la vecindad. Fue la sentencia del Tribunal de Casación de 27 de noviembre de 1944, considerada como el *leading case* en la materia (29), la que enuncia por primera vez explícitamente el principio según el cual sólo un *préjudice qui excède la mesure des obligations ordinaires du voisinage* puede ser resarcido. En el caso decidido el

(23) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, *cit.*, p. 586, y *Elementos de Derecho civil*, III-1.º, *cit.*, p. 210.

(24) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-2, *cit.*, p. 552.

(25) MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente...* *cit.*, p. 242.

(26) AMAT, La regulación de las inmisiones en el CC, *cit.*, p. 96.

(27) CONDE-PUMPIDO, La responsabilidad civil por daños al medio ambiente, *cit.*, p. 15; MARTÍN MATEO, *Derecho ambiental*, I, *cit.*, pp. 169-170.

(28) MARTÍN MATEO, *Derecho ambiental*, I, *cit.*, pp. 169-170.

(29) VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato*, *cit.*, p. 703.

propietario de un sanatorio demandó el resarcimiento de los daños consistentes en las inmisiones de humo y ruidos que procedían de una mina cercana.

En esta dirección se han pronunciado numerosas sentencias del Tribunal de Casación, pudiendo decirse con seguridad que la Jurisprudencia francesa que fundamenta la responsabilidad por *troubles de voisinage* sobre la simple comprobación de la gravedad del perjuicio está ya consolidada (Sentencias de 23 de marzo de 1982, 5 de octubre de 1988 y 24 de octubre de 1990, entre otras muchas). Es muy ilustrativa en esta línea la sentencia del Tribunal de Casación de 3 de enero de 1969, que afirma que cuando el propietario comete una *inmissio*, propagando al vecino humos, olores, ruidos, ondas, etc., no se exige la intención de dañar, ni incurrir en imprudencia. Basta que el daño causado *ait dépassé la mesure ordinaire des obligations du voisinage*. Los esposos Retail tenían que soportar los ruidos procedentes del apartamento situado sobre el suyo, que ocupaba su propietario Roche, y que se producían por el simple caminar, desplazamiento o caída de objetos en el suelo, funcionamiento del aspirador.., pues el Tribunal denegó la pretensión de los esposos Retail en base a que Roche hacía un uso normal de su vivienda y objetos, pero, sobre todo, porque el uso de su apartamento *n'avait pas eu pour effet de créer, pour Retail, des troubles dépassant les inconvénients normaux du voisinage*. No procede, en consecuencia, la indemnización ex art. 1382 CC por responsabilidad civil.

A pesar de que el daño provenga de una instalación industrial que cumpla todas las exigencias técnicas, habrá de ser reparado, desde el momento que su actividad causa una molestia excesiva a los vecinos. El Tribunal de Casación afirma en la sentencia de 24 de octubre de 1990 que importa poco que el fuego de leña en la chimenea de una pizzería no esté prohibido, si la emisión de hollín y olores sobrepasa los inconvenientes normales de la vecindad (*excède les inconvénients normaux de voisinage*).

La fórmula descrita reviste una importancia excepcional en la medida en que plasma una concepción objetiva, si así puede decirse, de la culpa. En efecto, la aplicación del art. 1382 CC podría haber determinado que el autor de los *troubles* sólo pudiera ser considerado responsable si el daño fuese imputable a su negligencia. Pero la jurisprudencia francesa supera este *empasse* afirmando que la culpa en los conflictos de vecindad consiste en el hecho de haber superado la *mésure des inconvénients ordinaires du voisinage* o, con otras palabras, que el ejercicio del derecho de propiedad *prend le caractère d'une faute des l'instant où il porte une atteinte grave et sérieux aux droits du voisin* (palabras que figuran ya en una sentencia del Tribunal de Casación de 3 de diciembre de 1860).

Esta concepción de la culpa no aparece, sin embargo, explicitada y los Tribunales se limitan a no exigir la prueba de la negligencia en el autor de las *troubles*, cuando el perjuicio excede la normal tolerancia.

A finales del siglo XIX los juristas franceses adquieren plena conciencia de la necesidad de no requerir, para la responsabilidad en cuestión, la demostración de la negligencia y, en general, de la falta de precauciones (30).

A falta de un texto apropiado, la jurisprudencia francesa fundamenta esta doctrina en el art. 1382 CC (análogo al art. 1902 de nuestro CC) y afirma paradójicamente que la ausencia de culpa no obstaculiza el derecho a la reparación del daño sufrido por la víctima. Un sector doctrinal, para evitar esta pretendida incoherencia, preconiza el recurso al texto relativo a la responsabilidad por el hecho de las cosas, que no exige culpa (art. 1384 CC) (DEJEAN DE LA BATIE) (31). Sin embargo, si esta vía ha sido seguida alguna vez, el Tribunal de Casación decide hoy en día que el art. 1384 es ajeno al resarcimiento de las *troubles de voisinage* (Sentencia de 20 de junio de 1990) (32).

La objetivación de la responsabilidad por inmisiones aparece también en el sistema anglosajón de la *nuisance*, aunque hay que subrayar la ambigüedad de este término, hasta el punto de que Prosser afirma *there is perhaps no more impenetrable jungle in the entire law than*

(30) VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato*, cit., pp. 703-704.

(31) VISINTINI (*Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato*, cit., p. 689, nota 28) pone de relieve como, desde hace muchos años, algunos autores han tratado de justificar la aplicación del art. 1384 CC, señalando el incumplimiento de la obligación de custodia del inmueble y de todos los otros bienes que son utilizados en la actividad industrial de la que derivan las inmisiones nocivas, obligación que incumbe al que ejerce tal actividad (BESSON, *La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses*, París, 1927, p. 77). En sentido favorable a la aplicación del art. 1384 por inmisiones de humo, polvo y las procedentes de instrumentos industriales ya DEMOGUE.

En esta explicación está presente la idea del riesgo, como criterio de responsabilidad y no la de la culpa (VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato*, cit., pp. 691-692; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, pp. 169 y ss.).

(32) Cfr. STARCK-ROLAND y BOYER. *Obligations*, 1. *Responsabilité délictuelle*, París, 1991, pp. 173 y ss.; CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, París, 1991, pp. 352 y ss.; TERRE y SIMLER, *Droit civil. Les biens*, París, 1992, pp. 197 y ss.

Una exposición de algunas de las más importantes sentencias del Tribunal de Casación sobre las *troubles de voisinage* por ECKERT y FOUQUES-DUPARC, *La responsabilité du fait personnel*, en *La responsabilité délictuelle dans la jurisprudence*, bajo la dirección de RODIERE, París, 1978, pp. 43 y ss.

Un análisis detenido de la jurisprudencia francesa por VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato*, cit., pp. 702 y ss.

that which surrounds the word nuisance (33). El término deriva del latín *nocentia* (34), no siendo sencillo precisar con rigor su auténtico significado, pues la *nuisance* —se dice— se aplica más que se define.

La característica propia de la *private nuisance*, que la distingue de los otros tipos de *nuisance* (la *public* y la *statutory*), radica en la imposición de responsabilidad como resultado de un acto u omisión por cuya virtud una persona es molestada, perjudicada o perturbada en el goce de una finca. La perturbación puede adoptar la forma de un daño físico a la finca o, más usualmente, la molestia a su poseedor. Situaciones típicas que dan lugar a la responsabilidad por *private nuisance* son aquellas que implican incursiones de agua, humo, olores, gases, ruidos, calor, vibraciones, electricidad, animales y vegetación. Cualquier intromisión injusta que afecta al uso y goce de una finca se incluye dentro de la rúbrica de la *private nuisance*. *Nuisance* es realmente un aspecto de *tortious liability* más que un simple tipo de *tortious conduct*: el rasgo que da unidad es el interés invadido —relativo al uso y goce de una finca— (35). Así, una definición citada a menudo es la siguiente: la *private nuisance* consiste en una intromisión durante un largo período de tiempo en el uso o goce de la propiedad vecina. En los casos más antiguos se dice que la base de la *law of nuisance* es la máxima *sic utere tuo ut alienum non laedas*: no se debe hacer un uso de la propiedad tan irracional (*unreasonably*) e innecesario (*unnecessarily*) que cause inconvenientes al vecino (36).

La *private nuisance* —*civil wrong, based on a disturbance of rights in Land*— se identifica en gran medida con las reglas relativas a las relaciones de vecindad (37), porque se refiere a todas aquellas actividades que causan una molestia no razonable a los vecinos, ponderando los Tribunales los intereses en pugna, y sin perder de vista que el Derecho no atiende a la intención, sino a los hechos que se traducen al exterior (*the Law will judge a man by what he does, not by the reasons for which he does it*) (38).

(33) Cfr.; ROGERS, *The Law of Torts*, London, 1989, p. 118.

(34) SALMOND y HEUSTON, *On the Law of Torts*, 19.^a ed., por HEUSTON y BUCKLEY, London, 1987, p. 60, nota 8.

(35) «... *nuisance is one of those areas of the law where the Courts have long been engaged in the application of certain basic legal concepts to a neverending variety of circumstances; and that will continue to be so, for by its very nature the law of nuisance is intimately involved with we all live* (Bank of New Zealand v. Greenwood, 1984).

(36) SALMOND y HEUSTON, *On the Law of Torts*, cit., p. 59.

(37) ALONSO PÉREZ (*Las relaciones de vecindad*, cit., pp. 378-379) puntualiza que el sistema francés, con su represión de los «daños que sobrepasan los inconvenientes normales de vecindad», con su prohibición de las inmisiones nocivas para la propiedad vecina y el restablecimiento del equilibrio perdido entre las propiedades contiguas, muestra una semejanza con el sistema angloamericano de las *nuisances*.

(38) SALMOND. *On Jurisprudence*, 12.^a ed., por FITZGERALD, London, 1966, p. 92.

Frente a la *private nuisance*, cabe una acción indemnizatoria por el daño causado y la reducción o eliminación de la *nuisance* (39).

En el marco de la *private nuisance*, el caso *Rylands v. Fletcher* (1866) alude a un tipo de *nuisance* donde se admite la responsabilidad por un escape aislado (*isolated escaped*) sin una preexistente culpa por parte del demandado (40).

Existe un principio de *common law* firmemente asentado, relacionado con la *nuisance*, que prevé la *strict liability* cuando concurren determinadas circunstancias que envuelven especial peligro. Esta doctrina, conocida con *the rule in Rylands v. Fletcher*, es uno de los mejores ejemplos de *strict liability*.

En el caso *Rylands v. Fletcher* se establece la *strict liability*, es decir, la responsabilidad sin necesidad de que concurra culpa del demandado. En *Rylands v. Fletcher* los dos demandados construyeron un depósito en su finca para suministrar agua a su molino, pero en el lugar elegido a tal fin existía un pozo abandonado de una vieja mina de carbón, cuyas galerías comunicaban con la vecina mina del demandante. A causa de la negligencia de los constructores o ingenieros que realizaron el trabajo (y que no eran empleados de los demandados), este hecho no fue descubierto y por ello no se adoptaron las medidas oportunas para prevenir el peligro. Cuando el depósito estuvo lleno, el agua se fugó hacia la profundidad del pozo, y pasó a la mina del demandante, la cual se inundó, originando un daño valorado en 937 libras (41).

La *rule* que se desprende de este caso puede ser formulada de la siguiente manera: el poseedor de una finca que introduce y guarda en ella alguna cosa susceptible de producir un daño si se escapa, está obligado por su peligro a prevenir su fuga, y responderá de todas las consecuencias directas que deriven de la misma, incluso si no ha sido culpable por negligencia (42).

El fundamento de la responsabilidad se encuentra en la acumulación artificial de cosas (43). En efecto, cuando tiene lugar en la propia finca una acumulación no natural de cosas que si escapan a su contención pueden causar daños, el dueño responde, con independencia de la diligencia empleada para impedir su fuga.

(39) Sobre el significado de la *private nuisance*, con completa información, BUCKLEY, *The Law of Nuisance*, London, 1981; ROGERS, *The Law of Torts*, cit., pp. 118 y ss.; SALMOND y HEUSTON, *On the Law of Torts*, cit., pp. 59 y ss.; YALE, en CLERK y LINDSELL, *On Torts*, 16.^a ed., London, 1989, pp. 1354 y ss.

(40) ROGERS, *The Law of Torts*, cit., p. 119.

(41) Sobre este famoso caso, FLEMING, *The Law of Torts*, Sidney, 1987, pp. 308 y ss.; SALMOND y HEUSTON, *On the Law of Torts*, cit., pp. 355 y ss.; WINFIELD y JOLOWITZ, *On Tort*, 12.^a ed., por ROGERS, London, 1984, pp. 426 y ss.; YALE, en CLERK y LINDSELL, *On Torts*, cit., pp. 1421 y ss.

(42) SALMOND y HEUSTON, *On the Law of Torts*, cit., p. 355.

(43) SALMOND y HEUSTON, *On the Law of Torts*, cit., p. 357.

En relación con el futuro de la *rule de Rylands v. Fletcher*, se señala que esta *rule* ha sido interpretada de manera estricta por los Tribunales (especialmente, *Reed v. Lyons*, 1947) y ha sido poco aplicada en la práctica más allá del contexto, en gran parte influido por la *law of nuisance*, en el que primero se desarrolló. Hoy en día, sin embargo, la extensión de la *strict liability*, para abarcar, sobre una base menos restrictiva, cosas y actividades que implican especial peligro (un riesgo de accidente mayor que el ordinario o un riesgo de daños mayor que el ordinario si el accidente se produce), sería considerada por muchos sumamente conveniente. En este sentido la Comisión Pearson, que considera que debería existir una normativa de *strict liability* con poder para añadir por medio de un instrumento legal nuevas cosas o procesos a la lista (44).

Refiriéndose al sistema jurisprudencial francés sobre la responsabilidad por *trouble de voisinage*, Alonso Pérez (45) formula un juicio que, a nuestro juicio, es perfectamente aplicable al que adopta nuestra jurisprudencia civil, puesto que coinciden al objetivar la responsabilidad por los daños que sobrepasan los inconvenientes normales de vecindad: el sistema jurisprudencial francés tiene una coherencia lógica y económica, basada en el principio de que el empresario asuma los daños causados por inmisiones, absorbidos como costes industriales o por el seguro, e incentivando a menudo la disposición de instrumentos idóneos para reducir la nocividad (46).

La apuntada objetivación de la responsabilidad ha sobrepasado incluso el ámbito de las relaciones de vecindad, en que se enmarcan los arts. 590 y 1908-2.º CC, para llegar a afirmarse cuando tiene lugar un daño al ambiente en cuanto tal (47).

El Derecho europeo configura claramente un sistema de responsabilidad objetiva o por riesgo.

(44) SALMOND y HEUSTON, *On the Law of Torts*, cit., p. 359.

(45) ALONSO PÉREZ. *Las relaciones de vecindad*, cit., p. 382.

(46) Como ya hemos puesto de relieve CABANILLAS, La responsabilidad por daños ambientales según la jurisprudencia civil, cit., p. 205), la responsabilidad objetiva fomenta que los empresarios pongan los medios idóneos para evitar o, al menos reducir, las inmisiones nocivas, especialmente cuando el coste de hacerlo es inferior al coste de indemnizar.

(47) No resulta nada sencillo establecer con rigor el significado del ambiente (o medio ambiente), ya que, como se afirma repetidamente, el ambiente resulta ser un bien indefinido, complejo e integrado por numerosos factores. El término ambiente se corresponde con la palabra inglesa «environment», la francesa «environnement» y la alemana «Umwelt». Se refiere básicamente al entorno, y por ello puede concebirse el ambiente como el conjunto de elementos naturales que determinan las características de un lugar, tales como el aire, el agua, el suelo, la vegetación o flora, el paisaje y también otras que pueden contribuir al goce o disfrute de los bienes de la naturaleza, como pueden ser el silencio y la tranquilidad (vid. CABANILLAS, La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento, cit., pp. 7 y ss., con amplia información doctrinal, y MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, I, cit., pp. 80 y ss.).

El Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil por daños derivados de actividades peligrosas para el medio ambiente establece, entre otras normas, un régimen de responsabilidad objetiva basado en la creación de un riesgo.

En el preámbulo del Convenio se contempla la conveniencia de establecer la responsabilidad objetiva en este ámbito, de acuerdo con el principio «Polluter Pays».

Tras definir cuáles son las actividades peligrosas, incluyendo fundamentalmente las que implican un riesgo para el hombre, el medio ambiente o la propiedad (art. 2), se establece la responsabilidad de los que las llevan a cabo por los daños causados (arts. 5 y ss.), con determinadas excepciones: el operador no será responsable del daño si prueba que fue causado por un acto de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o por un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible, o por cualquiera de las restantes circunstancias señaladas en el art. 8. Además, si la persona que sufre el daño ha contribuido, por su propia culpa, a que éste se produzca, la compensación puede ser reducida o rechazada teniendo en cuenta las circunstancias (art. 9).

La Propuesta de Directiva de la CEE, de 1 de septiembre de 1989, sobre responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al medio ambiente por los residuos (48), establece que el productor de los residuos será civilmente responsable de los daños y perjuicios causados al medio ambiente por dichos residuos, independientemente de que exista o no culpa por su parte (art. 3). No obstante, el productor no será responsable si demuestra que el daño o los perjuicios causados al medio ambiente se deben a un caso de fuerza mayor, con arreglo al Derecho comunitario. El simple hecho de disponer de una autorización de los poderes públicos no eximirá al productor de responsabilidad (art. 6).

A nivel de Derecho interno, la responsabilidad por daño al ambiente es configurada, de forma bastante diferente, en Alemania e Italia.

La Ley alemana de 10 de diciembre de 1990 sobre responsabilidad por daños al medio ambiente objetiviza la responsabilidad de determinadas instalaciones que por inmisiones nocivas al ambiente causan la muerte de una persona, perjuicios a su cuerpo o a su salud o dañan una cosa. Como regla general, el titular de la instalación está obligado a indemnizar al perjudicado los daños causados, salvo cuando hubieran sido ocasionados por fuerza mayor (parágrafos 1 y 4) (49).

(48) DOCE, 4 de octubre de 1989. También en *Actualidad Civil. Legislación*, 1989, n.º 10, pp. 586 y ss.

(49) LANDSBERG y LÜLLING, *Unwelthafungsrecht*, Köln, 1991, pp. 23 y ss., 115 y ss.

La Ley italiana de 8 de julio de 1986 dispone que cualquier hecho doloso o culposo que implique violación de las disposiciones legales o de las resoluciones adoptadas con fundamento en la ley, que comprometa el ambiente dañándolo, alterándolo o destruyéndolo en todo o en parte, obliga a su autor al resarcimiento respecto al Estado (art. 18-1).

El legislador italiano restringe en buena medida la operatividad de la responsabilidad por daño al ambiente, pues la misma se hace depender de un hecho doloso o culposo que implique la vulneración de disposiciones legales o de resoluciones adoptadas con fundamento en la ley. La opción del legislador italiano difiere de la mayoritariamente defendida por la doctrina italiana, no faltando autores que dudan de la eficacia del art. 18-1 para proteger el ambiente (50) e incluso de su contitucionalidad (51) o de su armonía con los principios del Derecho comunitario (52). Se considera que la objetivación de la responsabili-

(50) Según RODOTÀ (Relazione introduttiva, en *Il danno ambientale con riferimento a la responsabilità civile*, bajo la dirección de PERLINGIERI, Napoli, 1991, pp. 16-17), con la referencia a «cualquier hecho doloso o culposo» y la sucesiva referencia a la violación de las leyes, el legislador ha circunscrito fuertemente el ámbito en el cual puede ser obtenido el resarcimiento. Se puede cuestionar si el art. 18 es efectivamente una norma de tutela del bien ambiental, o más bien, una norma de legitimación, en alguna medida al menos, de una serie de actividades destructivas del ambiente. En atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puede hipotizarse sobre la inconstitucionalidad de los límites impuestos a las asociaciones.

(51) LIBERTINI (La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente, en *Il danno ambientale con riferimento a la responsabilità civile*, cit., p. 58) se refiere a la parcial inconstitucionalidad del art. 18 en todos aquellos aspectos que evidencian una disparidad de tratamiento entre el resarcimiento de los daños ambientales y el de los otros daños injustos: los bienes ambientales son menos tutelados, por lo que respecta a los remedios de reparación civil del daño, que otros bienes, incluso privados de relevancia constitucional. Lo dicho vale por la exclusión de la regla de responsabilidad objetiva, por el principio de tipicidad del ilícito ambiental, por el defecto de legitimación para actuar de los entes públicos instrumentales (o de eventuales sujetos privados) encargados del cuidado del bien ambiental lesionado, por la parciariedad de la obligación de resarcimiento. Otro aspecto de la inconstitucionalidad se refiere al tratamiento de las asociaciones.

(52) TRIMARCHI (Danno ambientale e diritto comunitario, en *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, cit., pp. 159 y ss.) alude al principio comunitario de que «el que contamina paga», destinado a cumplir esencialmente una función preventiva. La principal función de la normativa sobre responsabilidad por daño al ambiente es la preventiva. La función de *deterrence* ha de guiar al legislador comunitario y al nacional sobre la técnica, los instrumentos y el modo de configurar la responsabilidad.

Desde esta perspectiva TRIMARCHI plantea el problema de la congruencia del art. 18 de la Ley italiana con los principios de Derecho comunitario sobre el daño ambiental.

Este autor critica el sistema subjetivo adoptado por el art. 18 al proceder a la tipificación del ilícito ambiental. El legislador italiano, ante el temor de introducir una normativa que multiplicase los ilícitos ambientales a resarcir e imponer cargas excesivas a los potenciales contaminadores, ha optado por un sistema de responsabilidad fundado en la culpa. No se ha dado cuenta que de esta manera se corre el riesgo inverso, el de dejar impunes las lesiones al ambiente, y, sobre todo, no actuar la función de

dad por daño ambiental es esencial para la eficacia del sistema de tutela del ambiente (53). Se trata de un aspecto criticable de la ley, contrario a la tendencia de los ordenamientos contemporáneos y al principio comunitario de que «el que contamina ha de pagar» (54).

En la reunión mundial de asociaciones de Derecho ambiental que tuvo lugar en Limoges (15 de noviembre de 1990) se hicieron doce recomendaciones, figurando en séptimo lugar la relativa a la responsabilidad sin culpa por daños ecológicos: el principio de la responsabilidad objetiva por daños ecológicos debe ser afirmado por todos los textos nacionales e internacionales como un principio general, salvo lo que concierne a la responsabilidad penal.

Este principio no debe sólo aplicarse a las actividades peligrosas. Debe aplicarse en todos los supuestos de daños ecológicos. El contaminador no debe poder exonerarse más que en el supuesto de que pruebe la autoría de un tercero, o en caso de fuerza mayor (55).

3. RESPONSABILIDAD PROPIA Y DIRECTA DEL PROPIETARIO O EMPRESARIO. INEXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO

En la sentencia que comentamos, el TS pone de relieve que la responsabilidad por inmisiones industriales, además de tener un claro matiz objetivo, por razón del riesgo creado, frente al tercero perjudicado es, en todo caso, como establece el art. 1908-2.º CC, una responsabilidad propia y directa del propietario o empresario que explota la fábrica

deterrence. Para evitar este resultado es preciso sostener que, desde la perspectiva comunitaria, el art. 18 no es la única disposición del sistema en virtud de la cual pueda ser resarcido el daño por ilícito ambiental, siendo aplicables todas las demás previsiones (arts. 2043 y ss. del CC y, en concreto, el art. 2050) que son útiles para sancionar tal ilícito sobre la base de los criterios de responsabilidad objetiva. Para cumplir la función preventiva, hubiera sido oportuno, siguiendo la orientación existente en otros ordenamientos, que se atribuyera a cada ciudadano el derecho a entablar la acción de resarcimiento del daño al ambiente.

(53) BRIGANTI, *Danno ambientale e responsabilità oggettiva*, en *Danno ambientale e tutela jurídica*, bajo la dirección de CESARO. Padova, 1987, p. 79.

(54) Para SICA (Responsabilità per danno ambientale e crisi dell'illicito civile: l'art. 18 della legge n. 349 de 1986, en *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, cit., pp. 307 y ss.), la subordinación de la obligación de resarcimiento a la violación de disposiciones legales o de resoluciones adoptadas con fundamento en la ley configura una forma bastante discutible de tipicidad del ilícito. La tendencia legislativa es privilegiar la responsabilidad sin culpa. En este sentido es discutible y suscita una *perplejidad notable* la referencia en el supuesto de hecho a una responsabilidad rigurosamente subjetiva. Años de jurisprudencia sobre el daño por contaminación ambiental han demostrado que la responsabilidad objetiva, inspirada en el riesgo de empresa, es el tipo de responsabilidad más idóneo para lograr el fin de salvaguardia.

SALVI, *Prolifi di tutela civile dei beni ambientali*, en *La tutela dei beni ambientali. Verso quale riforma?*, Padova, 1988, p. 61.

(55) Cfr., *Revista de Derecho Ambiental*, 1992, n.º 8, pp. 113 y ss.

y de cuyo funcionamiento se beneficia («ubi emolumentum, ibi onus»), lo que no impide, obviamente, que si hubieran concurrido defectos de diseño o de dirección en la construcción e instalaciones de la mencionada fábrica, pueda el empresario repetir contra el técnico correspondiente, pero en modo alguno hacer surgir, frente al tercero perjudicado, litisconsorcio pasivo necesario.

No cabe duda que la responsabilidad del empresario propietario frente al tercero perjudicado es propia y directa: igualmente responderán los propietarios por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades, afirma textualmente el art. 1908-2.º CC.

Con buen criterio, el TS se refiere al propietario o empresario que explota la fábrica, a pesar de que el art. 1968-2.º sólo menciona a los propietarios. Nuestra doctrina, de manera unánime, interpreta en sentido amplio el término «propietarios» que figura en este precepto (56). Como dicen Díez-Picazo y Gullón (57), la responsabilidad atañe según el Código al «propietario», aunque de acuerdo con el destino y la naturaleza de las cosas nocivas más parece que se trate de un empresario en el ejercicio de una empresa (58).

El problema que se plantea en la sentencia radica en que el tercero perjudicado (la parte actora) no ha llamado a juicio al ingeniero que diseñó y dirigió la construcción e instalaciones de la fábrica de azulejos cuyo funcionamiento ha sido la causa de los daños irrogados a las fincas agrícolas contiguas, propiedad del actor.

Para la parte recurrente existe por tal motivo infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario, ya que la demanda sólo se ha dirigido contra el propietario de la fábrica emisora de los gases y polvo excesivo que causaron el daño, no teniendo en cuenta el texto del art. 1909 CC, a cuyo tenor, si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podía repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal.

En definitiva, el recurrente estima que el tercero perjudicado tenía que haber demandado también al ingeniero que diseñó y dirigió la construcción e instalaciones de la fábrica de azulejos cuyo funcionamiento ha sido la causa de los daños irrogados a las fincas agrícolas contiguas, propiedad del actor.

El argumento esgrimido por la parte recurrente es rebatido por el TS, a pesar de que hubieran podido concurrir defectos de diseño o de

(56) DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil, cit.*, p. 575, y *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia, II, cit.*, p. 2046; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, II, cit.*, p. 634; ROGEL, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español, cit.*, p. 189.

(57) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, II, cit.*, p. 634.

(58) En el mismo sentido DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil, cit.*, p. 575, y *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia, II, cit.*, p. 2046.

dirección en la construcción e instalaciones de la mencionada fábrica, que determinaran su deficiente funcionamiento, con las excesivas emanaciones de gas, y polvo arcilloso.

Para el TS, el art. 1909 CC concede al tercero perjudicado (por los hechos que enumera el 1908) la facultad («podrá», dice el artículo) de dirigir también su acción contra el técnico (aunque el poco afortunado precepto solo habla de arquitecto) correspondiente, pero no le impone la obligación de hacerlo, con lo que la relación jurídico-procesal queda adecuadamente constituida si solamente demanda (como aquí ha ocurrido) al propietario que explota y se beneficia de la fábrica emisora de los gases y polvo excesivo y causantes del daño. Además, al no haberse probado en el proceso cuál sea la causa determinante de esa excesiva y perjudicial emisión de gases y polvo de la fábrica, la responsabilidad del empresario dueño de la misma y, en su caso, la del técnico que dirigió su instalación, siempre sería de carácter solidario frente al tercero perjudicado, por lo que éste, en base a dicha solidaridad, puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos, sin perjuicio de la acción de repetición que a dicho propietario pueda corresponder contra el mencionado técnico.

Un caso bastante parecido al de la sentencia que comentamos, es el de la sentencia del TS de 23 de junio de 1913, que afirma que la obligación señalada en el art. 1902 CC de reparar el daño causado a otro por acción u omisión interviniendo culpa o negligencia, alcanza, según tiene ya declarado este Tribunal, al dueño de una cosa, que por omitir los medios conducentes a la desaparición o corrección de los vicios o defectos de que adolezca o el empleo de los procedimientos adecuados para evitar sus consecuencias, da lugar a que se produzcan dichos daños, sin que pueda excusarle de tal obligación la circunstancia de que al adquirir dicha cosa por título universal o particular, se hallase en igual estado, y se produjeran los mismos resultados, y como la Sala sentenciadora declara que los daños existentes en la casa de la recurrente son originados por los humos excesivos del carbón mineral que los recurridos, propietarios de la casa contigua, emplean para el funcionamiento de los hornos de cocer pan instalados en ella, es indudable el deber en que se encuentran de indemnizar dichos daños, así como el de adoptar las disposiciones necesarias para evitar que continúen produciéndose, ya reformando los repetidos hornos o sus chimeneas, ya poniendo en práctica otras medidas conducentes al mismo fin, por lo que al ordenarlo así dicha Sala no ha infringido los preceptos legales ni incurrido en los errores que se le atribuyen en los cuatro primeros motivos del recurso.

En el motivo cuarto los recurrentes, propietarios de los hornos de cocer pan que causan los daños a la casa contigua por los humos excesivos, alegan que la Sala infringe, interpretándolo erróneamente, el art. 1908 en relación con el 1909 por falta de aplicación, en el concepto de que declarando el primero que los propietarios de edificios responden

de los daños causados por humos excesivos que sean nocivos a las personas o a las propiedades, siempre que mediante la culpa se realiza el daño, declara el segundo que si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufrirá sólo podrá repetir contra el arquitecto o, en su caso, contra el constructor dentro del tiempo legal, de donde se infiere que el art. 1908 no es aplicable aisladamente, sino que depende del art. 1909 que lo rige y complementa; y como la sentencia acepta y reconoce que la causa del daño es la construcción defectuosa de los hornos, es indudable que al amparo del citado precepto debe exigirse en todo caso la responsabilidad al arquitecto o constructor, pero de ningún modo a los recurrentes que no se hallan comprendidos en la designación de la ley.

Con buen criterio, no prospera, como hemos visto, este motivo, porque existe un deber de los propietarios de los hornos de adoptar las disposiciones necesarias para evitar que continúen produciéndose los daños derivados del funcionamiento de los hornos de cocer pan, ya reformándolos o sus chimeneas, ya poniendo en práctica las medidas conducentes al mismo fin.

La obligación señalada en el art. 1902 CC alcanza al dueño de una cosa, que por omitir los medios conducentes a la desaparición o corrección de los vicios o defectos de que adolezca o el empleo de los procedimientos adecuados para evitar sus consecuencias, da lugar a que se produzcan dichos daños.

También tiene interés la sentencia del TS de 27 de octubre de 1983 al considerar que el que suministra materia contaminante debe resarcir al acreedor por las indemnizaciones que éste ha tenido que pagar por los daños producidos a terceros a consecuencia de la utilización de la materia contaminante.

En el caso de la sentencia, el fuel-óleo suministrado por Campsa era de mayor cantidad de azufre al pactado, por lo que al ser quemado en la central térmica, produjo cuantiosos daños en los cultivos de terceros, que ésta hubo de indemnizar.

La responsabilidad del que suministra la materia contaminante a la central térmica (el fuel-óleo con mayor contenido de azufre al pactado), no excluye que el propietario de la central térmica que la utiliza tenga que indemnizar a los terceros por daños en las plantaciones de cítricos colindantes, debidos a los humos que desprendía la central térmica.

La central térmica, que ha tenido que indemnizar a los terceros perjudicados, es titular de la correspondiente acción resarcitoria contra la empresa suministradora del fuel-óleo por incumplimiento de contrato, ya que ésta alteró unilateralmente la calidad del combustible; suministrándolo con un porcentaje de azufre superior al 3 por 100, lo que implicaba una reducción del precio en 100 pesetas por tonelada, de tal manera que la calidad inferior del fuel-óleo repercutió en las máquinas e instalaciones de la suministrada y, sobre todo, los humos que des-

prendía la central produjeron una serie de daños importantes en las plantaciones de cítricos colindantes que la central térmica se vio obligada a reparar.

En conclusión, para nuestro TS la posible responsabilidad del técnico que se encargó del diseño y de la dirección de la construcción e instalaciones de la fábrica o instalación industrial (caso de la sentencia que comentamos y de la de 23 de junio de 1913), o del que suministró el material utilizado por la central térmica (caso de la sentencia de 27 de octubre de 1983), no excluye la responsabilidad directa del empresario propietario de la fábrica, de la instalación industrial o de la central térmica por los daños ocasionados a terceros por inmisiones nocivas, sin que sea preciso que los terceros perjudicados tengan que demandar al técnico o al que suministró el material contaminante (inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario).

La solución que establece nuestro TS se acomoda perfectamente al texto del art. 1908-2.º CC, que como hemos apuntado establece la responsabilidad propia y directa de los propietarios por los daños causados por humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades. Sin embargo, el problema se encuentra en la dicción del art. 1909 CC, anteriormente transcrito.

Puede entenderse, no ya que sea preciso demandar tanto al propietario de la fábrica o instalación industrial que produce los humos excesivos (art. 1908-2.º) como al técnico (59) o al constructor que intervino en su construcción, sino incluso que el único que responde es el técnico o el constructor frente al tercero perjudicado, si el daño producido por los humos excesivos tiene su causa en que la fábrica o instalación industrial presenta un defecto de construcción, como alegaron los recurrentes en el caso de la sentencia de 23 de junio de 1913. De tal manera que, en tal supuesto, el propietario de la fábrica o instalación industrial quedaría exento de toda responsabilidad frente al tercero perjudicado, que habría de limitarse a demandar al técnico o al constructor que dio lugar con su conducta negligente al vicio o defecto de construcción, siempre que la demanda tenga lugar dentro del tiempo legal.

(59) El término «arquitecto» que figura en el art. 1909 debe interpretarse en sentido amplio, incluyendo a cualquier técnico que interviene en la construcción del inmueble, como afirma el TS en la sentencia que comentamos: el art. 1909 CC concede al tercero perjudicado la facultad de dirigir también su acción contra el técnico, aunque el poco afortunado precepto sólo habla de arquitecto.

En el ámbito de las responsabilidades en la construcción, nuestra doctrina y jurisprudencia reconocen una amplia legitimación pasiva cuando se ejercita la acción de responsabilidad decenal por vicios o defectos de construcción, aunque los arts. 1591 y 1909 sólo mencionan al contratista o constructor y al arquitecto (CABANILLAS, La evolución de las responsabilidades en la construcción, en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 362-363).

De Angel (60) destaca que el adverbio «sólo» que figura en el art. 1909 parece dar a entender que no existe posibilidad de reclamar al dueño del edificio, instalación o maquinaria, y que la acción únicamente puede entablarse contra el arquitecto (en general técnico) o contra el constructor o fabricante.

Esta tesis podría encontrar incluso apoyo en el comentario de García Goyena (61) al art. 1903 del Proyecto de CC de 1851 (62), antecedente más próximo del art. 1909 CC, pues afirma que nuestro artículo es en su segundo párrafo más justo y humano que el francés y demás extranjeros; ¿por qué se ha de añadir más aflicción al afligido? ¿No basta que el propietario inculpable pierda su casa por la impericia del arquitecto? ¿No responde este de la solidez de la obra durante diez años, según el artículo 1532? Acuda el vecino dañado contra el solo culpable: si resultare insolvente, no perderá en ello menos el otro propietario; siempre he buscado, y siempre en vano, una razón o socolor de ella, para excusar la dureza e inconsecuencia de los artículos franceses 1792 y 1836: vé el nuestro 535, y el número 1 del 472 del Código penal.

Sin embargo, Lacruz (63) puntualiza, a propósito de la responsabilidad configurada por el art. 1909, que la existencia o continuación de un estado de cosas perjudicial para el tercero si debe atribuirse y debe ponerse a cargo del dueño, quien incurrió en todo caso en culpa *in eligendo*, y por tanto debería responder subsidiariamente: al menos desde que se hizo cargo de la obra y empezó a usarla, y aun con más motivo desde que conoció el vicio o defecto. A esta responsabilidad del dueño frente a terceros se aplicarán las reglas comunes, y por tanto también el plazo anual del art. 1968-2.º.

Para De Angel (64), parece claro que en caso de daño por ruina (y al amparo del art. 1909), el tercero (si la ruina sobreviniere en el plazo de diez años, y en acción cuya prescripción es la de un año del art. 1968-2.º) puede demandar al dueño, al constructor y al arquitecto (entiéndase, en su caso, fabricante y diseñador o diversos facultativos que intervinieren en la construcción o fabricación, por virtud de la remisión que el art. 1909 hace al art. 1908). En el caso de que fuere condenado el dueño, goza de facultad de repetición contra constructor y arquitecto

(60) DE ANGEL. *Tratado de responsabilidad civil, cit.*, pp. 550-551.

(61) GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, pp. 970-971.

(62) Art. 1903 del Proyecto de CC de 1851: El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si acaeciese aquella por falta de las reparaciones necesarias. Si el daño resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto que dirigió la obra, y dentro del tiempo que fija el artículo 1532.

(63) LACRUZ. *Elementos de Derecho civil, II-1.º, cit.*, p. 588.

(64) DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil, cit.*, p. 625, y *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia, II, cit.*, p. 2051.

(conceptos estos últimos que deben ser objeto de interpretación extensiva).

El TS, en la sentencia que comentamos, argumenta de la siguiente manera para justificar la responsabilidad propia y directa del empresario propietario de la fábrica frente al tercero perjudicado a consecuencia de la emisión por ésta de gas y polvo arcilloso, aunque hubiese existido un defecto de diseño o de dirección en la construcción e instalaciones de la fábrica imputable al ingeniero: el art. 1909 CC concede al tercero perjudicado (por los hechos que enumera el art. 1908) la facultad («podrá», dice el artículo) de dirigir también su acción contra el técnico (aunque el poco afortunado precepto sólo habla de arquitecto) correspondiente, pero no le impone la obligación de hacerlo, con lo cual la relación jurídico-procesal queda adecuadamente constituida si solamente demanda (como aquí ha ocurrido) al propietario que explota y se beneficia de la fábrica emisora de los gases y polvo excesivos causantes del daño. Obviamente, esto no impide que si hubieran concurrido defectos de diseño o de dirección en la construcción e instalaciones de la mencionada fábrica, pueda el empresario repetir contra el técnico correspondiente.

A nuestro juicio, es perfectamente defendible la conclusión a que llega el TS en la sentencia, en el sentido de que el tercero perjudicado puede demandar directamente al empresario propietario de la fábrica que emitió el gas y el polvo arcilloso, causando el correspondiente daño. No nos convence, en cambio, la interpretación que da al art. 1909, pues se refiere a «sólo podrá», y no exclusivamente a «podrá», lo cual, en principio, podría avalar la tesis de que la *ratio* del art. 1909 se encuentra en limitar la legitimación del tercero perjudicado a exigir responsabilidad al arquitecto (técnico) o al constructor.

Cabe otra interpretación más satisfactoria del art. 1909 para lograr una adecuada composición de los intereses en juego. El fundamento del art. 1909 no se encuentra en la exclusión de la posible responsabilidad propia y directa del empresario propietario de la fábrica en los casos señalados en el art. 1908, sino en que el arquitecto (técnico) o, en su caso, el constructor, únicamente responden frente al tercero perjudicado por defecto de construcción «dentro del tiempo legal». Transcurrido el tiempo legal, ya no cabe que responda el arquitecto o, en su caso, el constructor.

La *ratio* del art. 1909 reside en establecer un límite temporal a la posible responsabilidad frente a tercero por defecto de construcción imputable al arquitecto (técnico) o constructor. Este límite temporal se encuentra en el plazo de diez años que establece el art. 1591 CC, el cual se cuenta desde que concluyó la construcción (recepción definitiva de la obra). El art. 1903 del Proyecto de CC de 1851 no deja lugar a dudas en este punto, al remitirse al art. 1532, según el cual, el arquitecto o empresario de un edificio responde durante diez años, si se arruina por vicio de la construcción o del suelo. Esta responsabilidad

tiene lugar, respecto del arquitecto, aun cuando no haya contratado la obra por un ajuste alzado.

En rigor, el art. 1909 no excluye la posible responsabilidad del empresario propietario que contrató al arquitecto o al constructor por los danos a que se refiere el art. 1908. No hay que olvidar que, aunque exista un defecto de diseño o de dirección de la construcción e instalaciones de la fábrica, ésta ha estado en funcionamiento por la voluntad del empresario propietario produciéndose así la inmisión excesiva y nociva para el tercero. El daño, por tanto, no tiene su causa exclusivamente en el defecto de diseño o de dirección, sino, sobre todo, en la conducta del empresario propietario de la fábrica consintiendo que funcione, a pesar de emitir gas y polvo arcilloso de manera excesiva y nociva, con el consiguiente perjuicio para las fincas agrícolas colindantes. El empresario propietario si observa que la fábrica emite gas y polvo arcilloso de forma excesiva y nociva tiene que adoptar las medidas necesarias para que deje de producirse la inmisión. Por ello la posible responsabilidad del ingeniero no excluye, en rigor, la del empresario propietario de la fábrica por la inmisión que perjudica al tercero, de acuerdo con el art. 1908-2.º CC.

En este sentido es muy elocuente la citada sentencia del TS de 23 de junio de 1913, al destacar la existencia de un deber de los propietarios de los hornos de cocer pan que emiten humos excesivos, con el consiguiente perjuicio para la casa contigua, de adoptar las disposiciones necesarias para que no continúen produciéndose, ya reformando los repetidos hornos o sus chimeneas, ya poniendo en práctica otras medidas conducentes al mismo fin.

La obligación señalada en el art. 1902 CC alcanza al dueño de una cosa, que por omitir los medios conducentes a la desaparición o corrección de los vicios o defectos de que adolezca o el empleo de los procedimientos adecuados para evitar sus consecuencias, da lugar que se produzcan dichos danos.

La mencionada argumentación de Lacruz es muy esclarecedora al respecto: la existencia o continuación de un estado de cosas perjudicial para el tercero sí debe atribuirse y debe ponerse a cargo del dueño, que ha de responder al menos desde que se hizo cargo de la obra y empezó a usarla, y aun con más motivo desde que conoció el vicio o defecto. A esta responsabilidad del dueño frente a terceros se aplicarán las reglas comunes, y por tanto también el plazo anual del art. 1968-2.º CC.

En el caso de la sentencia que comentamos y en el de la sentencia de 23 de junio de 1913, el daño no parece que tenga su causa exclusivamente en el defecto de diseño o de dirección en la construcción e instalaciones de la fábrica o instalación industrial, imputable al ingeniero o constructor, sino, sobre todo, en la conducta del empresario propietario, al permitir que la fábrica o instalación industrial funcionara, a pesar de emitir gas y polvo arcilloso o humos de manera excesiva y nociva. Por consiguiente, el sistema del CC es bastante claro: respon-

den directamente frente al tercero perjudicado tanto el empresario propietario de la fábrica o instalación industrial que origina la inmisión excesiva y nociva (art. 1908-2.º) como el técnico o constructor que dio lugar al vicio o defecto de construcción, si bien el técnico o constructor responde sólo dentro del tiempo legal (art. 1909 en relación con el 1591 CC).

La argumentación de García Goyena al comentar el art. 1903 del Proyecto de CC de 1851, no se opone a esta interpretación, que responsabiliza al empresario propietario de la fábrica o instalación industrial de forma propia y directa por la emisión de gas y polvo arcilloso, con el consiguiente perjuicio para tercero, pues no hay que olvidar que no aparece en el citado Proyecto un texto análogo al del art. 1908 CC, por lo cual el razonamiento de García Goyena contempla exclusivamente la relación de los arts. 1907 (ruina del edificio por falta de reparaciones necesarias) y 1909 (ruina por defectos de construcción imputables al arquitecto o al constructor), como se desprende del texto del art. 1903 del Proyecto de CC de 1851, transcrito anteriormente.

Puede pensarse que el daño sufrido por el tercero deriva tanto de la conducta del ingeniero que diseñó y dirigió deficientemente la construcción e instalaciones de la fábrica como del empresario propietario que permitió que ésta funcionase a pesar de emitir gas y polvo arcilloso de una manera excesiva y nociva, por lo que, si es así, ambos responden solidariamente. Según la sentencia que comentamos, en último término, al no haberse probado en el proceso cuál sea la causa determinante de esa excesiva y perjudicial emisión de gas y polvo de la fábrica, la responsabilidad del empresario dueño de la misma y, en su caso, del técnico que dirigió su instalación, siempre sería de carácter solidario frente al tercero perjudicado, por lo que éste, en base a dicha solidaridad, puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos, como aquí ha hecho, al formular su demanda contra la entidad propietaria y beneficiaria de la explotación de la fábrica, ello sin perjuicio, se repite, de la acción de repetición que a dicha propietaria pueda, en su caso, corresponder contra el mencionado técnico.

4. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

En el caso de la sentencia, el perjudicado ejercita la acción de responsabilidad extracontractual para obtener la reparación total de los daños causados, comprensivos tanto del daño emergente, como del lucro cesante (art. 1902 en relación con el 1105, ambos del CC). De esta manera se condena a los demandados al pago del importe de los gastos de regeneración de la finca y las secuelas de orden permanente que pudieran existir, resultando probado que ello es necesario para el logro de dicha total reparación.

El problema que plantea el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, cuando se trata de daños producidos por inmisiones industriales, radica en la brevedad del plazo de prescripción de esta acción, que es de un año, desde que lo supo el agraviado (art. 1968-2.º CC). La brevedad de este plazo ha determinado que nuestra jurisprudencia civil, al enfrentarse con el resarcimiento de este tipo de daños, considere que el mismo no empieza a correr desde el inicio de la producción del daño, sino a partir del momento en que el daño está totalmente verificado (Sentencias del TS de 12 de diciembre de 1980, 16 de enero de 1989 y la que comentamos de 15 de marzo de 1993).

El problema es diverso cuando la acción del perjudicado se dirige al cese de la actividad causante del menoscabo, porque la acción ejercitada, en tal caso, no es la propia de la responsabilidad civil extracontractual, de carácter personal, sino la acción negatoria, en su vertiente de acción de cesación, que es la que ostenta el propietario para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas de su derecho que no consistan en la privación indebida de la posesión. Entre estas perturbaciones se incluyen las causadas por quien da origen a las inmisiones nocivas (65). Evidentemente, la acción negatoria tiene carácter real (66), y por ello prescribe a los treinta años (art. 1963 CC).

Tampoco se plantea el problema apuntado, cuando las inmisiones causan daños a la salud de las personas, tanto física como mental, e incluso ocasionan la muerte del perjudicado, pues no hay duda que, en tal supuesto, la acción es imprescriptible, porque la salud y la vida son bienes o derechos de la personalidad y éstos son imprescriptibles (67).

Planteada en estos términos la cuestión, nuestro TS tiene en cuenta en la sentencia que comentamos que los daños sufridos por las fincas agrícolas, a consecuencia de las emanaciones excesivas de gas y polvo arcilloso procedentes de las dos fábricas, son daños continuados o de

(65) Debe distinguirse la acción de cesación de la responsabilidad civil, con la que a veces se confunde. Aquella se dirige a conseguir el *contrarius actus* de la perturbación. Esta es, en cambio, una acción indemnizatoria (SALVADOR CODERCH y SANTIQUENGE, La acción negatoria. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987, en *Poder Judicial*, 1988, n.º 10, p. 123).

En nuestro Derecho, a la acción negatoria, con naturaleza diversa de la acción indemnizatoria, se refiere la mencionada Ley catalana de 9 de julio de 1990, disponiendo que el propietario de un inmueble tendrá acción para hacer cesar las perturbaciones ilegítimas de su derecho que no consistan en la privación o el retenimiento indebido de la posesión. Tendrá asimismo acción para exigir la abstención de perturbaciones futuras y previsibles del mismo género (art. 2-1). La acción negatoria también está presente en los arts. 906 BGB, 844 CC italiano y 1346 CC portugués, anteriormente transcritos.

(66) La acción negatoria corresponde al titular de un derecho real que ve perjudicado su interés por las inmisiones ilegítimas que desea hacer cesar (sobre el fundamento jurídico, caracteres y vigencia de la acción negatoria en nuestro Derecho, MARTÍN-BALLESTERO, *La acción negatoria*, Madrid, 1993, pp. 74 y ss.).

(67) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1989, p. 358.

producción sucesiva o ininterrumpida, por lo que el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida (Sentencias de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986 y 25 de junio de 1990, entre otras), no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuando se produce o se ha producido ese «definitivo resultado» que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo vivo, latente y conectado precisamente a la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección (Sentencia de 25 de junio de 1990, anteriormente citada).

En la hipótesis de daños continuados, según puntualiza De Angel (68), los efectos del acto dañoso se prolongan en el tiempo, por lo que la acción indemnizatoria puede ejercitarse en el plazo de un año a contar desde los últimos daños manifestados. Esta solución está justificada por la circunstancia de que en este caso la conducta reprochable no es tanto la activa que en su día dio origen a la aparición del daño, sino la omisiva y continuada consistente en no haber puesto en práctica las acciones necesarias para eliminar la causa del perjuicio.

Precisamente, en el caso de la sentencia aparecen acreditadas numerosas y sucesivas actuaciones extrajudiciales y administrativas practicadas por el actor, que aparte de implicar una interrupción de la prescripción extintiva (art. 1973 CC), evidencian la conducta omisiva y continuada de los propietarios de la fábricas que emitían gas y polvo arcilloso para eliminar la causa productora del perjuicio.

La fundamental sentencia de 12 de diciembre de 1980 rechaza la excepción de prescripción extintiva alegada por las siguientes consideraciones:

1.⁴⁾ En los casos de comportamiento ilícito continuado o permanente, no ha dejado de sostener la doctrina científica el criterio de que el día inicial de la prescripción será no el del comienzo del hecho, sino el de su verificación total, ya que *si prima facie* parece justo iniciar el cómputo del tiempo para la posible reacción contra el acto antijurídico el de su plena efectividad e incluso el de su cesación, la solución opuesta, limitando con rigor el ejercicio del derecho de resarcimiento, fraccionaría de manera artificiosa la prescripción, creando tantos términos iniciales cuantos fuesen los días en que se realizase, a través del tiempo, la acción lesiva para la esfera jurídica ajena.

2.⁴⁾ Si bien la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que el comienzo de la prescripción en el evento de daños continuados hay que referirlo a la fecha de iniciación de la actividad perjudicial, lo hizo a la vista de actos dañosos presentados en su realización con la sustantivi-

(68) DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 945.

dad necesaria para iniciar el cómputo (sentencias de 23 de junio de 1913, 8 de junio de 1947 y 25 de junio de 1966) y que conste inequívocamente el tiempo de comienzo de la acción lesiva (sentencia de 31 de enero de 1968), teniendo presente además que, según ha declarado la sentencia de 17 de diciembre de 1979, la prescripción extintiva o liberatoria, como institución no basada en fundamentos de intrínseca justicia, merece en su aplicación un tratamiento restrictivo.

3.^a) No pueden ser identificados los supuestos de «daños continuados» en su precisa acepción y «daños permanentes» u originados por la subsistencia en su efecto de un acto instantáneo, con aquellas situaciones en que una serie de actos sucesivos provocan en su perjudicial progresión un resultado lesivo de nocividad más acusada que la simple suma de los repetidos agravios, como esta Sala apuntó en su sentencia de 26 de octubre de 1971; y en el presente caso el Tribunal de instancia, como dicho queda en la fijación de los antecedentes del recurso, partiendo de la material imposibilidad de señalar un *quantum* en la causación anual de los daños, obtiene una cantidad total, en la que cobra relieve el perjuicio sufrido por los castañares, traducido en la minoración de su desarrollo y rendimiento, y también otras especies que por el efectos de los gases y las cenizas o polvo a lo largo de todo el tiempo con una consecuencia final cuya significación presenta con destacado valor.

En el mismo sentido, la sentencia de 16 de enero de 1989 insiste en que la sucesión de actos provocan en su perjudicial progresión un resultado lesivo de actividad más acusada que la simple suma de los repetidos agravios, sin que pueda decirse, mientras no desaparezca la causa determinante de dicho resultado antijurídico, que empieza a correr el plazo del año para la prescripción, al no resultar alterada, al situación, así contemplada en la recurrida sentencia, no puede decirse hayan sido infringidos los mencionados preceptos deviendo ser desestimado este tercer motivo.

En la medida en que el inicio del plazo de prescripción empieza a correr a partir del momento en que el daño esta totalmente verificado, no hay razón para limitar la reclamación a los daños manifestados en el último año, como sostuvo el TS en la mencionada sentencia de 23 de junio de 1913 (69). En esta resolución se desestimó el recurso interpuesto, por entender el Tribunal que el fallo recurrido acertaba al limitar la condena «a la indemnización de los daños producidos durante el año anterior a la interposición de la demanda, y hasta que se lleve a efecto la sentencia, sin hacerla extensiva a los que pudieran haberse causado con anterioridad».

(69) DE ANGEL (*Tratado de responsabilidad civil, cit.*, p. 945) considera, sin embargo, la cuestión controvertida, pues puede discutirse si en este caso alcanza la reclamación a todos los daños producidos hasta que se formula, o si sólo llega a los manifestados en el último año.

Esta interpretación no tiene apoyo en precepto alguno (desde luego no lo tiene en el art. 1968-2.º CC) e implica una escasa protección del perjudicado, que como exige la justicia y la equidad debe ser resarcido de todos los daños que haya sufrido, en línea con el principio que se infiere de los arts. 1902 y 1106 CC. En este sentido se pronuncia la sentencia que comentamos, en consonancia con las anteriormente citadas, al confirmar el criterio adoptado por las sentencias de instancia, que concretaron el resarcimiento de la siguiente manera: la mitad de las mermas de producción de la finca correspondiente a las campañas 1973-1974 hasta la actual correspondiente a la fecha de presentación de la demanda serán satisfechas por «Azulejos B. SL»; la mitad de idéntico concepto desde la campaña de 1978 hasta la actual por «B. SA»; el importe de los gastos de regeneración de la finca y las secuelas de orden permanente que pudieran existir correrán a cargo por mitad de ambas mercantiles; además se condena a dichas demandadas a que adopten a la mayor brevedad las medidas correctoras del orden que sea en sus instalaciones para evitar en el futuro la producción de daños como los denunciados en la demanda inicial.

NOTA.— Encontrándose este comentario jurisprudencial en prensa, ALONSO PÉREZ ha publicado un completo estudio sobre la materia, «La lucha contra las inmisiones molestas y nocivas: especial consideración de los medios jurídicos-civiles» (Consejo General del Poder Judicial, vol. II, Madrid, 1993, pp. 1049-1505).

Sentencias

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Isabel ARANA DE LA FUENTE
Gema DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ
Gabriel GARCÍA CANTERO
Javier LARENA
Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ
Virginia MURTULA LAFUENTE
Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ
Joaquín SÁNCHEZ CEBRIÁN

I. DERECHO CIVIL

2. DERECHO DE LA PERSONA

1. Derechos fundamentales y libertades públicas. Límites.— La colisión entre los derechos fundamentales a la libertad de información y al honor, intimidad familiar e imagen, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras entre uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a su enjuiciamiento.

Derecho a la información. Según doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional el derecho a la libertad de información, como regla general, debe prevalecer sobre los derechos a la intimidad y honor cuando la información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general, y además no sea ejercitada de manera desmesurada y exorbitada (Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de noviembre de 1990 y del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1989 y de 16 de junio de 1990).

Derechos al honor e intimidad. Intromisiones legítimas.— Esta Sala tiene declarado que el honor, junto con la intimidad y la propia imagen, son valores absolutos, permanentes e inmutables, pero su tutela efectiva puede aparecer en algu-

nos casos, limitada por ciertos condicionantes que provengan de las leyes, de valores culturales de la sociedad en cada momento, y de un modo especial del propio concepto que cada persona tenga respecto de sus particulares pautas de comportamiento, por lo que quien malbarata estos derechos, o no sea celoso de los mismos no será acreedor a la protección jurídica, si bien ésta ha de predicarse de toda persona, en tanto no se demuestre lo contrario. Asimismo la existencia de determinados hechos que puedan ser constitutivos de un consentimiento de su titular excluiría la antijuridicidad de la acción. (STS de 11 de abril de 1992; ha lugar).

HECHOS.— En el periódico «Heraldo de Aragón», bajo el título «Las aventuras de Teresa G.» aparece una serie de afirmaciones que a juicio de la misma y de su marido —quien, también, en el artículo aparecía vinculado a ciertos hechos del pasado—, vulneran sus derechos sobre el honor e intimidad, y en virtud de ello interponen demanda contra la empresa editorial y su director. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial revoca la sentencia reconociendo la existencia de una intromisión a los derechos al honor e intimidad y con ello estima la indemnización de daños y perjuicios solicitada por los actores en la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación presentado por los demandantes, confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (J.A.M.M.).

2. Derecho al honor. Su aplicación a personas jurídicas.— Es cierto que el derecho al honor, reconocido como fundamental en el art. 18.1 de la Constitución de 1978, deriva de la dignidad humana —la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes fundamentan el orden político y la paz social, art. 10.1— y consecuentemente presenta, en su concepción estricta, un innegable carácter personalista, pero ello no excluye la extensión de su garantía constitucional a las personas jurídicas y, en concreto, a las sociedades mercantiles. En efecto, admitido que el prestigio profesional de la persona física es objeto de protección (sentencia de 23 de marzo de 1987), no existe razón para excluir de la misma el prestigio de la sociedad mercantil en el desenvolvimiento de sus actividades.

Libertad de información. Límites.— La libertad de información no tiene carácter absoluto sino que goza de aquella protección en cuanto versa sobre informaciones veraces, al menos en sus aspectos esenciales que, precisamente por serlo, si se expresan sin innecesarias vejaciones, no pueden entenderse como intromisiones ilegítimas en el ámbito del honor. (STS de 15 de abril de 1991; no ha lugar).

HECHOS.— Una entidad mercantil formuló demanda sobre protección del derecho al honor y a la propia imagen contra la Editorial Menorca y el Grupo Balear de Ornitología y Defensa de La Naturaleza (G.O.B.) solicitando que fuere declarada la existencia de una intromisión a los re-

feridos derechos como consecuencia de la imputación de unas calificaciones y hechos que afectaron gravemente a la estima pública de dicha entidad mercantil en el ámbito de su actividad profesional; y sean condenados los demandados a abonar solidariamente a la parte demandante la cantidad de doce millones de pesetas en concepto de indemnización por los perjuicios y daños morales causados, todo ello con expresa imposición de costas.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando como único responsable al G.O.B., en la cantidad de seis millones de pesetas, así como al pago de las costas procesales causadas.

Ante la interposición del recurso de apelación por el G.O.B., y adhesión al mismo de la Editorial Menorca, la Audiencia Provincial dicta sentencia revocatoria en los extremos siguientes: a) La indemnización a favor de la entidad actora, a satisfacer por la parte demandada G.O.B., se fija en la cantidad de un millón de pesetas. b) Las costas originadas por la Editorial Menorca deberán ser satisfechas por la parte actora. c) La entidad actora y el G.O.B. satisfarán, cada uno de ellos, las costas causadas a su instancia en aquél primer grado jurisdiccional, y las comunes por mitad. En los demás extremos se confirman los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia. No prospera el recurso de casación interpuesto por el G.O.B. (*J.A.M.M.*).

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

3. Distinción entre inexistencia y nulidad radical del contrato respecto de la anulabilidad.— Según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 5 de marzo de 1966 y 29 de abril de 1986, tanto en los casos de inexistencia como de nulidad absoluta el negocio jurídico sólo ha tenido una vida aparente, a causa de lo cual se suelen incluir los dos conceptos dentro del capítulo genérico de la nulidad, distinta de la simple anulabilidad de que tratan los arts. 1.300 y siguientes del Código civil.

Debe rechazarse la cuestión nueva, planteada por primera vez en el recurso de casación, por producir indefensión.— Dicha pretensión formulada en el presente recurso de casación de considerar a lo consignado en el tan repetido documento de 28 de enero de 1980 como una donación, para el supuesto de que no se acogiese como significativo de la opción de compra y arrendamiento pretendida a medio de la reconvenición aludida formulada en su momento procesal por el meritado demandado, ahora recurrente, Don José Fernández Velasco, es una cuestión nueva que, como de tal índole, no es susceptible de ser planteada en el presente extraordinario recurso, porque, según tiene declarado esta Sala en sentencias entre otras de 28 de enero, 14 de marzo, 12 de julio y 27 de noviembre de 1986, 3 de marzo, 12 de mayo y 27 de junio de 1987, 16 de marzo, 18 de abril y 17 de octubre de 1988 y 23 de mayo, 25 de junio y 20 de noviembre de 1990, no

es de tener en cuenta en casación las cuestiones que no hubieran sido planteadas adecuadamente en la fase oportuna, pues que sólo pueden serlo en ella los que lo hayan sido en el juicio de que se trata, debido a que el no entenderlo así significaría resolver sobre cuestiones que no han sido adecuadamente conocidas por la parte contraria, a quien no se daría posibilidad de constatarlas y articular la prueba correspondiente y que el hacerse supondría una indefensión de la parte adversa que contraría al tenor literal del art. 24.1 de la Constitución Española.

En la simulación relativa, para que exista el contrato disimulado es preciso que reuna todos los requisitos legales.— Si bien de conformidad con reiterada doctrina de esta Sala, de la que son exponente, entre otras, las sentencias de 20 de diciembre de 1963, 14 de enero de 1966 y 8 de marzo, 9 de mayo y 28 de octubre de 1988, es de admitir la validez de los contratos «disimulados», es decir, del que subyace bajo la apariencia del otro, sin embargo el negocio disimulado ha de reunir todos los requisitos legales, y entre ellos el tener causa verdadera y lícita como el de reunir las condiciones formales precisas, exigencia esta última que, en todo caso, no se da en el presente caso al pretenderse deducir existencia de la alegada donación del contenido del tan mencionado documento privado de 28 de enero de 1980.

La interpretación de los contratos es facultad privativa de los órganos judiciales de instancia, a menos que resulte ilógica o vulneradora de algún precepto legal.— Como reiteradamente tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 23 de septiembre, 8 de octubre y 16 y 21 de diciembre de 1987, 1 de junio, 20 de septiembre, 14 de octubre y 21 de noviembre de 1988 y 15 de febrero y 9 de marzo de 1990, la interpretación de los contratos y negocios jurídicos constituye facultad privativa del Juzgador de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, a menos que tal exigencia resulte ilógica o vulneradora de algún precepto legal.

Nulidad por error en el consentimiento.— La intención de los cónyuges que figuran otorgando el indicado documento, no fue en modo alguno otorgar la pretendida opción a favor de su hijo Don José Fernández Velasco, siendo formado el aludido contrato por ignorancia y por la confianza que tenían en él, evidentemente desvirtúa la aducida infracción denunciada por el recurrente de los arts. 1.265 y doctrina legal concordante en relación con los 1.266, 1.267, 1.268, 1.269 y 1.270 del Código civil, pues esa apreciación judicial no adecuadamente desvirtuada vinculadamente en casación, revela en definitiva consentimiento prestado por error con la consecuencia de nulidad que proclama el referido art. 1.265 del Código civil. (STS de 24 de febrero de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— Cuatro hermanas demandaron a otras dos personas, ejercitando la acción de división sobre una finca. Uno de los demandados formuló reconvencción, alegando que en fecha anterior a la del título de las demandantes —donación recibida de los padres— había celebrado con sus padres, entonces propietarios de la finca, un contrato de opción de compra y de arrendamiento, solicitando por ese motivo que se declarara la nulidad de la donación en favor de las actoras. Se acoge la demanda y

se rechaza la reconvencción por considerarse nulo el contrato privado esgrimido por el demandado y reconviniente.

NOTA.— Existe una contradicción entre los razonamientos del fundamento jurídico segundo (se defiende la inexistencia del contrato privado controvertido por falta de consentimiento y de causa) y los del fundamento jurídico tercero (se postula la nulidad por error en el consentimiento). También es contradictoria la nulidad por error en el consentimiento (que exige buena fe o desconocimiento del que padece el vicio) con la simulación relativa de la que se habla en el fundamento jurídico segundo (en donde habría perfecto conocimiento de lo que se pretende realizar) (*L.F.R.S.*).

4. Novación.— Dice la S. de 10 de febrero de 1990 que es doctrina reiterada de esta Sala que la novación nunca se presume ni puede inferirse de nuevas deducciones o conjeturas, debiendo constar de modo inequívoco la voluntad de novar; igualmente es doctrina legal que la facultad de establecer si se dan o no los presupuestos de la novación, tanto extintiva como modificativa, reside en los Tribunales de instancia a cuyo criterio ha de estarse, en tanto no se ataca por la vía adecuada, siendo facultad propia y peculiar de la Sala sentenciadora la cuestión relativa a la apreciación de los hechos determinantes de la novación.

Declaración de obra nueva: Naturaleza jurídica: Carece de carácter contractual.— Partiendo de los arts. 208 L.H. y 308 R.H., la declaración de obra nueva se configura como una manifestación del propietario de una finca inmatriculada en el Registro de la Propiedad, en la que se hace constar «las nuevas plantaciones, así como la construcción de edificios o mejoras de una finca urbana», a los fines de su inscripción, sin que esa naturaleza de medio inmatriculador de la obra nueva que presenta su declaración, resulte alterada, ya se haga 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 edificación o mejora, y en ambos casos se contrae a la descripción de las circunstancias físicas o materiales; por ello, la doctrina científica viene reconociendo que esta declaración de obra nueva carece de valor negocial y no implica cambio jurídico alguno.

Novación modificativa.— No puede sostenerse que el negocio originario de cesión de los derechos de elevación fuera renovado modificativamente por las declaraciones de voluntad emitidas en la escritura pública de obra nueva, dado el carácter no contractual de esta última, y sí sólo de naturaleza puramente registral, no siendo obstáculo que tal declaración se haga en escritura pública otorgada por las partes que intervinieron en el contrato originario al estar éste inscrito.

Cumplimiento «in natura» del contrato de cesión del derecho de edificación.— Rechazado el efecto novatorio de la declaración de obra nueva, las partes

litigantes vienen obligadas a dar exacto cumplimiento a las obligaciones contraídas en el contrato originario, a tenor de los arts. 1091, 1255 y 1258 C.c. y, por tanto, deberá hacerse entrega al recurrente de la prestación a él debida por la cesión del derecho de edificación; concretamente, la entrega de la mitad de la planta baja en la forma pactada, habida cuenta de que ello no vulneraba las Ordenanzas Municipales, y en tal forma debió ser hecha aquélla una vez rectificado el error padecido en la concesión de la licencia municipal antes de la finalización de las obras; otra cosa supondría romper el equilibrio de las recíprocas prestaciones libremente pactadas y dar lugar a un enriquecimiento injusto a favor del cesionario (STS de 27 de junio de 1992, ha lugar).

NOTA.— El contrato básico tenía por objeto la cesión de los derechos de elevación sobre el solar propiedad del cedente a cambio del 50% de la planta baja del edificio a construir conforme a la autorización municipal y las Ordenanzas aplicables en la zona. Parece que, en realidad, lo cedido era la propiedad del solar mediante la contraprestación indicada, contrato que inicialmente se calificó de permuta de cosa presente por cosa futura, pero que las últimas decisiones jurisprudenciales prefieren calificarlo de contrato atípico. La s. extractada confirma la validez y eficacia de tal contrato con base en los arts. 1091, 1255 y 1258 C.c. con obligación de cumplimiento *in natura* dada su adecuación a la normativa urbanística aplicable. La calificación de la declaración de obra nueva, con efectos limitados al ámbito registral, sin que constituya en ningún caso un negocio jurídico sustantivo, es acertada y conforme con la doctrina autorizada (cfr. Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, II⁷, p. 541 s.; Lacruz-Sancho Rebullida, *Derecho inmobiliario registral*, p. 84). El litigio surge por una resolución municipal que reduce la superficie edificable de la planta baja en relación con lo pactado, y que sirve de base a la declaración de obra nueva. El constructor pretende que ésta había supuesto una novación modificativa del contrato primitivo, reduciéndose apreciablemente su prestación. Dado que el Ayuntamiento rectifica posteriormente su acuerdo, la s. otorga plena virtualidad a lo convenido pues en otro caso se daría lugar a un enriquecimiento injusto en beneficio del constructor. (G.G.C.).

5. Excepción de incompetencia territorial.— La modificación sufrida por el art. 533 de la L.E.C. en virtud de la Ley 6-8-1984, que hizo desaparecer del catálogo de las excepciones la incompetencia territorial, manteniendo exclusivamente la falta de competencia objetiva o funcional, nos lleva a entender que el art. 79.1.º de la misma Ley conforme al cual «las declinatorias se sustancian como excepciones dilatorias o en la forma establecida para los incidentes», queda reducido a su segunda parte, en lo referente a la incompetencia territorial, puesto que ésta no está enumerada como excepción dilatoria, y por tanto no rige para ella el art. 687 de la L.E.C. en lo referente a su proposición en los Juicios de Menor

Cuantía; debiendo plantearse la cuestión de incompetencia antes de contestar a la demanda, pues de otro modo se incurriría en la sumisión tácita del art. 58.2.º del mismo texto.

Intereses moratorios. Intereses procesales.— Partiéndose de la naturaleza de la acción que se ejercitó —indemnizatoria de daños y perjuicios— se trataba de una deuda sujeta a depuración, liquidación y concreción, a través de un necesario procedimiento judicial, y por ello la concesión de los intereses legales no pudo referirse a la fecha de la interposición de la demanda, momento en que aún no se había constituido en mora la parte demandada, ya que no existía cantidad líquida y determinada a satisfacer (art. 1100 y 1108 del C.c.). La liquidez se produce por primera vez en la fecha de la sentencia de apelación, y a partir de ese momento, habida cuenta de su no modificación posterior, la cantidad objeto de la condena devengará los intereses que determina el art. 921 de la L.E.C. hasta su total ejecución (sentencias de 8-3; 12-3 y 22-6-1991; 25-2 y 23-3-1992). (STS de 30 de diciembre de 1992, ha lugar).

HECHOS.— Se reclama una cantidad indemnizatoria por los daños y perjuicios causados a consecuencia del suministro de simientes no idóneas para su utilización en la agricultura.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la sociedad demandada a abonar determinadas cantidades a los demandados más sus intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y rebajó las indemnizaciones concedidas en primera instancia. El Tribunal Supremo casó el recurso admitiéndolo en materia del devengo de los intereses procesales.

NOTA.— Es paradigmática esta sentencia en el sentido de considerar que concurre el requisito de liquidez del art. 921 de la L.E.C. desde la fecha de sentencia de la apelación, cuando ya la sentencia de primera instancia condenaba al pago de una cantidad determinada (en sentido contrario ver sentencia de 18-5-1988; 20-12-1988 y 21-11-1989). De esta forma nuestro Alto Tribunal ha hecho uso de su «prudente arbitrio» conforme a la cláusula contenida en el último párrafo de dicho artículo prevista para los casos de revocación parcial. (V.M.L.).

6. Principio de congruencia.— El motivo resulta no adecuadamente planteado, al utilizarse el cauce procesal del n.º 5 del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil y no obstante las dudas que puede ofrecer el art. 359 de la L.E.C. sobre su posible contenido sustantivo; la argumentación sólo procede por el número tercero de dicho artículo, conforme doctrina constante y reiterada de esta Sala (sentencias de 21 de noviembre de 1989, 16 de julio de 1990, 11 de febrero y 4 de marzo de 1991).

El derecho a reconvenir de la parte demandada, sólo lo puede proyectar en el ámbito de la demarcación subjetiva que se fijó en el escrito inicial de la demanda y ha de conducirse contra el que demandó.

La incongruencia conforme doctrina positiva (sentencias de 20 de octubre de 1986, 4 de diciembre de 1987, 7 de junio de 1989 y 30 de abril de 1991), sólo alcanza relevancia cuando las resoluciones judiciales alteran el debate judicial de manera muy decisiva, al contener decisiones no ajustadas sustancialmente a su propio contenido y recíprocas pretensiones de las partes.

Motivo de casación n.º 5 del art. 1692 de la L.E.C.— No cabe acogerse al recurso de casación para realizar una nueva apreciación de pruebas que la Sala ya tuvo en cuenta y valoró con acierto jurídico en su conjunto..., por lo que ha de seguirse el norte doctrinal de esta sala que de forma reiterada viene declarando que las cuestiones de daños y perjuicios, son de hecho y corresponde su apreciación al tribunal sentenciador de la instancia. Así mismo la doctrina positiva sobre interpretación y alcance del artículo 1214 del Código Civil es unánime en proclamar que el precepto no contiene norma alguna sobre valoración probatoria, asistiéndole naturaleza más bien adjetiva que propiamente sustantiva y no es apto para amparar recurso de casación, salvo en el supuesto, que no ocurre en el caso presente, de darse falta de pruebas.

Intereses moratorios. Iliquidez de la deuda. Devengo «ope legis» y otorgamiento de oficio de los intereses previstos en el art. 921 de la L.E.C.— La situación técnica de mora sólo concurre cuando la liquidez es anterior a la resolución judicial decisoria y no cuando procede de ésta, lo que ha llevado a la doctrina jurisprudencial a entender por aplicación del vocablo «in illiquidis non fit mora», que tal requisito no concurre cuando la determinación de la suma depende del pleito que establece la misma.

La concurrencia de intereses moratorios no excluye que procedan los de naturaleza procesal que prevé el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estos surgen «ope legis», sin necesidad de petición (sentencias de 25 de noviembre de 1986, 19 de abril de 1989, 5 de marzo de 1990 y 12 de marzo de 1991) y han de ser contabilizados en base a la cantidad cierta a que se condenó a ser satisfecha por la parte obligada como deudora de la misma y desde la fecha de la sentencia de apelación («dies a quo»), pues la empresa recurrida no aceptó la misma y no mostró disponibilidad a su satisfacción inmediata desde el momento en que pretendió recurrir en casación, cuya petición no prosperó, al haberle caducado el derecho y tenerse por perdido el recurso (STS de 29 de febrero de 1992; ha lugar).

HECHOS.— La empresa «Construcciones Mecánicas Duch S.A.», interpone demanda solicitando la resolución de un contrato de distribución y venta de un producto en exclusiva y reclama por diversos conceptos la cantidad de 7.378.981 pts. más sus intereses a la sociedad «Red-Car S.A.». Esta contestó a la demanda y formuló reconvenición tanto contra «Duch S.A.» como contra D. Cipriano Duch —propietario «de facto» de la primera— solicitando, además de la resolución del contrato, la canti-

dad de 11.582.511 pts. con sus intereses en concepto de indemnización de daños y perjuicios y por diversas cantidades debidas.

El Juzgado de Primera Instancia de Gerona, acogiendo la excepción de incompetencia formulada por «Red-Car S.A.», desestimó la demanda. La sociedad demandante interpuso recurso de apelación ante la entonces Audiencia Territorial de Barcelona. Habiendo resuelto en alzada la Audiencia Provincial de dicha capital, estimó parcialmente la demanda y la reconvenición, condenando a la sociedad demandada a pagar a la recurrente 3.477.559 pts. El Tribunal Supremo casó la sentencia apreciando que había lugar a la reclamación de los intereses del art. 921 de la L.E.C.

NOTA.— ¿Por qué nuestro Tribunal Supremo sigue manteniendo el criterio de liquidez para los intereses moratorios, cuando el artículo 1108 del Código Civil nada dice al respecto; y por el contrario aprecia de oficio los intereses del artículo 921 de la L.E.C. desde la primera sentencia que condena a una «cantidad líquida», siguiendo un criterio de liquidez distinto para ambos supuestos?

La exigencia del requisito de liquidez para apreciar la existencia de los intereses moratorios ha sido criticada por un sector importante de la doctrina (en este sentido ver Ruiz-Rico Ruiz, «Cien años (y algo más) de jurisprudencia sobre intereses moratorios» en *Centenario del Código Civil*, Tomo II, Madrid, 1990, p. 1903 y ss.; *id.*, *C.C.J.C.*, n.º 16, p. 121 y ss.; *id.*, *C.C.J.C.*, n.º 21, p. 1076 y ss.; Doral y Marina, *A.D.C.*, 1980, p. 539 y ss.), y encuentra su base fundamental en la ausencia por parte del mismo art. 1108 del C.c. de tal requisito.

Para nuestro Tribunal Supremo hay liquidez, como señala Ruiz-Rico Ruiz (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XV, vol. 1, p. 788), cuando el acreedor, habiendo pedido en la demanda el pago de una cantidad determinada o determinable por una o varias operaciones aritméticas y que justifique documentalmente, ha visto satisfechas sus peticiones en una sentencia que condene al deudor a pagar precisamente esa cantidad (ni una peseta más, ni una peseta menos). Según este mismo autor, la razón última que llevó y lleva al T.S. a mantener este requisito de liquidez, es el hecho de encontrar en él la única posibilidad de compensar el carácter objetivo que poseen los intereses moratorios y que excluyen la prueba de cualquier inimputabilidad por parte del deudor.

Esta tendencia tuitiva que ha manifestado desde siempre el Alto Tribunal en favor del deudor y concretado ahora en el campo de los intereses moratorios conlleva ciertamente a la desnaturalización de un precepto como el art. 1108 del Código civil cuya finalidad última es establecer una indemnización «a forfait» por el incumplimiento de un determinado tipo de obligación, la obligación pecuniaria, independientemente de la existencia o no de culpa por parte del deudor (ver en este sentido Doral y Marina, *A.D.C.*, 1980, p. 542 y ss).

Ya va siendo hora de que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo cambie de rumbo en materia de intereses moratorios. Si la inercia de la costumbre le lleva a no querer suprimir el requisito de la liquidez para apreciar la aplicación del art. 1108 del C.c., sería aconsejable que recoja el más amplio criterio que parece haberse consolidado en la aplicación del art. 921 de la Ley Procesal Civil, y considere que hay cantidad líquida desde el momento en que se condena en primera (o ulterior) instancia al deudor al pago de una determinada suma de dinero (ver por todos, Ruiz-Rico Ruiz, *C.C.J.C.*, n.º 21, p. 1081 y ss.). (*V.M.L.*).

7. Rescisión de los contratos celebrados en fraude de acreedores. Requisitos para la efectividad de la acción rescisoria o pauliana. Interpretación jurisprudencial de los artículos 1.111, 1.291-3.º, 1.294 y concordantes del Código Civil.— Para la efectividad de la acción rescisoria o pauliana, con reintegro al patrimonio del deudor de los bienes que se hayan enajenado en fraude de acreedores, es doctrina positiva de la Sala, en interpretación de los artículos 1.111, 1.291-3.º, 1.294 y concordantes del Código Civil, que han de concurrir los siguientes requisitos:

— «La existencia de un crédito a favor del accionante...»

— «La realidad de una efectiva transmisión de bienes a cargo del deudor a terceros...»

— El acreedor debe carecer de otro modo para el cobro de lo que se le adeuda (Art. 1.291-3.º CC). No es rigurosamente necesario que haya de promoverse pleito previo para acreditar la insolvencia del deudor o que ésta tenga que ser total, sino que «es suficiente que concurra minoración provocada para cubrir la integridad de la deuda (sentencia de 28-6-1912, 7-1-1958 y 13-1-1986), causándose de esta manera un real y persistente daño al acreedor, por la actuación fraudulenta del obligado, siendo determinativo y esencial que del conjunto de las pruebas se llegue a la conclusión de que no pudiendo aquél cobrar lo que se le debe, carece de otro recurso legal para obtener la reparación de los perjuicios económicos que le afectan, salvo el de la rescisión del contrato de compraventa, conforme al artículo 1.294 del Código Civil y el carácter subsidiario de la acción pauliana con proyección rescisoria sobre el acto que la precede de disposición realizada por el deudor y que determina que dicha acción se tenga y reputa como positiva, cuando se justifique que el acreedor no tiene la disponibilidad de otros procederes o maneras para lograr el abono cumplido de su crédito (sentencias de 12-7-1942, 12-6-1985, 30-1-1986, 16-3-1989 y 13-2-1993)»

— Elemento subjetivo: «... el artículo 1.111 del Código Civil contiene una firme respuesta a las necesarias garantías que deben ser inherentes a las obligaciones, expresando un principio de justicia para la efectividad de su funcionalidad no sólo económica sino también decididamente social, que ha llevado, no obstante no darse la exigencia de “animus nocendi” o de perjudicar a los acreedores, a proyectar el requisito subjetivo del “consilium fraudis”, bien entendido como actividad intencionada y directamente dolosa o bien como simple conciencia de

causarlo, y así lo ha declarado esta Sala, llegando a alcanzar cotas de cuasi-objetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación».

Tanto la determinación de la concurrencia de fraude, como la de existencia o no de bienes suficientes en el patrimonio del deudor, son meras cuestiones de hecho y, como tales, sometidas a la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, cuyas apreciaciones deben ser respetadas y mantenidas en casación, salvo que lleguen a conclusiones totalmente ilógicas, absurdas o manifiestamente contrarias a la realidad de las cosas, o se produzcan errores de hecho o de derecho claramente demostrativos de la equivocación del juzgador (STS de 6 de abril de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Los demandantes, junto con un tío de ambos, eran socios únicos de una Sociedad Limitada. El 22 de julio de 1985, aquéllos vendieron a éste sus respectivas participaciones en dicha Sociedad y, con esa misma fecha, tal Sociedad vendió a los actores un inmueble de su propiedad. Esta compraventa se inscribió en el Registro de la Propiedad en enero de 1986, después de que el demandado, acreedor de la entidad vendedora, obtuviera (en virtud de sentencia judicial firme) anotación de embargo (en noviembre de 1985) sobre el inmueble en cuestión, único bien disponible y posible para que el referido acreedor pudiera hacer efectivo su crédito.

Los actores interpusieron demanda de tercería de dominio pidiendo se declare su derecho de propiedad sobre el inmueble y que se alce el embargo que pesa sobre el mismo. La demanda se dirige frente a la Sociedad vendedora, que fue declarada rebelde procesal, y frente al acreedor de ésta (el cual había instado el embargo para el cobro de su crédito), quien formuló reconvencción solicitando la declaración de nulidad del contrato de compraventa, por haber sido celebrado en fraude de acreedores, y que el inmueble retorne al patrimonio del vendedor.

El Juzgado de 1.^a Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia revoca la sentencia y, estimando la reconvencción, declara rescindido el contrato. El Tribunal Supremo declara no haber lugar el recurso de casación interpuesto por los demandantes (*I.A.F.*).

8. Daños y perjuicios por ocupación indebida de vivienda: Cosa juzgada material: Requisitos.— La eficacia vinculante de la cosa juzgada material exige la concurrencia de las tres identidades de personas, cosas y causa o razón de pedir, determinando la preclusión de todo ulterior juicio sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta al fallo precedente, evitando que la controversia se renueve o que se actúen pretensiones que contradigan el sentido de la sentencia firme, siempre partiendo de la certeza de una resolución sobre idéntico conflicto, aun recaído en procedimiento de distinta naturaleza, puesto que, como dice la s. de 5 de junio 1987, la pretensión que ya ha sido examinada y resuelta, ha quedado satisfecha y no existe razón válida para volver a ocuparse de

ella; siendo así que la concurrencia de las referidas identidades ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia anterior y las pretensiones del ulterior proceso; la paridad entre los dos litigios ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primero con lo pretendido en el segundo teniendo en cuenta la parte dispositiva de aquél, interpretada si es preciso por los hechos y fundamentos de derecho que sirvieron de apoyo a la pretensión y a la sentencia, requiriéndose para apreciar la situación de cosa juzgada una semejanza real que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de manera que no puedan existir en armonía los dos fallos.

Identidad de *causa petendi*: No existe entre la acción para recuperar la posesión y la reclamación de daños y perjuicios por ocupación indebida.— Ha declarado la jurisprudencia que la causa de pedir consiste «en el hecho jurídico o título que sirva de base al derecho reclamado, es decir, en el fundamento o razón de pedir, y no en la acción ejercitada que constituye una mera modalidad procesal indispensable para lograr su efectividad ante los Tribunales», y que «la identidad en la causa de pedir se da únicamente en aquellos supuestos en que se produce una perfecta identidad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad que sirven de fundamento a la nueva acción»; en el presente caso no se da identidad de *causa petendi* pues en el primer proceso se pretendía la recuperación de la posesión de la vivienda que se venía usando en razón al cargo, mientras que ahora se reclaman cantidades a percibir por razón de la ocupación de la referida vivienda a partir del momento en que se produjo la resolución unilateral del contrato que vinculaba a las partes contendientes.

Enriquecimiento injusto: Requisitos.— La continuada doctrina jurisprudencial de esta Sala tiene reiterado que los requisitos necesarios para la apreciación del enriquecimiento injusto son: a) aumento del patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor representado por un *damnum emergens* o por un *lucrum cesans*; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento; y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.

Falta de causa que justifique el enriquecimiento.— El contrato en virtud del cual el demandado ocupaba el edificio de la sociedad actora quedó resuelto en virtud de una declaración unilateral de voluntad como declaró la sentencia anterior haciendo aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la eficacia resolutoria de la voluntad unilateral en los contratos basados en la confianza; y desde el 28 de septiembre 1979 en que se produjo la resolución, el demandado no hizo entrega de la vivienda hasta el 21 de marzo de 1985, sin que durante el transcurso de ese tiempo haya abonado cantidad alguna por tal uso, habiendo declarado la s. de 27 de febrero de 1989, en un caso similar, el derecho a recibir indemnización por utilización de tales elementos y correlativa imposibilidad de uso propio; es evidente la falta de causa justificadora del enriquecimiento producido a favor del ahora recurrente al seguir ocupando la vivienda durante largos años una vez resuelto el contrato que servía de título a esa posesión.

Buena fe del enriquecido.— La s. de 12 de junio de 1955 ha declarado que la *conditio* puede surgir por el sólo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o buena fe del provocador, ya que la doctrina del enriquecimiento injusto no requiere para su aplicación que exista mala fe, negligencia o un acto ilícito por parte del enriquecido, sino que es suficiente el hecho de haber obtenido una ganancia indebida, lo cual es compatible con la buena fe (STS de 31 de marzo de 1992: no ha lugar).

NOTA: El uso de cosa ajena sin título es el primer supuesto de enriquecimiento sin causa que examina Alvarez Caperochipi en su monografía básica (*El enriquecimiento sin causa*, Santiago de Compostela, 1979, p. 119), pues quien se encuentra en aquella situación se ahorra el gasto que debió haber empleado para utilizarla, y en esa medida debe restituirla. En el presente caso el demandado había permanecido durante casi seis años disfrutando de la vivienda propiedad de la empresa, así como de energía eléctrica, agua y teléfono. La estimación de la demanda era evidente. También es correcta la doctrina —que más bien parece afirmarse hipotéticamente— de que obtener una ganancia indebida es compatible con la buena fe (en tal sentido Lacruz, *Elementos* II-3², p. 631, con cita de la s. de 5 de octubre de 1985 a propósito de las diferencias entre acción de enriquecimiento y acción de daños) (*G.G.C.*).

9. Compraventa de inmuebles: Resolución por incumplimiento: Nueva interpretación jurisprudencial.— La moderna orientación de doctrina positiva de esta Sala, constituye una interpretación más acorde a los tiempos, en las situaciones de incumplimiento contractual, superando la tradicional de tener que darse «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo, pues el art. 1124 no lo expresa, literalmente; no se precisa que concurra a efectos resolutivos una pertinaz y continuada conducta obstativa al cumplimiento, sino que basta que el interesado en una vinculante relación obligacional, frente a la actuación del que cumple, no actúe de la misma manera, produciendo incumplimiento de contrario, revelado por llevar a cabo conductas de contradicción a lo establecido en el pacto negocial relacionante o de no prestación de lo debido, por decisión de su libre voluntad, que no es precisamente positiva, sino negativa, en cuanto ha de darse ausencia de toda causa, razón o justificación apreciable y concurrente para ello, colocándose de esta manera, bien expresamente o por deducción de sus actos y conductas acreditadas, en postura manifiesta de oposición a cumplir lo que se convino y obligó por su actuación en línea de mala fe (art. 1258 C.c.); de esta manera se ataca frontalmente a los objetivos y finalidades del convenio, así como a las legítimas expectativas de la parte cumplidora.

Incumplimiento por parte del vendedor: Finca vendida «libre de cargas»: Hipoteca inscrita: Cancelación posterior a la demanda.— La actitud de impago de la compradora no lo fue por causa de su decidida y libre voluntad de no satisfacer el resto del precio adeudado al recurrente, sino que obedece a una postura consecuente a la de éste y de sus repercusiones jurídicas contrarias a los

intereses de aquélla, pues dicho vendedor ocultó que el piso enajenado estaba hipotecado haciendo constar expresamente en el documento que estaba libre de cargas y gravámenes, lo que no sucedía en la realidad externa al pacto, y tal ocultación se mantuvo en toda la vida de la relación contractual, sin que conste se lo hubiera participado en algún momento al comprador, resultando acreditado que la cancelación definitiva de la hipoteca tuvo lugar en fecha posterior a la presentación de la demanda creadora de este litigio; lo expuesto es bien explícito de que el vendedor ha sido persistente en su situación incumplidora y de deslealtad al contrato en el que se obligó.

Incidencia de la publicidad registral.— No es obstáculo a fin de desvirtuar lo que se deja explicitado, que al constar inscrita la hipoteca en el Registro pudo el comprador tener conocimiento cabal de la carga de referencia, pues esta circunstancia, como contempló la s. de 12 de marzo de 1985, incide en la aplicación del art. 1483 C.c., pero no impide los actos obstativos del comprador a la entrega del precio aplazado en tanto el vendedor no libere el piso de la hipoteca que le afectaba, pues dicho adquirente concertó un precio sobre finca libre, lo que no concurrió (STS de 23 de abril de 1992: No ha lugar).

NOTA.— La «nueva interpretación» del incumplimiento contractual en la compraventa de inmuebles, a efectos de la acción resolutoria basada en los arts. 1124 y 1504 C.c., que se recoge en la s. extractada, venía auspiciada por la doctrina (especialmente Díez Picazo, hace ya algunos años) y había sido acogida en anteriores ss. del T.S. En realidad la fórmula estereotipada de la «voluntad rebelde al cumplimiento» era cierta en no pocos casos en los que el comprador hacía hasta ostentación de su voluntad incumplidora mientras disfrutaba de la finca adquirida y no pagada. Pero la complejidad de situaciones fácticas ha permitido al T.S. profundizar en la actitud subjetiva del incumplidor, que no precisa ser dolosa para calificarse de merecedora de la sanción resolutoria, poniéndola en correlación con la del vendedor en aras de la realización del fin del contrato. La correlación de las conductas de ambos contratantes lleva a la consecuencia, no ciertamente nueva sino mantenida desde siempre por la jurisprudencia, de que quien pide la resolución debe ser, a su vez, cumplidor de la prestación a que se obligó.

Quizá lo novedoso del caso aquí resuelto sea la circunstancia de una carga hipotecaria, no liberada al instarse la resolución por el vendedor y que plantea la incidencia de la publicidad registral en el incumplimiento resolutorio. No cabe duda que el comprador pudo conocer, al contratar, la existencia de la hipoteca, pero la venta realizada con la cláusula «sin cargas» hizo nacer en él la confianza de liberación de aquélla antes de tener que pagar el precio aplazado. Incumplida esta obligación por el vendedor, se dificultó la posibilidad de obtener crédito sobre la finca adquirida para el comprador. Parece bien denegada la resolución instada por el vendedor (Pte. Villagómez Rodil) (G.G.C.).

10. Compraventa de inmuebles: Resolución por incumplimiento: Naturaleza jurídica del requerimiento.— La simple lectura del acta invocada, sin necesidad de acudir a interpretación o exégesis alguna, pone de manifiesto la existencia de la voluntad resolutoria de la vendedora, sin que a ello se oponga que en la misma carta la sociedad vendedora emplazase al comprador a realizar el pago antes de determinada fecha, pues según han declarado las ss. de 1 de junio de 1987, 8 de febrero de 1988 y 24 de febrero de 1990, nada impide calificar el requerimiento del art. 1504 C.c. como un acto jurídico complejo integrado, en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que la ley anuda un efecto resolutorio contractual— condicionada, es decir que en ella, la finalidad última que es el ejercicio de la resolución se condiciona en sentido estricto, o se subordina al cumplimiento de un acto, a saber, el pago por el deudor comprador.

Amortización por la vendedora del préstamo hipotecario con anterioridad al requerimiento: Finca no vendida libre de cargas.— Se declara probado que en el momento del contrato en modo alguno se declaró que la finca estaba libre de cargas, ni que se vendiese en tal concepto, antes bien el comprador tuvo conocimiento del préstamo hipotecario cuya amortización siguió a cargo de la sociedad vendedora, la cual se realizó antes del requerimiento notarial y se notificó al comprador por el mismo conducto, por todo lo cual es procedente la resolución.

Incumplimiento inequívoco y objetivo: Frustración del fin del contrato.— Para la resolución del fin del contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia objetiva al cumplimiento (STS de 31 de marzo de 1992: No ha lugar).

11. Compraventa de inmuebles: Resolución pactada: Nueva doctrina sobre el incumplimiento: Frustración del fin del contrato.— La doctrina más reciente de la Sala 1.^a viene proclamando que la resolución a tenor del art. 1504 no requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde» al incumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó, y siendo aconsejable la resolución en los que concurran el impago prolongado, duradero, injustificado o quedar frustrados el fin económico-jurídico que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor, y aconsejable asimismo mantener el pacto, en homenaje a la voluntad contractual, cuando no aparezca definida e incuestionable una decidida voluntad negativa, y entre las sentencias exponentes de esta doctrina reciente, cabe citar las de 12 de mayo de 1988, 2 de junio, 3 de octubre y 20 de diciembre de 1989, 24 de febrero y 21 de julio de 1990, y 15 de febrero, 11 de marzo, 16 de mayo, 7 de junio y 2 y 16 de julio de 1991.

Defectos formales del recurso.— No es correcto hacer referencia a la sentencia de primera instancia, pues el objeto de impugnación es la recaída en el trámite del recurso de apelación, ni es admisible hacer exposiciones fácticas, se encuentren o no en directa o indirecta contraposición con las establecidas por el Tribunal *a quo*, en un motivo incardinado en el ordinal 5.º del art. 1692 L.e.c., ya que ello sería propio del cauce prevenido en el n.º 4.º, apto para combatir presuntos errores en la apreciación de la prueba. (STS de 16 de junio de 1992: No ha lugar).

NOTA.— Sobre la nueva doctrina del incumplimiento resolutorio *ex art. 1504*, véase nota a s. de 23 de abril de 1992, en este mismo Anuario. Sorprende la fórmula empleada en el 4.º FD de la s. aquí extractada redactada en términos de *consejo* cuál sí se tratara de un margen de discrecionalidad judicial, cuando el art. 1504 está redactado en términos inequívocamente imperativos. Por lo demás, el supuesto de hecho aquí contemplado no deja lugar a dudas; de 23 letras se abonaron ocho (G.G.C.).

12. Resolución de un contrato de compraventa de un inmueble. Voluntad rebelde al cumplimiento.— Para la resolución de un contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte (ss. 24.2.1990 y 7-6-1991), siendo en definitiva aplicable el art. 1504 del C.c. a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago duradero, prolongado, injustificado (S.^a 20-12-1989).

El supuesto a que se refiere el art. 1504 es la compraventa de bienes inmuebles con precio aplazado, por lo cual, háyase o no convenido pacto comisorio, al dejar de pagar los compradores parte del precio incurren en incumplimiento determinante de la resolución contractual.

Compatibilidad entre los arts. 1124 y 1504 del C.c.— Ambos artículos son compatibles y complementarios, constituyendo el segundo una especialidad de la regla general contenida en el primero, y cuando ha existido un correcto requerimiento judicial o notarial queda vedado para el juez el otorgamiento de un nuevo plazo. (STS de 4 de marzo de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— Se formula demanda sobre resolución de un contrato de compraventa de vivienda por falta de pago del precio e indemnización de daños y perjuicios. El precio pactado en la compraventa del piso, celebrada el 4 de diciembre de 1984 fue de 3.050.000 pts., parte del cual (2.350.000 pts.) se abonaría en noventa días, acordándose que los compradores se comprometían a gestionar la solicitud de un crédito por ese importe ante una entidad bancaria. No habiendo abonado éstos dicha can-

tividad, fueron requeridos de pago notarialmente en julio de 1987 y posteriormente demandados.

El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando resuelto el contrato si en el plazo de 60 días los demandados no acreditaban pagar al actor la suma que les faltaba por pagar, quedando en caso contrario en poder del demandante las cantidades entregadas por el comprador y con la condena a los demandados a que dejen libre y expedito y a disposición del actor la referida vivienda, bajo apercibimiento de desalojo si no lo hicieran en el plazo legal. La Audiencia Provincial estimó la apelación de la actora revocando parcialmente la sentencia apelada, y declaró haber lugar a la resolución del contrato, sin concesión de plazo para pagar, así como a la indemnización de daños y perjuicios. El T.S. falló no estimando el recurso interpuesto por la parte demandada. (*V.M.L.*).

13. La acción de resolución del art. 1.504 del Código civil y la facultad resolutoria del art. 1.124.— «Incide aquella Sala en una interpretación errónea del art. 1.504 del Código civil, ya que, una vez que media requerimiento de resolución, el comprador requerido no puede pagar o consignar para evitar sus consecuencias. Además, el precepto citado no es aplicable al caso litigioso, pues no se señaló en el contrato un plazo para pagar el precio, sino para consumarlo, cumpliendo cada parte sus obligaciones. Sin embargo, este error no lleva a la casación de la sentencia recurrida, porque por aplicación de la facultad resolutoria del art. 1.124 del Código civil hay que mantener el resultado al que aquélla llega. El vendedor ha optado por la resolución del contrato ante el incumplimiento del comprador requiriéndole a este efecto, por lo que al no haber probado dicho comprador que tal incumplimiento no obedece a causas dependientes de él, la resolución está correctamente realizada. Y esto es lo que ha sucedido en el litigio, en el que la Sala «a quo» da por probada la conducta del recurrente contraria a lo convenido en el documento privado mantenida hasta el final del plazo pactado para otorgar la escritura pública, por lo que el requerimiento surtió válidamente sus efectos resolutorios, no dándose tampoco la infracción del art. 1.124 del Código civil».

La imputabilidad del incumplimiento y la resolución del contrato.— «No puede alegarse con éxito que el comprador requiriese al vendedor para el otorgamiento de escritura y pago del precio el mismo día 17 de marzo en que éste último requirió de resolución al primero, la facultad de dar por resuelto el contrato la seguía teniendo el recurrido porque el requerimiento de su comprador y recurrente no tenía por objeto que aceptase el pago del efectivo que se pactó, sino el de señalarse unilateralmente una fecha para ello (27 de marzo siguiente), a lo que ninguna estipulación del contrato privado le autorizaba. El plazo para el cumplimiento del mismo se agotó el día 14 de marzo y de común acuerdo se prorrogó hasta el siguiente 16 del mismo mes, en el que el comprador y vendedor comparecieron ante Notario con aquel objeto, no siendo posible la escrituración por culpa del comprador y recurrente. Pero, a partir de ese último día, éste debía haber

pagado o consignado o haber realizado un ofrecimiento real de pago antes de que el vendedor resolviese el contrato, y en lugar de hacerlo le fijó por su exclusiva voluntad un plazo para cumplir, que no tenía en modo alguno que obedecer el vendedor al no estar convenido. Por tanto, mientras el comprador no cumpla por causa dependiente de su voluntad, el vendedor puede resolver el contrato, sin que pueda ser privado de ella por una fijación unilateral por aquél de un plazo para cumplir».

El cambio en la modalidad de pago es motivo legítimo para rechazar el otorgamiento de escritura pública de compraventa.— «Es cierto que dos días después del plazo pactado, recurrente y recurrido comparecieron en la notaría para otorgar la escritura pública, pero no se llegó a su otorgamiento por las pretensiones del comprador respecto a la forma en que debía escriturarse, manteniendo los criterios contrarios a lo establecido en el documento privado que sobre el particular había tratado de imponer al vendedor con anterioridad a ese día. Por tanto, no se quiebra la declaración de la sentencia recurrida de que el comprador incumplió por su voluntad... El vendedor manifiesta que se le quería pagar por el comprador «en bonos del Estado» y que no escrituró así. Esta conducta del comprador iba en contra de lo estipulado en el contrato, que habla de «efectivo», cualidad que no reúne ese instrumento, por lo que fue legal la negativa a escriturar». (STS de 13 de abril de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Mediante documento privado de 12 de noviembre de 1986 el vendedor declaró unilateralmente que vendía a la sociedad anónima «A. y P.R.», una finca urbana de su propiedad por treinta y nueve millones de pesetas. El 23 de febrero de 1987, ante testigos, el vendedor y el administrador de la sociedad compradora acordaron en documento privado consumir dicha compraventa en el plazo improrrogable de veinte días naturales a contar desde aquella fecha, compareciendo dentro de ese plazo ante notario para otorgar la escritura pública correspondiente, confirmando el precio del inmueble en treinta y nueve millones de pesetas en efectivo que, sin embargo, se escrituraría en treinta millones. El 14 de marzo expiró el plazo pactado para el cumplimiento del contrato. El día 16 de marzo, de común acuerdo, comparecen ambas partes en la notaría, pero no se llega a escriturar el contrato de compraventa porque el comprador pretendía que el precio fijado en la escritura fuera el de treinta y nueve millones de pesetas que, además, pagaría en bonos del Estado. El 17 del mismo mes, el comprador mediante requerimiento notarial compele al vendedor a que el día 23 de marzo otorgue la escritura pública de compraventa. En contestación a ese requerimiento, el vendedor ejercita la facultad resolutoria. El 24 de marzo, mediante acta notarial se da fe de que el vendedor no acudió a la notaría para otorgar la escritura pública de compraventa. El comprador demanda en Primera Instancia el cumplimiento del contrato. El vendedor opone la resolución del mismo. Desestimada la

demanda e interpuesto recurso de apelación, la Audiencia confirma la sentencia. Recurrida en casación, el Tribunal Supremo declara NO HABER LUGAR AL RECURSO (G.D-P.G).

14. El incumplimiento como presupuesto de la facultad de resolver.— Pretendía el recurrente que al no habersele notificado la concesión de la licencia, no había vencido el plazo para efectuar el pago del resto del precio, siendo inaplicable el artículo 1124 del Código Civil, por no haber incumplimiento.

El T.S. declaró que «tales premisas fácticas no se corresponden, en absoluto, con las establecidas por el Tribunal “a quo”, las cuales han quedado incólumes al no haber sido atacadas por la vía casacional adecuada» y así «aunque se dice que la concesión de la licencia no fue notificada a Landia es evidente que ésta hubo de tener pleno conocimiento de dicha concesión, siquiera sea a través del acta notarial de 10 de abril, no obstante lo cual, dejó transcurrir el plazo sin hacer pago del resto del precio, tratando de cubrir la fórmula con pretensiones de liquidación de cuentas u ofrecimiento de garantías, cuando, ciertamente, ni había cuenta alguna que liquidar, ni las garantías de un pago futuro pueden suplir el pago del presente (...) En consecuencia, es visto que “Landia” ha incumplido abiertamente el contrato» y «la atribución del incumplimiento del contrato a la sociedad recurrente, originaba la evidente observancia del artículo 1.124 del Código Civil».

Resolución de contrato de compraventa de inmuebles.— El recurrente pretendía que al existir un contrato de compraventa de inmuebles, el precepto aplicable por falta de pago del precio no es el artículo 1.124 del Código Civil sino el artículo 1.504 de dicho Código, que para poder resolver exige un requerimiento notarial previo y no es tal el contenido en el acta de 17 de julio de 1981.

El Tribunal Supremo declaró que: «Al acta notarial de 17 de julio de 1981, bien cabe asignarle la naturaleza de un requerimiento de pago, en cuanto que en el apartado primero de la misma, Obrascón otorgó a Landia un último plazo de diez días naturales para que deposite (...) a nombre de Obrascón, S.A. la cantidad de 108.500.000 pesetas (parte del precio aplazado) (...) y la significación atribuida al precitado apartado no puede quedar desvirtuada por el segundo de dicha acta, en el que Obrascón ofrecía devolver a Landia la cantidad que entregó como importe de la opción de compra y, pagarle la cantidad calculada para invertir en las obras, en cuanto que se manifestaba que ese ofrecimiento no implicaba reconocer obligación alguna ya que en el contrato se hacía constar que el incumplimiento en el pago por parte de Landia, S.A., llevaba aparejada la pérdida de la cantidad entregada, quedando también en beneficio de Obrascón el importe de las obras o mejoras realizadas en las fincas objeto de la opción».

Asimismo, recuerda la doctrina consolidada de la Sala relativa a que los artículos 1124 y 1504 del Código Civil no se eluden entre sí, sino que se complementan.

Cláusula penal.— «La atribución del incumplimiento del contrato a la sociedad recurrente origina la evidente observancia de las cláusulas resolutorias expresa y penal contenidas en el contrato». (STS de 27 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Existe entre la sociedad Obrascón, S.A., actora, y la codemandada Landia, S.A. un contrato calificado de compraventa en ambas instancias, no obstante la denominación de opción de compra dada por las partes, cuyo objeto consiste en dos mil acciones, cuya titularidad pertenece a Obrascón, y que constituyen el capital social de la mercantil Puerto Paraíso, S.A., cuyo patrimonio está formado por determinadas fincas.

Convienen que el pago del precio aplazado se efectúe en 60 días naturales, como máximo, a partir del siguiente a aquél en que se notifique la concesión de la licencia municipal de obras, obtenida en fecha de 26 de marzo de 1981, y que los gastos que originare ésta son de cuenta de la sociedad Landia, S.A.

Obrascón, ante el incumplimiento por Landia de sus obligaciones contractuales, denuncia el contrato declarándole formalmente resuelto, por acta notarial de 10 de abril de 1981, confirmada por otra del 23 del mismo mes. Por su parte, Landia el 8 de junio remite carta por conducto notarial, en la que participa a Obrascón que como debe estar cercano el vencimiento del plazo, le ofrece el pago, requiriendo la remisión del estado de cuentas. Obrascón comunica su rechazo por haber quedado resuelto el contrato, a lo que se opone Landia. Finalmente, Obrascón por acta notarial de fecha 17 de julio de 1981 requiere a Landia para que: 1.º Deposite a nombre de aquélla, en un plazo de 10 días naturales, la parte del precio aplazada y atienda a las demás obligaciones asumidas en el contrato. 2.º Ofrece devolver a Landia la cantidad de 12 millones de pesetas, entregada como señal a cuenta del precio y, además pagarle la cantidad calculada para invertir en las obras. Landia contesta requiriendo envío urgente del estado de cuentas.

Obrascón solicita se declare resuelto el contrato por incumplimiento y se condene a Landia a abonar los daños y perjuicios con la pérdida de la cantidad que había entregado en concepto de señal a cuenta del precio, perdiendo además las obras y mejoras que hubiere efectuado en las fincas. Las sentencias de ambas instancias declaran resuelto el contrato por incumplimiento, si bien la recaída en apelación, revocando parcialmente la de primera instancia, declara que la actora puede retener y hacer suya la cantidad pagada como señal y parte del precio del contrato resuelto. (J.S.C.).

15. La buena fe en la doble venta de cosa inmueble inscrita.— «La buena fe a la que, a efectos de la doble venta, se refieren los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria, precisa, conforme a los artículos 433 y 1.950 del citado Código, en el segundo comprador ignorancia de que la cosa adquirida había sido ya objeto de una venta anterior, requisito que aquí no concurre, pues el Ayuntamiento demandado, cuando compró en 1983 las casas litigiosas, conocía plenamente que las mismas habían sido vendidas en 1980 a la entidad Lenvo, S.A.».

Al examinar la cuestión consistente en determinar si la circunstancia de que la entidad Lenvo, S.A., cuando en 1980 compró los bienes litigiosos, aún no hubiera adquirido personalidad jurídica (por falta de su inscripción en el Registro Mercantil) puede, por sí sola, ser determinante de la buena fe adquisitiva o ausencia de mala fe del inscribiente, declaró: «La circunstancia de que un bien sea adquirido por una sociedad en formación no puede ser tomada en consideración, como erróneamente hace la sentencia recurrida, para eliminar la mala fe del comprador posterior y transmutarla, sin más, en buena fe, pues con arreglo al artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, los contratos celebrados en nombre de la sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil son válidos cuando dicha sociedad los ratifica y acepta después de su inscripción, como ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, aparte de que, desde el momento del otorgamiento de la escritura pública de venta por el deudor ejecutado a favor de la entidad Lenvo, S.A. (aunque no estuviera inscrita en el Registro Mercantil), cuyo precio, por medio de sus gestores, pagó en su integridad y, además de la tradición instrumental que supone el otorgamiento de la escritura pública de venta (artículo 1462.2 del Código Civil), tomó posesión real y material, también por medio de sus gestores, de las casas vendidas, es indudable que éstas ya habían salido del patrimonio del vendedor, aún prescindiendo de si en aquella fecha de la escritura el dominio discutido lo adquirió la sociedad con efecto retroactivo o simplemente los socios gestores con la responsabilidad solidaria de que habla el artículo 7 precitado (...), circunstancia ésta que era plenamente conocida por el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera antes de que en 1983 se otorgara a su favor la escritura de venta de las casas litigiosas, (...), por lo que carecía del ineludible requisito de la buena fe para que el artículo 1473.2 pueda desplegar en su favor la virtualidad adquisitiva, en función de su prioridad en la inscripción en el Registro de la Propiedad».

Presupuesto para la existencia de la doble venta.— «La tipificación de la doble venta, que contempla el artículo 1473 del Código Civil, requiere, para su existencia, que cuando se perfeccione la segunda venta, por convenio entre comprador y vendedor sobre la cosa objeto del contrato y el precio (artículo 1450 del Código Civil), la primera no haya sido consumada todavía (lo que implica una cierta coetaneidad o proximidad cronológica entre ambas ventas), pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada (por pago íntegro del precio por el comprador y entrega de la cosa por el vendedor), ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino una venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda venta por falta de objeto». Así, «cuando el Juzgado otorgó, en repre-

sentación del deudor ejecutado, escritura pública de venta de las mismas casas a favor del Ayuntamiento, en realidad realizó una venta carente de objeto, pues las repetidas casas ya no pertenecían a dicho deudor-ejecutado, de cuyo patrimonio habían salido en 1980». (STS de 11 de abril de 1992).

HECHOS.— En distintos juicios ejecutivos, promovidos por diversos acreedores contra el mismo deudor, y tramitados ante diferentes Juzgados, se embargan determinados bienes inmuebles, propiedad de los esposos Don E.B.U. y D.^a M.L.C., a cuyo nombre, y para su sociedad conyugal, figuran inscritos en el Registro de la Propiedad. Dichos embargos son anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad en fecha 11-XII-1974 y 17-III-1975, cuyas anotaciones son prorrogadas en fecha 11-XII-1978 y 6-III-1979, respectivamente, por cuatro años más.

Realizándose el embargo anotado preventivamente con anterioridad, se aprueba el remate en favor del mejor postor, quien lo cede a la sociedad Lenvo, S.A., cuya escritura de constitución está pendiente de inscripción en el Registro Mercantil. Consignado el precio por ésta, los citados cónyuges y la sociedad otorgaron escritura pública de venta de los inmuebles el 21-V-1980. El comprador toma posesión de los bienes vendidos y presenta en fechas sucesivas la citada escritura en el Registro de la Propiedad, extendiéndose los correspondientes asientos de presentación, sin que ninguno de ellos llegue a causar inscripción de dominio.

Ulteriormente se realiza el embargo anotado con posterioridad. Aprobado el remate en favor del mejor postor, que había intervenido en la anterior subasta, consigna el precio y cede el remate a favor del Ayuntamiento de Arcos de la Frontera. Este, personado en el procedimiento de apremio, alega que tiene conocimiento de que los inmuebles ya habían sido vendidos a la entidad Lenvo, S.A. El Juez, actuando en representación del deudor ejecutado, otorga en favor del citado Ayuntamiento, escritura de venta de los mismos inmuebles el día 6-VI-1983, y acuerda que se de posesión de los bienes al comprador, no obstante hallarse los mismos en la posesión anterior de la entidad Lenvo, S.A. La escritura pública de venta se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Con posterioridad, la entidad Lenvo, S.A. presenta en el citado Registro su escritura de venta de los mismos inmuebles, denegándose su inscripción, por figurar como transmitente persona distinta de quien en el Registro aparece como titular de los mismos.

Dicha sociedad ejercita acción reivindicatoria contra el Ayuntamiento de Arcos de la Frontera, solicitando se declare que el dominio de los inmuebles le pertenece y que se condene al demandado a la restitución de los mismos; así como que se declare la nulidad e ineficacia de la escritura pública de venta otorgada a favor del demandado, instando la cancelación registral de las inscripciones causadas en virtud de aquélla. El demanda-

do, se opone alegando excepción perentoria de falta de litisconsorcio pasivo necesario y formula reconvencción pretendiendo se declare la nulidad de la escritura de venta otorgada en favor de la entidad Lenvo, S.A., a la que ésta se opone alegando idéntica excepción. Las sentencias de ambas instancias, de plena conformidad, desestiman la acción reivindicatoria y las demás pretensiones. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la sociedad Lenvo, S.A.

NOTA.— La declaración contenida en el Fundamento de Derecho 6 y aquí extractada en el epígrafe n.º 2, no constituye la razón de decidir del Tribunal Supremo, por lo que carece de la consideración de doctrina Jurisprudencial, máxime si se tiene en cuenta que mantiene el pronunciamiento absolutorio en la instancia, dejando imprejuizado el fondo de la cuestión relativa a la pretensión de nulidad de la escritura de venta otorgada a favor del Ayuntamiento, por estimar la excepción perentoria de falta de litisconsorcio pasivo necesario. (*J.S.C.*)

16. Arrendamiento urbano. Ejecución hipotecaria.— La ejecución hipotecaria no extingue el arrendamiento concertado con posterioridad a la hipoteca salvo que se demostrara que existió confabulación o fraude.

Presunción.— Para que se destruya la presunción es preciso establecer que el nexo o relación fue erróneo o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio.

Documentos privados. Fecha frente a terceros.— La prevención del art. 1227 sólo es aplicable cuando no existen otros medios de prueba que justifiquen la realidad de la fecha consignada en el documento (**STS de 23 de junio de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.— Se formula demanda solicitando que fuese condenada la parte demandada a pasar por la declaración de que el demandante es dueño de un piso en virtud de compra en subasta pública, y que como consecuencia de esa titularidad se obligue a dicho demandado a desalojar la vivienda en tanto que viene ocupándola sin título alguno. En la contestación a la demanda la parte demandada solicita que se estimara la inadecuación del procedimiento al existir otro procedimiento anterior en el que precisamente habían pedido que se declarase su condición de arrendatario, en tanto que venían ocupando la vivienda mencionada con tal calidad desde hace años y así lo hicieron saber antes de que se llevara a cabo la subasta. Con posterioridad, a petición de la parte demandante se acordó la acumulación de autos que se seguían en otro Juzgado sobre la anterior cuestión jurídica.

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimatoria de la demanda, y respecto a la demanda acumulada declara que los demandantes son arrendatarios de la vivienda mencionada en los términos pactados

en el contrato. La Audiencia Provincial confirma el fallo. No prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.).

17. No se produce indefensión cuando el juicio de retorno arrendaticio se interpone contra los que en ese momento figuran como titulares registrales, aunque la finca se haya vendido anteriormente a otras personas.— El hoy recurrido no tenía el deber y menos conocimientos, para interpelar en pleito de referencia a doña Josefa Muñoz, ya que incluso la sentencia definitiva que recayó en el mismo, pronunciada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, en fecha 18 de febrero de 1986, lo fue con anterioridad a la inscripción registral que alega el motivo. La resolución judicial adquirió firmeza y carácter de ejecutoriedad, por lo que fue realizada.

En consecuencia, la ausencia de indefensión queda patente, sin fisura alguna y no cabe ser extendida, conforme a lo que se resolvió en la instancia, al trámite ejecutorio de la sentencia que otorgó el retorno, en cuanto el mismo obedece al necesario cumplimiento y efectividad de las resoluciones judiciales para hacerlas dinámicas y llevar a la realidad su contenido teórico, en cuanto vienen a ser leyes particulares para los litigantes obligados.

Eficacia de la cosa juzgada y vías para conseguir su ineficacia.— A la sentencia dictada en dicho litigio anterior, que reconoció el derecho de retorno, le es inherente la situación de estabilidad, que determinó su ejecución, impidiendo así mismo, que se discuta ulteriormente lo que ya se resolvió, es decir, que por los efectos de la cosa juzgada, las partes tienen el derecho a ser protegidas, impidiendo que la cuestión ya debatida y decidida se reavive y vuelva a ser objeto de nueva controversia judicial, o se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la correspondiente sentencia e incluso por la vía de la nulidad de actuaciones (arts. 238 a 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), por suponer el ejercicio de una potestad «ex officio» para invalidar las sentencias firmes, quedando como vía rescisoria de las mismas el recurso extraordinario de revisión, cuando proceda (sentencias de 23 de julio y 11 de octubre de 1990) o, en su caso, el recurso de amparo constitucional (sentencias del T.C. de 19 de diciembre de 1989 y 15 de noviembre de 1990).

Eficacia del derecho de retorno arrendaticio frente a los adquirentes de la finca arrendada.— Si en la compra efectuada por el marido de la recurrente el 2 de abril de 1984, no se hizo mención ni referencia al arriendo ni al derecho de retorno que efectuaba al local de autos, cuyo conocimiento tuvieron bien preciso los transmitentes, pues fueron demandados en el pleito precedente, ello puede determinar el afloramiento de conductas maliciosas en los precedentes que transmitieron sus derechos dominicales a la recurrente y generadora de posibles responsabilidades, pero ello no puede obstaculizar el legítimo derecho del arrendatario de retornar al local que poseía en arriendo y donde tenía instalado su actividad comercial, pues el mismo tiene su fundamento y amparo en la Ley de Arrendamientos Urbanos, gozando de análoga protección que la locación de la que proviene, por lo que la armonización del art. 15 del Reglamento Hipotecario y la Ley Arrendaticia deviene que los sucesivos adquirentes dominicales actuali-

cen las anotaciones registrales correspondientes y, al efecto, el art. 94 de la Ley Arrendaticia impone a todo propietario, aunque cambie la persona del titular, a respetar como tal arrendador el contrato de arrendamiento que las obras de reconstrucción suspendieron.

Configuración del derecho de retorno arrendaticio como obligación «propter rem».— Esta Sala ya ha tenido ocasión de abordar la cuestión y en sentencia de 19 de mayo de 1979 parte de considerar indiscutible el derecho de retorno otorgado judicialmente, para llegar a la conclusión de que no lo puede enervar el mencionado precepto 15 del Reglamento Hipotecario, de rango inferior a la Ley de Arrendamientos Urbanos y porque el derecho se configura como una obligación «propter rem» (STS de 29 de febrero de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— La propietaria y titular registral de un local comercial interpuso juicio declarativo, entre otras personas, contra quien había obtenido sentencia judicial favorable, en la que se declaraba su derecho de retorno arrendaticio sobre la finca en cuestión. Alegaba la demandante que en el proceso precedente sobre el retorno no había sido demandada ni se le había notificado la existencia del procedimiento, lo que le producía indefensión, por lo que solicitaba, entre otras cosas, que se declarara nula la entrega de local al arrendatario. Es un dato a tener en cuenta que ni en la escritura pública de compraventa ni en el Registro de la Propiedad se hacía constar ese derecho de retorno. La pretensión fue rechazada en todas las instancias y por el Tribunal Supremo.

NOTA.— El choque frontal entre la legislación arrendaticia urbana y la normativa hipotecaria está produciendo últimamente algunos pronunciamientos bastante discutibles y polémicos del Tribunal Supremo, como la sentencia de 23 de febrero de 1991, muy criticada por nuestra doctrina. Se protegen los derechos arrendaticios urbanos hasta el punto de prevalecer sobre la normativa hipotecaria y, en concreto, sobre los trascendentales arts. 32 y 34 de la LH. En el caso de autos, la adquirente del local ignoraba la existencia del arrendamiento anterior pues ni en su título de adquisición ni en el Registro de la Propiedad se le advierte de ese derecho. Ni siquiera la realidad le pudo advertir, porque se había reconstruido el edificio y el local estaba desalojado cuando se produjo la adquisición. La solución jurisprudencial, con todo, está respaldada actualmente por la letra de la Disposición Adicional cuarta, 3.^a, del vigente Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. ¡Sacrosanto derecho arrendaticio que pone en entredicho los más elementales principios del Derecho hipotecario! (*L.F.R.S.*).

18. Arrendamientos rústicos. La Disposición Transitoria 1.^a y Final de la Ley de 31 de diciembre de 1980. La cualidad de arrendatarios.— La Dis-

posición Transitoria de referencia, contiene una declaración normativa bien clara y determinante, que quiebra el principio general de irretroactividad del art. 2 del C.c., en cuanto establece que quedan sujetos a la misma los contratos cualquiera que sea la fecha de su celebración, salvo las excepciones precisas a que se refieren las reglas primera, segunda y tercera. Por lo que ha de entenderse, como criterio general, la proyección de dicha normativa especial sobre todos los convenios existentes y con desarrollo dinámico de relaciones, a la entrada en vigor de la Ley de 31 de diciembre de 1980 y así como a los derechos y efectos jurídicos derivados, lo que resulta de adecuada conformidad al carácter imperativo de esta nueva legislación rústica y su relevante función social.

La cualidad de arrendatarios ha de poseerse u ostentarse al tiempo de la enajenación de las fincas, en relación con su cualificación como profesionales de la agricultura (art. 14 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, reformado por la Ley de 28 de febrero de 1991) y cultivadores personales (art. 26 de la citada Ley).

Principio de congruencia.— No le es lícito a los juzgadores modificar, alterar y menos sustituir ni la causa de pedir ni las cuestiones debatidas por otras que no se plantearon en el marco de un concreto juicio. Incluso tampoco resulta de corrección legal, tener en cuenta las pretensiones argumentadas en el acto de la vista oral del recurso de apelación, si no se debatieron en la primera instancia (Ss. de 6-3-1984; 20-5; 7-7-1986; 19-2-1989). (STS de 3 de marzo de 1992, ha lugar).

HECHOS.— D. Pascual L.G. y siete personas más interpusieron demanda de retracto legal arrendaticio de fincas rústicas contra D. Julián F.A. y D.^a Ascensión M.Q. Los demandados compraron, el 18 de diciembre de 1980, la nuda propiedad de una serie de fincas a D.^a Carmen M.B., conservando ésta el usufructo de todas hasta su fallecimiento, el 25 de noviembre de 1984. En ningún momento aquéllos manifestaron ni notificaron —como era procedente— a los arrendatarios su condición de compradores e incluso tras consolidar su propiedad dijeron que las habían adquirido por herencia. Ante el intento de los demandados de resolver los contratos de arrendamiento, los arrendatarios solicitaron del Registro de la Propiedad las certificaciones oportunas y promovieron dentro del plazo de 60 días hábiles la acción de retracto.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la excepción de falta de legitimación activa en siete de los demandantes y entrando a conocer del fondo del asunto respecto del restante, absolvió a los demandados. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por los actores, teniendo como único argumento jurídico la insuficiencia del precio consignado, pues consideró que, satisfaciendo los recurrentes únicamente el precio de la venta, marginando el usufructo consolidado, se podría producir en los mismos una situación de enriquecimiento injusto. El Tribunal Supremo apreció el recurso, declarando haber lugar al retracto

a favor de todos los actores y condenó a los demandados a las costas de primera instancia y apelación.” (V.M.L.).

19. La figura del cultivador personal.— «Aún considerando que el texto legal al definir la categoría de cultivador personal en el artículo 16 de la Ley de arrendamientos rústicos de 31 de diciembre de 1980, emplea términos menos exigentes y rígidos que los utilizados en el artículo 83-3 por el Reglamento de 29 de abril de 1959 para la configuración del cultivador directo y personal, ya que éste Reglamento usa expresión “cuando las operaciones agrícolas se realicen materialmente” que no se reitera en aquella Ley, es evidente que mantiene un criterio muy similar a aquél, puesto que la disposición transitoria 1.^a de esta Ley, —puente legal entre las dos situaciones, pre y post a la Ley nueva—, alude exclusivamente al artículo 16, así textual y restrictivamente, pero no al artículo 15 en que se define ampliamente al profesional de la agricultura, en que se marca la leve exigencia tan sólo de dedicación preferente, para el perfil definitorio de la nueva figura del arrendatario».

Distinción entre profesional de la agricultura y cultivador personal.— «Ha de señalarse en la literalidad de los artículos 15 y 16 de la Ley vigente, una nota diferencial entre el profesional de la agricultura y el cultivador personal que permite hacer énfasis en la mayor exclusividad de éste, y no simple preferencia de aquél, en la dedicación agraria respecto de las fincas objeto del contrato de arrendamiento». Así, no tiene la consideración de cultivador personal el arrendatario que posee “otros cultivos de regadío en distinto término municipal y establecimiento comercial abierto al público”, factores “que repudian la afirmación de exclusividad en su dedicación agraria”. Y ello, “aunque por su naturaleza la explotación ganadera sea hasta cierto punto menos absorbente que la propiamente agraria, porque el detalle de la preferencia para ser profesional de la agricultura no es ingrediente propio del cultivador personal que requiere un mayor acento de exclusividad que no se da en el caso del recurrente, al menos a los efectos de la aplicación de la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley vigente de 31 de diciembre de 1980».

Duración del arrendamiento pecuario existente a la entrada en vigor de la L.A.R. de 31 de diciembre de 1980. Tácita reconducción.— Concluido en fecha 31 de diciembre de 1987 el plazo de duración estipulado, «es patente la correcta aplicación del Ordenamiento Jurídico por la Sala de Apelación, puesto que por la tácita reconducción, admitida por la Ley nueva (artículo 83, b y c), en conexión con los artículos 1.566 y 1.577 del Código Civil, concluyó el contrato el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y ocho, con el previo requerimiento o preaviso de la arrendadora en fecha trece del mismo mes y año».

HECHOS.— La actora celebró en fecha 1 de enero de 1978 con el hoy demandado un contrato de arrendamiento de finca rústica, destinada a explotación ganadera. Concluido el plazo de duración pactado, la arrendadora solicita el deshaucio por expiración del término convenido. El

arrendatario se opone ya que tiene derecho a prórroga dada su condición de cultivador personal. Las sentencias de ambas instancias, de plena conformidad, acceden a la pretensión de la actora. (STS de 4 de abril de 1992; no ha lugar). (J.S.C.).

20. Responsabilidad decenal: Promotor-constructor.— A los efectos de la responsabilidad llamada decenal, la figura del promotor-constructor, desconocida en la época de la redacción del art. 1591 C.c., se halla equiparada a la del contratista, por lo que, al igual que éste, responde de la ruina, física o funcional, del edificio cuando la misma sea debida a vicios de construcción según una reiterada doctrina jurisprudencial.

Principio jurisprudencial de solidaridad entre los responsables. Inaplicabilidad cuando se individualiza la causa y el responsable de los vicios ruinosos.— La creación jurisprudencial del principio de responsabilidad solidaria en la construcción opera en las hipótesis en que la ruina de la edificación, física o funcional, se haya producido por la concurrencia de varias concausas, unas atribuidas a la dirección técnica y otras a la ejecución, sin posibilidad de discernir las que correspondan a unas y a otras, de modo que la responsabilidad solidaria de los distintos elementos personales que cooperaron en la edificación sólo está justificada en caso de no poder individualizarse la correspondiente a cada uno de los culpables de los defectos constructivos, por lo que no es procedente declararla cuando no se da tal presupuesto de hecho, por haberse precisado la atribuible a cada uno de ellos (STS de 31 de marzo de 1992; ha lugar).

NOTA.— La sentencia apelada contiene una minuciosa descripción de los defectos ruinosos con indicación específica de a quién son imputables, distinguiendo; A) Daños en bóveda acristalada y chimenea de ventilación, atribuibles a los arquitectos; B) Humedades en cubierta del edificio cuya responsabilidad incumbe tanto a arquitectos como aparejadores; C) Humedades por condensación, imputables a ambos técnicos; D) Humedades en el encuentro de la rampa de acceso al garaje y alteración de las juntas de dilatación de las baldosas y enchapados, cuya responsabilidad incumbe a los mismos. Ante tan diáfana declaración de hechos probados es plenamente de aprobar la s. estimatoria del recurso, que exime de responsabilidad a la entidad promotora (Pte. Morales Morales) (G.G.C.).

21. Extensión del concepto de ruina a los defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato.— El término «ruina» que utiliza el art. 1591 no debe quedar reducido al supuesto de derrumbamiento total o parcial de la obra, puesto que (como determinan las sentencias de esta Sala de 5 y 30 de septiembre de 1983 y 5 de marzo

de 1984, entre otras) hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato. Y es en este último dato («violación del contrato») donde radica sobre todo la responsabilidad contractual del recurrente, puesto que de otra forma quedaría el cumplimiento de lo pactado al arbitrio del obligado (en este supuesto del aparejador) y se quebrantaría no sólo lo pactado, sino además la buena fe contractual.

Extensión de la responsabilidad contractual a los arquitectos técnicos. Carácter solidario de la obligación.— Máxime cuando se ha declarado también (sentencias, entre otras, de 13 de noviembre y 21 de diciembre de 1981 y 5 de marzo de 1984) que la mala calidad de los materiales y los defectos de dirección y ejecución de la obra afectan, entre otros intervinientes en aquélla, también a los arquitectos técnicos de cada uno de aquéllos, lo que conduce a la responsabilidad solidaria. Derivando esta responsabilidad «in solidum» de la concurrencia de varias concausas, unas atribuidas a la dirección y otras a la ejecución, sin posibilidad (como en el supuesto ahora contemplado) de discernir las consecuencias de cada una (sentencias, entre otras, de 17 de febrero y 16 de junio de 1984 y 31 de enero y 30 de diciembre de 1985).

Inclusión en el concepto de ruina de los defectos sobrevenidos después de la construcción por actuaciones también posteriores a la misma.— Sin olvidar, por último, que dentro del concepto de «ruina» se incluyen los graves defectos constructivos o sobrevenidos después de la construcción por la actuación de personas que hacen fracasar las legítimas expectativas del adquirente de un inmueble y que lo hacen inútil para su finalidad, según se deduce de sentencias como las de 17 de junio de 1987 y 1 de febrero y 12 de abril de 1989. (STS de 31 de diciembre de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— La entidad propietaria de los locales situados en los bajos de un edificio demandó al arquitecto, al aparejador, a la entidad constructora del edificio, a la entidad que efectuó la obra posterior, a la sociedad cooperativa promotora y a la comunidad de propietarios del edificio suplicando que se condenara solidariamente a los demandados a realizar a su costa la reparación y adecuación para eliminar las deficiencias que se relacionaban documentalmente y cuantas más sean precisas en evitación de que se produzcan filtraciones que provengan de la cubierta que radica sobre el local cuestionado. Se declara probado que la construcción inicial incluía una terraza no visitable sobre los bajos propiedad de la actora. Posteriormente, la promotora alteró el destino de esa terraza, construyendo una pista de tenis y unas jardineras. Después de estas últimas obras aparecieron unas humedades. Los órganos judiciales de instancia absolvieron a la constructora del edificio y a la comunidad de propietarios, condenando solidariamente a los demás demandados. El arquitecto técnico condenado recurrió en casación. (L.F.R.S.).

22. Mandato. Relación entre los artículos 1710 y 1713 del Código Civil.— Dichos preceptos no son incompatibles entre sí conforme reiterada doctrina jurisprudencial, pues el art. 1710 se refiere a la forma de expresarse el mandato, es decir de exteriorizarse la voluntad y consentimiento del mandante, en cuanto puede ser expreso o tácito y el art. 1713 ha de relacionarse con el contenido propio de dicho acto que exige sea expreso para efectuar transacciones, enajenaciones, constituir hipotecas o llevar a cabo actividades de riguroso dominio.

Diligencias para mejor proveer.— Las diligencias para mejor proveer son ajenas al impulso procesal de los litigantes y al principio dispositivo que rige en las causas civiles, pues su iniciativa no la originan las partes, sino el órgano judicial que las acuerda, lo que no les resta fuerza probatoria al equipararse a las actuaciones llevadas a cabo a instancia y rogación de los contendientes procesales con citación contraria en el plazo probatorio. Técnicamente son actos de instrucción que se deben a la iniciativa judicial (art. 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), a fin de formar, y, en su defecto, reforzar su propia convicción, no susceptibles de condicionamiento alguno en cuanto, al tratarse de prueba pericial respecto a la persona que se designa para emitir la pericia (Sentencias de 31 de octubre de 1963, 2 de abril de 1982 y 6 de junio de 1991), sin que su propia naturaleza las convierta en remedio a la pasividad o negligencia de los que litigan, que tienen a su disposición los medios que las normas legales autorizan.

Doctrina procesal del art. 24 de la Constitución. Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes.— Dentro de la legalidad ha de armonizarse el derecho de los litigantes a la utilización de las pruebas procedentes, como aportaciones de ataque y defensa, con las facultades que asisten a los juzgadores para examinar otras peticiones y decidir en todo caso su pertinencia, pero con observancia del mandato constitucional en cuanto a que su rechazo no debe ser arbitrario, sino fundado en razones de ajenidad constatada a lo controvertido en el proceso de que se trata. (STS de 30 de abril de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— La actora interpuso demanda solicitando que fuera condenada la demandada, propietaria de un inmueble, a otorgar la escritura pública de compraventa en los términos y condiciones acordadas entre las partes. La demandada presentó reconvencción, solicitando que se declarase inexistente el denominado contrato de compraventa otorgado sobre su inmueble, toda vez que se llevó a cabo por su hermano —codemandado declarado en rebeldía— por medio de una Agencia Inmobiliaria, sin contar con su consentimiento expreso. El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la demanda al apreciar la existencia de un mandato especial y escrito, fruto de los documentos aportados por la parte actora. La Audiencia Provincial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.).

23. · Responsabilidad civil extracontractual. Doctrina de la causalidad adecuada. Inversión de la carga de la prueba y responsabilidad por riesgo.— La moderna doctrina jurisprudencial opta decididamente por soluciones y criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño producido debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal; y es que también se ha repetido con reiteración que si bien el art. 1.902 descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de unas prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir, todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta, no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino, además, al sector del tráfico o al entorno físico y social donde se proyecta la conducta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados, y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio (SS. de 23 de marzo de 1984, 1 de octubre de 1985, 2 de abril y 17 de diciembre de 1986, 17 de julio de 1987 y 28 de octubre de 1988).

Diligencia exigible a quienes explotan un establecimiento público.— La diligencia exigible a quienes explotan una Sala de Bingo u otro establecimiento público donde se produce aglomeración de gente, abarca no sólo la necesaria para impedir el evento dañoso (incendio), sino también la adecuada para la neutralización de sus efectos y, por supuesto, que no se incremente el riesgo, es decir, que una hipotética conducta imprudente de persona indeterminada no se vea favorecida por una falta de previsión que conduzca al resultado lesivo (STS de 19 de diciembre de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— A consecuencia del incendio producido en una Sala de Bingo fallecieron varias personas. Aunque se desconoce el origen del incendio, se declara probado que en la Sala de Bingo, las telas y el material de la misma eran muy combustibles y estaban pegadas a la pared con alquitrán, también muy combustible. Además de la puerta de entrada, había otras dos puertas, pero una comunicaba interiormente con un cine y la otra estaba cerrada e incluso forrada por el interior con tela o moqueta de la empleada en las paredes, lo que impidió que se pudiera abrir desde dentro. Se declara la responsabilidad civil extracontractual solidaria a los componentes de la sociedad irregular que explotaba el Bingo, absolviendo a la aseguradora. (L.F.R.S.).

24. Responsabilidad extracontractual: necesidad de que el hecho dañoso sea imputable a la conducta culposa o negligente del demandado.— Lo acreditado, en el curso del pleito, no permite apreciar la existencia del indispensable nexo causal entre el incendio y la conducta activa o pasiva (acción u omisión), que cupiera atribuir a los codemandados-propietarios del Teatro siniestrado. Nada autoriza, pues, a mantener una conclusión distinta a la de las Salas de instancia: el siniestro debió producirse por la acción, dolosa o culposa, de terceras personas no identificadas. Por tanto, «ante la imposibilidad de imputar a dichos litigantes algún género de actividad culposa o negligente con aptitud para originar el incendio producido, es de llegar a la definitiva conclusión de que la conducta enjuiciada no tiene cabida en el artículo 1.902 del Código, lo cual, no supone contradecir la doctrina consolidada de la Sala acerca del mentado artículo, que puede resumirse del siguiente modo: el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, de tal suerte que se exige, por punto general, la necesidad ineludible de que el hecho pueda ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable, y si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal desarrollo se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba o acentuando el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso, pero sin excluir, en modo alguno, el clásico principio de la responsabilidad por culpa y sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir (doctrina que es recogida, entre otras, en las sentencias de 29 de marzo y 25 de abril de 1983; 9 de marzo de 1984; 21 de junio y 1 de octubre de 1985; 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986 y 19 de febrero de 1987)».

Recurso de apelación: la inasistencia del Letrado al acto de la vista no implica indefensión.— La inasistencia (alegando causa de enfermedad) del Letrado de la parte apelante al acto de la vista ante la Audiencia, no implica, en principio, ninguna indefensión, puesto que «el recurso de apelación se caracteriza por constituir una depuración de la sentencia de Primera Instancia a través de un nuevo juicio con finalidad revisora, de tal manera que no se limitan los poderes del órgano jurisdiccional de alzada para conocer de la total actividad del de instancia...» Además, aunque el artículo 323-6.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite suspender la vista cuando la enfermedad del letrado hubiese sobrevenido dentro de las 48 horas anteriores a la misma, para ello se precisan dos circunstancias: que la contingencia haya llegado al conocimiento del Tribunal con la necesaria antelación, a fin de disponer de tiempo hábil para acordar su suspensión, y que la enfermedad haya quedado suficientemente justificada a juicio de la Sala». Las consideraciones que anteceden, impiden entender infringidos los artículos 24, apartado 1.º y 2.º, de la Constitución y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Prescripción de la acción derivada del artículo 1.902 del Código Civil. Interrupción de la prescripción.— La sentencia recurrida apreció la excepción de prescripción alegada por algunos de los codemandados, siendo así que «... no había transcurrido el plazo del año que, para la prescripción de la acción encami-

nada a exigir responsabilidad civil por vía del artículo 1.902 del Código Civil, se establece en el artículo 1.968-2.º del precitado texto legal...», y que la interrupción de la prescripción de acciones en las obligaciones solidarias «aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, artículo 1.974 del Código Civil». Tales conclusiones determinan la estimación del motivo, sin embargo dicha estimación ha de entenderse como cautelar y supeditada a que la acción ejercitada «se acoja en cuanto al fondo, pues de no ser así, el fallo absolutorio no sufriría modificación alguna, y, en tal sentido, es de destacar, como doctrina consolidada de la Sala, que cuando la apreciación de un motivo no altera la sentencia a dictar, el motivo en cuestión carece de alcance y efectos casacionales (sentencias de 13 de mayo de 1983; 21 de marzo y 21 de mayo de 1985; 27 de octubre de 1988 y 5 de febrero de 1990)». El total rechazo a la cuestión de fondo debatida en este recurso, conduce, de acuerdo con lo afirmado, a considerar carente de relevancia casacional la estimación de este motivo. (STS de 8 de abril de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— El incendio producido en un Teatro, propiedad de los codemandados, ocasionó la casi total destrucción del piso-vivienda, así como del mobiliario, ropa, alhajas y enseres, contenidos en dicha vivienda. El actor-recurrente demanda a los propietarios del teatro y a la sociedad aseguradora del mismo pidiendo fueran solidariamente condenados al pago de la indemnización correspondiente a los daños causados. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia desestimaron respectivamente la demanda y la apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar el recurso de casación (I.A.F.).

25. Culpa extracontractual: Acción de daños contra Administración Pública: Jurisdicción competente: Doctrina jurisprudencial: «Vis atractiva» de la jurisdicción ordinaria: Carácter residual de la jurisdicción civil.— La jurisdicción competente para el conocimiento de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios causados por culpa extracontractual, dirigidas contra las Administraciones Públicas, ha sido resuelta por la jurisprudencia de esta Sala con disparidad de criterios originadora de sentencias contradictorias como se recoge en la sentencia de 1 de julio de 1986, en la que se realiza un pormenorizado examen de la doctrina legal, al que se remite la sentencia de 28 de marzo de 1990; no obstante, la mayor parte de las resoluciones de esta Sala que modernamente han tratado de la cuestión, vienen atribuyendo esta competencia a la jurisdicción civil, no sólo en aquellos supuestos en que la Administración actúa en relaciones de derecho privado, sino también cuando es demandada conjuntamente con personas jurídicas privadas existiendo un vínculo de solidaridad entre ellas, y ello por la *vis atractiva* de esta jurisdicción como por el carácter residual de la misma; este criterio de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil se ve reforzado por el principio de unidad jurisdiccional sancionado por el art. 117.5 C.E. y recogido en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, cuyo art. 3.1 afirma que «la jurisdic-

ción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos», en tanto que su art. 9.2 dispone que «los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional», funcionando así el orden jurisdiccional civil como residual (s. de 2 de febrero de 1987) competente para conocer de la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana de un particular aun cuando se combine solidariamente con la de la Administración Pública.

Daño indemnizable: Obras de urbanización que reducen aguas de un pozo.—La existencia de un daño indemnizable como requisito constitutivo de la responsabilidad extracontractual, es cuestión de hecho que sólo puede ser combatida en casación por la vía del n.º 4.º del art. 1692 L.e.c.; en el presente caso el Ayuntamiento que encargó a una empresa constructora las obras de instalación de un colector de desagüe de aguas residuales y pluviales, no estaba realizando obras para el aprovechamiento de aguas subterráneas, por lo que no son aplicables ni los preceptos de la Ley de 1879 ni de la vigente de 1985; y aunque la instalación del colector se llevaba a efecto de acuerdo con los proyectos de urbanización del polígono en que se ubicaba, no es obstáculo a la existencia de culpa, ya que la reprochabilidad del daño causado no está contemplada desde la existencia y licitud del proyecto, sino atendiendo a su ejecución, llevada a cabo con negligencia productora de daños al no haber tenido en cuenta la proximidad de los pozos existentes en la zona ni las condiciones geológicas del terreno.

Solidaridad.— La consolidada doctrina de esta Sala ha manifestado que se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las respectivas responsabilidades, como en el supuesto litigioso en el que el hecho originador del daño es atribuible tanto a la empresa constructora como al Ayuntamiento codemandado, sobre todo una vez que el actor puso en su conocimiento el daño producido, sin que sea posible discurrir en qué grado es imputable a cada uno de ellos.

Daños continuados: Alcance de la indemnización.— Acreditado en autos el daño causado, el principio de indemnidad que rige la materia exige el restablecimiento del patrimonio del perjudicado al estado que tendría antes de producirse el daño, sin que pueda limitarse al resarcimiento al tiempo de la presentación de la demanda pues subsistiendo la causa productora del daño hasta tanto no se restablezca la configuración del terreno a su estado anterior, es claro que continúa la lesión al patrimonio del actor que debe ser resarcido totalmente; otra cosa obligaría al actor a iniciar un nuevo procedimiento para reclamar la indemnización de los perjuicios producidos desde la interposición de la demanda hasta el momento de la restauración del terreno que hiciese cesar la causa productora del daño (STS de 28 de abril de 1992: Ha lugar en parte).

NOTA.— En 1985 Pantaleón (*Responsabilidad civil: Conflictos de jurisdicción*, p. 236 ss.) después de un minucioso análisis de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativa propugnaba una reforma legislativa que consagrara la unidad de jurisdicción con competencia exclusiva de los Tribunales civiles. A distancia de ocho años, el panorama legislativo no ha recibido una formulación absolutamente nítida, en uno u otro sentido, y la jurisprudencia de la Sala 1.^a se mantiene en una línea parecida, sosteniendo el carácter residual de la jurisdicción civil, que se aplaude por la doctrina (así Lacruz, *Elementos*, II-1², p. 597, defiende por razones de equidad la *vis atractiva* de la jurisdicción civil en algunos casos). Es cierto que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, reitera la competencia de la jurisdicción administrativa para conocer de las reclamaciones por daños patrimoniales causados como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y también cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado (arts. 139 a 144). Pero no dicen que tal competencia sea exclusiva, por lo cual, y dada la orientación seguida por la Sala 1.^a, la situación de confusión no tiene visos de variar. En el presente caso, junto al Ayuntamiento, se demandaba a la empresa constructora de las obras causantes del daño, por lo cual la competencia civil se hace menos dudosa. El recurso se estima al no haberse declarado la responsabilidad solidaria ni apreciarse la existencia de daños continuados, que deben ser plenamente resarcidos (*G.G.C.*).

26. Responsabilidad civil nacida de delito: No procede cuando no hay declaración de infracción penal: Identificación de la acción ejercitada: Prohibición de la «mutatio libelli».— En el escrito de demanda se dice que se ejercitan en ella «las acciones derivadas, no precisamente del art. 1902 C.c., sino la acción del art. 1092, es decir cual consecuencia de obligación civil nacida de delito»; la sentencia desestimatoria basada en que la demanda fue presentada después de haber recaído sobreseimiento provisional no infringe el art. 24.1 C.E. por no detectarse indefensión alguna de la recurrente, a la que en ningún momento se le ha denegado la tutela jurídica procedente, y, además, la desestimación del recurso procede por las siguientes consideraciones: a) En las acciones de condena nacidas del Derecho de Obligaciones, la acción se identifica con la alegación de la relación jurídica y del hecho jurídico del que la misma ha nacido, lo que se expresa en la demanda con base en una infracción penal que no ha sido declarada, y no, según se reitera en ella, en un acto ilícito civil, el cual se intenta en este recurso extraordinario hacer figurar como base de la acción, alterando la *causa petendi* alegada; b) Esta Sala, en sentencia, entre otras, de 9 de octubre de 1971, faculta para ejercitar en estos casos la acción basada en los arts. 1902 y ss. pero «siempre que no se haya sustanciado la acción civil en proceso penal y que la demanda se base en el art. 1093», cuyo caso no es el ahora contemplado; según s. de 18 de septiembre de 1988, confirmatoria de otras anteriores, el principio *iura novit curia*

sólo puede ser aplicado por los Tribunales cuando puestos en relación los hechos que sirven de fundamento a la demanda con los pedimentos que en el suplico de la misma se contienen, la norma jurídica cuya aplicación es permisible aflore con carácter indubitado, pero no cuando, como en el supuesto *sub iudice*, la elección de otra norma, implica una alteración de la acción originariamente postulada, con consecuencias dispares; y c) las normas a que se remite el art. 1092 son completamente distintas de aquéllas a que se refieren los arts. 1093 y 1902 C.c.

Incongruencia.— Las sentencias absolutorias resuelven todas las cuestiones planteadas y no son susceptibles de incongruencia (STS de 18 de junio de 1992: No ha lugar).

NOTA.— A la vista de los datos fácticos ofrecidos en la s. extractada hay que dar plenamente la razón al T.S. por más que los hechos sean dolorosos (se trata de la reclamación de indemnización por muerte en accidente del marido y de una hija de la actora). Después del sobreseimiento provisional de las diligencias penales la demanda se interpone en ejercicio de la acción civil nacida de delito excluyéndose expresamente la basada en el art. 1902 C.c. Hay que calificar de grave error semejante tipificación de la acción dado que el sobreseimiento provisional, en la práctica, se convierte en definitivo, con la inevitable consecuencia de hacer perder a su cliente una más que justa indemnización, y ya de modo definitivo por haber transcurrido con exceso el plazo de prescripción. ¿Un supuesto de responsabilidad civil por negligencia profesional? La estricta aplicación de la normativa en vigor sobre la *mutatio libelli* por parte del T.S., que inicialmente he aprobado, no despeja, sin embargo, todas las dudas sobre la oportunidad de ejercer la «jurisdicción de equidad» que en ocasiones análogas ha utilizado la Sala I.⁴ (G.G.C.).

4. DERECHOS REALES

27. Artículo 34 de la Ley Hipotecaria. La buena fe.— Carece de fundamento la exigencia de aplicación del artículo 34 L.H. en favor del recurrente, ya que la misma Sala de Apelación pone de manifiesto los hechos objetivos y reales que configuran la mala fe en la actuación del mismo. No es que no se haya aplicado en la sentencia recurrida el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino que fue tenido en cuenta «a contrario sensu» atendida la falta de buena fe del recurrente, por confabulación manifiesta, ya que, estándose en presencia de una doble venta de bienes inmuebles, quiebra el principio de la buena fe exigida por el artículo 1.473 del Código Civil para resolver con arreglo a la prioridad registral estos supuestos. No es tercero protegido hipotecariamente (sentencia de 29 de marzo de 1960), el adquirente que tuviera un perfecto conocimiento de las condiciones en que hubo de verificar la adquisición, aunque éstas no resulten del Registro, cono-

cimiento que ha de referirse al momento de la adquisición del inmueble, o sea, aquél en que se efectúe la «traditio ficta» por el otorgamiento de la escritura pública, en base al artículo 1.462 del Código Civil si de la misma no resultare o dedujera claramente lo contrario, siendo además insubsanable esa mala fe, (conocimiento de la inexactitud registral, no en la regla de conducta del adquirente como en la mala fe contractual), por la inscripción registral (sentencias de 25-11-1944; 26-2-1952; 31-5-1960 y 16-11-1979). La buena fe es un concepto jurídico que ha de ser soporte de valoración de los hechos acreditados, por lo que los mismos han de ser impugnados por la vía del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debido a la falta de buena fe del recurrente (**STS de 23 de diciembre de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.— Ante el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Santander fueron vistos los autos de juicio de menor cuantía sobre declaración de propiedad y otros extremos. El Juzgado dictó sentencia en fecha 11 de mayo de 1988 absolviendo a los demandados. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y sustanciada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Burgos, dictó sentencia en fecha 19 de diciembre de 1989, estimatoria del recurso, anulando el fallo anterior. El posterior recurso de casación interpuesto por la parte condenada, no es estimado por el Tribunal Supremo (*J.L.B.*).

28. Los acuerdos contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal han de ser impugnados en el plazo de treinta días que marca la norma 4.^a del art. 16 de la citada Ley.— La norma 4.^a del art. 16 LPH autoriza la impugnación de los «acuerdos contrarios a la Ley o a los estatutos», y la doctrina de esta Sala tiene declarado que entre los primeros se han de incluir los acuerdos contrarios a la Ley de Propiedad Horizontal (sentencias de 4 de abril y 18 de diciembre de 1984 y 25 de noviembre de 1988). El que ha dado origen a este litigio fue adoptado para un gasto concreto y determinado contrariando la regla de la contribución a los gastos de conservación y reparación de los elementos comunes según la cuota de cada propietario, y por ello indudablemente —sobre la base de que la terraza del ático del recurrente es un elemento común según su tesis— es un acuerdo contrario a la Ley de Propiedad Horizontal y a los estatutos, sujeto al plazo de caducidad de la tan repetida norma 4.^a.

El plazo de caducidad se cuenta desde el acuerdo o desde la notificación del mismo, pero no desde la fecha de redacción y aprobación del acta de la Junta de Propietarios, que sólo es un reflejo de lo ya existente.— Se atribuye al acta de la Junta un carácter constitutivo de los acuerdos que no posee: es mero «reflejo» de los mismos (art. 17 LPH), y sólo se puede reflejar lo que ya existe. El acta podrá servir como prueba preconstituida, pero en modo alguno la única admisible; la solemnidad «ad probationem» no se establece expresamente por la LPH, y por su importancia procesal no puede interpretarse el art. 17 LPH en ese sentido. La norma 4.^a del art. 16 LPH además es clara: el plazo comienza a contarse desde acuerdo o desde la notificación, si hubiera estado ausente el que im-

pugna. Probado en autos, sin que se haya combatido en el recurso esta apreciación, que el recurrente asistió y votó en la Junta de 28 de octubre de 1986, los treinta días de plazo de ejercicio de la acción impugnatoria empiezan desde el día siguiente, pues el precepto legal no exige que a la demanda se acompañe copia o certificado del acta.

La seguridad jurídica es la «ratio legis» del plazo de caducidad.— Ciertamente que el acuerdo en cuestión se tomó sin estar previsto en el orden del día, pero no deja de ser un acuerdo contrario a la LPH, que debió ser impugnado por el recurrente en el plazo de 30 días. No puede aceptarse que no tenga plazo de impugnación por el carácter de la nulidad que le atribuye (absoluta y radical), porque se crearía una inseguridad en la vida jurídica de la Comunidad de Propietarios el que cualquier acuerdo con vicios formales pudiese ser impugnado por un comunero en cualquier tiempo que quisiese, cuando estuvo presente en la Junta en que se adoptó y votase en contra —como es el caso del recurrente—, siendo así que la «ratio legis» de la norma 4.^a del art. 16 LPH es dar la mayor certeza y seguridad a los acuerdos ilegales o antiestatutarios, limitando el plazo de impugnación y obligando a ejercitar la acción en el mismo, en otros términos, señalando un plazo de caducidad que no admite interrupción como la prescripción (STS de 2 de marzo de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— El propietario de un ático de un edificio en régimen de propiedad horizontal demandó a la comunidad de propietarios, en acción de nulidad del acuerdo tomado en Junta de propietarios por el que se impone al demandante la contribución del 70% del coste total de la terraza del mencionado ático, acuerdo que según la parte actora no figuraba en el orden del día. Se rechaza la acción por haber caducado el plazo de 30 días que la norma 4.^a del art. 16 de la LPH establece para impugnar los acuerdos comunitarios.

NOTA.— No está tan clara la cuestión debatida como lo aprecia el Magistrado ponente. La sentencia del T.S. de 6 de febrero de 1989, posterior a las que cita en apoyo de su tesis, reconoce que la solución de la calificación como nulo o anulable del acuerdo de la Junta general de propietarios que infringe preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal no es nada pacífica en el ámbito doctrinal e incluso en el jurisprudencial. Las sentencias del T.S. de 3 de mayo de 1988 y 30 de noviembre de 1991 consideraron nulos de pleno derecho unos acuerdos adoptados por infringir preceptos de la citada Ley, sin que se produjera la caducidad a que se refiere la norma 4.^a del art. 16. En este mismo sentido, las sentencias del T.S. de 11 de febrero y 10 de octubre de 1985, 13 de octubre de 1988 y 25 de octubre de 1989 consideran que los acuerdos que contravengan los arts. 12 a 17 de la LPH se pueden impugnar sin la limitación del plazo de caducidad de 30 días. Hay ocasiones en que la justicia debe imponerse a la seguridad jurídica. (L.F.R.S.).

29. Caducidad de la acción de impugnación de acuerdos tomados en Junta general extraordinaria de propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal por no tratarse de una cuestión afectada por la nulidad de pleno derecho.— Es cierto que la sentencia de 9 de octubre de 1987, siguiendo el criterio imperante hasta entonces, estableció la doctrina de que no podían celebrarse en segunda convocatoria válidamente si se habían hecho las citaciones para ella coetáneamente con las de la primera, aunque hubiera un cierto lapso de tiempo en la fijación de la hora a celebrar entre una y otra, pero no es menos cierto que ese rigor extremo no venía establecido por dicha norma explícitamente y por ello la Ley de 23 de febrero de 1988 tuvo que reformar la Ley primitiva de 21 de septiembre de 1960, en el sentido más conforme a las conveniencias naturales del funcionamiento de la Comunidad, de suerte que el tema propio de la violación legal propuesto en el motivo desapareció a partir de la nueva Ley sin posibles dudas (sentencia de 16 de junio de 1988); pero como quiera que cuando se celebró dicha Junta, tal defecto no era de los que la doctrina de esta Sala consideraba insubsanables porque fueran nulos de pleno derecho, quíérese decir que la impugnación que en este sentido se hace ahora, debió verificarse dentro de los treinta días de su celebración o notificación, por lo que su validez en éste sentido es axiomática (art. 16-4.º de la Ley de Propiedad Horizontal y sentencias de 14 de febrero de 1986 y 2 de abril de 1990 y 17 de abril de 1990).

Las actuaciones controvertidas son actos de administración, donde no se exige la unanimidad de los comuneros.— Habida cuenta del sustancial cambio del sistema de explotación de los apartamentos que constituyen el soporte físico de la Comunidad ya expuesto anteriormente, es evidente que tal transformación implicaba la adopción de medidas en el transcurso del tiempo futuro más que de propia y específica disposición, de mera administración que no exigen unanimidad sino simple mayoría (sentencias de 19 de enero y 23 de diciembre de 1982) como lo es el estudio y resolución de la propuesta de supresión del servicio central de agua caliente al ser susceptible de individualización y haber desaparecido la imprescindible explotación en común de los apartamentos en régimen de hostelería y lo mismo cabe decir del desmontaje y venta del utillaje inservible y chatarra del aire acondicionado que sufrió la misma radical transformación, así como el aconsejable arrendamiento de zonas comunes que no guardan ya la apropiada finalidad del servicio turístico con el drástico cambio de destino del complejo apartamental, decidido en 1976 ante la ruinosa explotación de que era objeto siguiendo ese sistema y otro tanto acaece con la reconstrucción del «Bar la Barca», que fue sustancialmente afectado por un expediente expropiatorio del Ayuntamiento de Benalmádena y que obviamente necesitará de un replanteo o remodelación para su subsistencia, pues todos estos acuerdos son reflejo de la necesidad de acomodar a la nueva situación fáctica de funcionamiento del complejo de propiedad horizontal las viejas instalaciones del Apartahotel, con vistas a una mayor comodidad y economía tratando de recomponer en lo posible la maltrecha situación financiera que la prístina explotación hotelera dejó como lastre de la Comunidad y que no puede verse ahora tampoco bloqueada por la actuación mi-

noritaria que siempre tendrá a su alcance la utilización de la facultad prevenida para tales supuestos en el art. 10 de la Ley de Propiedad Horizontal y la de reclamar una actualización y acomodación de los Estatutos, pero nunca obstaculizar por sistema, el desarrollo y funcionamiento del complejo turístico en armonía con la nueva situación. (STS de 25 de febrero de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— Algunos copropietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal impugnaron los acuerdos tomados por una Junta General extraordinaria, por los que se decidía emprender determinadas obras. Se rechaza la pretensión en base a dos argumentos: Primero.— Por haber caducado el plazo de 30 días que señala la Ley de Propiedad Horizontal para ejercitar la acción y no tratarse de defectos que supongan la nulidad radical del acuerdo adoptado. Segundo.— Por no necesitarse la unanimidad para adoptar tales acuerdos, ya que más que de actos de disposición, se trata de actos de administración.

NOTA.— Parece más correcto exceptuar del rigurosísimo plazo de caducidad de 30 días los supuestos que se interpreten como de nulidad absoluta de los acuerdos, a diferencia de lo que hace la casi coetánea sentencia del T.S. de 2 de marzo de 1992. (L.F.R.S.).

30. Acción publiciana: Doctrina jurisprudencial.— La doctrina de esta Sala acerca de la admisibilidad, naturaleza y requisitos de la discutida acción publiciana viene establecida en s. de 7 de octubre de 1982, en la que, después de referirse a los precedentes históricos de esta acción, se afirma que «aunque la institución no está recogida en nuestro ordenamiento positivo, ello no fue óbice para la tesis afirmativa que alegó el caso de otras acciones, como la negatoria, igualmente carente de regulación legal y sin embargo pacíficamente admitida, pero sobre todo se apoyó en la corriente imperante de alternar el rigor de la exigencia de la prueba plena del dominio para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria, estimándose muchas veces que para ejercitarla con buen éxito, bastaba acreditar la preferencia del derecho del propietario sobre el mero poseedor; lo que dio pie, aparte de la doctrina científica, a la jurisprudencia para configurar a la acción publiciana como una de las facetas de la reivindicatoria que permite al actor probar su mejor título que puede derivarse de la mera posesión, reclamando la cosa de quien la posea con menos derecho, al modo como, con diversos matices y a veces no mencionando el nombre, se dijo en ss. de 24 de febrero de 1911, 30 de marzo de 1927, 26 de octubre de 1931, 11 de marzo de 1936, 21 de febrero de 1941, 3 de mayo de 1944 y 17 de febrero de 1961, llegándose a afirmar en s. de 6 de marzo de 1954, que está amparada, como la reivindicatoria, en el art. 348 párr. 2.º C.c., lo cual significa que, conectada con ésta, de la que vendría a ser una subespecie, se presenta como excepción basada en razones de utilidad (los antiguos prácticos la llamaban *actio in rem utilis*) a la regla general de la reivindicación, no ya en cuanto a sus efectos, pero sí en cuanto a sus requisitos, porque la atenuación del rigor probatorio no supone supresión, como pone de re-

lieve la doctrina jurisprudencial que mantiene que no basta la prueba relativa del menor derecho para la prosperabilidad de la reivindicatoria (ss. 27 de mayo de 1961 y 26 de febrero de 1970).

Requisitos de la acción publiciana.— Los requisitos exigidos para el supuesto excepcional de la acción publiciana, en la tesis de la admisibilidad de la figura, son, fundamentalmente, que se trate de una posesión exclusiva, de buena fe, con justo título y en concepto de dueño, ejercitada frente a un poseedor de inferior derecho; en el mismo sentido, la s. de 13 de enero de 1984, afirma que frente a la tesis que considera la publiciana como *actio* posesoria típica se encuentra la de quienes, sin negar tal carácter, estiman carece de autonomía por encontrarse embebida en la reivindicatoria, posición ésta que tiene su apoyo en s. de 21 de febrero de 1941, que la diferencia de la reivindicatoria en cuanto ésta compete al titular dominical no poseedor contra quien posee sin serlo, mientras que la publiciana va dirigida a la tutela posesoria y corresponde al poseedor contra el mero detentador, mas no contra quien sea propietario.

Carencia de posesión en el actor.— Las cuestiones relativas a la concurrencia o no concurrencia en una persona de la cualidad de poseedor, son cuestiones de hecho sometidas a la libre apreciación del Tribunal de instancia; en el presente caso el actor perdió la posesión del inmueble porque, recaído juicio ejecutivo, se dió posesión del inmueble al ejecutante, en presencia del ahora actor, lo que implica la tradición a que se refiere el art. 1462 párr. 1.º C.c.; posteriormente el ejecutante transmitió la propiedad en escritura pública, lo que también supone tradición instrumental ya que en dicha escritura no se hizo constar, ni de ella se deduce nada que contradiga tal entrega.

Presunción posesoria del tercero registral.— Los recurridos gozan de la protección registral que dispensa el art. 34 L.H., al concurrir los requisitos de este precepto, así como también de la presunción posesoria del art. 38.1 de la misma ley, que no ha resultado destruida en autos (**STS de 12 de mayo de 1992: No ha lugar**).

NOTA.— Un nuevo posicionamiento jurisprudencial a propósito de la acción publiciana en nuestro ordenamiento dado que la demanda se había fundamentado en dicha acción, y, ante su desestimación en ambas instancias, el segundo motivo del recurso se basa precisamente «en infracción de la doctrina jurisprudencial que admite el ejercicio de la acción publiciana». La s. extractada aborda frontalmente el tema en los dos primeros Fundamentos de Derecho, si bien no puede decirse que clarifique, o ayude a clarificar un tema que la doctrina acostumbra a calificar de dificultoso (así De los Mozos; en el Prólogo a De la Cuesta Sáez, *La acción publiciana*, Madrid 1984, p. 7), ni a resolver el «alto grado de indefinición» en que se encuentra la propia doctrina jurisprudencial (así M.^a Rosario Valpuesta Fernández, *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, Valencia 1993, p. 350). Adviértase que el fallo desestimatorio del recurso debe compartirse plenamente, tal como resulta de los hechos incluidos en la s., dado que el actor, a resultas de un juicio ejecu-

tivo, aceptó la adjudicación del inmueble al acreedor, quién lo vendió ulteriores por escritura que se inscribió en el Registro, ejercitándose por los compradores la acción del art. 41 que dio lugar al desalojo total del ahora actor de la publiciana. Dedúcese que ninguna posesión natural o civil, material o jurídica, restaba al demandante, por lo cual su acción estaba destinada a fracasar cualquiera que sea el concepto que se sostenga sobre la *actio publiciana*. Las discrepancias doctrinales se apoyan, más bien, en haber seguido una dirección jurisprudencial que está recibiendo fuertes críticas por parte de la doctrina más reciente (Díez-Picazo, Puig Brutau, De los Mozos, De la Cuesta Sáez).

A juicio de Montés Penades (*Com. Min. Justicia*, I, p. 968), sería más coherente en nuestro sistema aceptar una acción publiciana como acción específica, incluso ejercitable conjuntamente con la reivindicatoria, que una reivindicatoria desnaturalizada que desplazara la materia de prueba hacia el título posesorio, como protección de un «derecho a poseer» que dependerá de la relación jurídica de que emane; podría configurarse como acción real recuperatoria a disposición del poseedor *ad usucapionem*, pero sin ser una faceta o variante de la reivindicatoria, que exige la propiedad y, además, la propiedad actual. Esta falta de coherencia es detectable en la s. extractada en cuanto que, por una parte, presenta a la publiciana como una subespecie de la reivindicatoria, y, por otra, ratifica la doctrina jurisprudencial que mantiene que no basta la prueba relativa del menor derecho para la prosperabilidad de la última acción. En último término en favor del carácter autónomo y específico de la publiciana caben invocar las razones de equidad que apunta Lacruz (*Elementos*, III-1.º, 3.ª ed., Barcelona 1990, p. 379). (G.G.C.).

31. Usucapión ordinaria contra tábulas. Inicio del cómputo de los plazos.— En contra del tercero, el artículo 1949 del Código Civil sólo admite el inicio de la prescripción adquisitiva ordinaria contra tábulas a partir de la inscripción del título que ampara la posesión del usucapiente. La posesión anterior a dicha inscripción sólo vale a efectos de la usucapión extraordinaria. «Tanto la doctrina científica como la Jurisprudencia interpretativa de los preceptos sustantivos, es terminante en la materia: declaran la imposibilidad de que la prescripción ordinaria tenga lugar en relación a los bienes inmuebles frente al tercero hipotecario que tiene, con tal carácter, inscrito su derecho, si el poseedor no inscribe, a su vez, el título que lo ampara; comenzando entonces a correr el término de la prescripción ordinaria, que se contará a partir de la constancia del título en los libros registrales».

El «tercero» protegido por los artículos 462 y 1.949 del Código Civil, es aquel que reúne los requisitos de «tercero hipotecario» según la legislación registral.— Los artículos 462 y 1.949 del Código Civil se refieren a la prescripción ganada «en perjuicio de tercero», y esta doble referencia no puede entenderse de otra forma que no sean pensando en el concepto de «tercero hipotecario», de acuerdo con las condiciones que para ello señala la legislación registral; y debe

ser así, pues ambos preceptos sustantivos se están remitiendo «a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria» (artículo 462), y a los efectos de producir «contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad» (artículo 1.949), a lo que no puede menos de añadirse la terminante exigencia del artículo 36 de la Ley de Hipotecas, cuando textualmente se refiere «a los titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34»; requisitos que sitúan a esta concreta figura del tercero en una posición privilegiada, pues «cuando no concurre en él tal condición, la prescripción adquisitiva del poseedor del inmueble opera aunque éste no tenga inscrito su título adquisitivo, con arreglo a lo que disponen las normas generales contenidas en los artículos 447, 1.930, 1.940 y 1.957, todos del Código Civil; carácter normal o común del prescribiente que sanciona el artículo 36.3 de la Ley Hipotecaria, en contraposición con las especiales exigencias y condiciones requeridas para la defensa del tercer hipotecario, que anteriormente hemos señalado». (STS de 31 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Mediante escritura pública de compraventa, datada el 4 de diciembre de 1968, los demandados adquirieron la mitad indivisa de la finca litigiosa de la persona que, en aquella fecha, aparecía como titular registral de tal inmueble. Dicha adquisición fue inscrita en el Registro de la Propiedad el 11 de agosto de 1969.

El propio transmitente constituyó, en garantía de un préstamo, una hipoteca sobre la totalidad de la finca, «...resultando en los autos muy dudosa...» tanto la fecha de formalización, 29 de diciembre de 1969, como la de inscripción en el Registro, 4 de enero de 1968 (sic.). Ante el impago del préstamo garantizado, el acreedor hipotecario instó procedimiento ejecutivo que dio lugar a la posterior subasta y adjudicación de toda la finca el día 13 de septiembre de 1974. El adjudicatario, en escritura fechada el 30 de octubre de 1974, aportó el inmueble a la Sociedad Anónima actora, la cual entró a poseerlo en ese mismo momento. Ninguna de estas dos transmisiones (adquisición en pública subasta y aportación a la Sociedad Anónima) lograron inscripción registral, pues el expediente de dominio, iniciado por la ahora Sociedad demandante el 17 de octubre de 1984, fue denegado a causa de no haberse justificado el dominio de media finca, según la oposición que a tal expediente hicieron los ahora demandados.

La entidad adjudicataria interpuso posteriormente una demanda pidiendo la declaración de dominio de la finca en su integridad así como la cancelación de la inscripción, a favor de los demandados, de una mitad indivisa de dicha finca, mitad que la actora pretende haber adquirido por usucapión ordinaria. Tanto la demanda como la apelación fueron desestimados por el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia, respectivamente. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar el recurso de casación (I.A.F.).

32. Prohibición de dividir o segregar una finca rústica en parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo. Rechazo del motivo por no especificar en cuál de las excepciones se hallan las fincas objeto de la litis.— Al comprender el art. 44.2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973 (que aquí se invoca genéricamente como infringido) tres supuestos distintos de excepción a la norma general (art. 44.1) prohibitiva de la división o segregación de una finca rústica en parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo, cuyos supuestos de excepción enumera el apartado 2 del citado precepto bajo las letras a), b) y c), según se trate de disposición en favor de propietarios de fincas colindantes —letra a)—, de destino de la porción segregada a cualquier género de edificación o construcción —letra b)— o de destino de la parcela segregada a huerto familiar —letra c)—, y al no especificar la recurrente (en el desarrollo del motivo) en cuál de los tres expresados supuestos de excepción considera incluido el caso que nos ocupa, resulta prácticamente imposible el estudio del motivo en los términos en que aparece planteado.

No cabe sumar la superficie de dos parcelas no colindantes para alcanzar la unidad mínima de cultivo.— Ninguna de las dos parcelas de que es arrendataria la aquí recurrente D.^a Angela-Ignacia Pérez Eguía, alcanza la extensión superficial exigida en la provincia de Santander para las unidades mínimas de cultivo (veinte áreas), pues las mismas, como ya se tiene dicho, miden diecisiete áreas y sesenta y seis centiáreas (una de ellas) y tres áreas y doce centiáreas (la otra), sin que, por otro lado, sea permisible, como aquí pretende la recurrente, sumar las extensiones superficiales de las dos para salvar el expresado escollo legal, pues si así se hiciera, se vendría a favorecer indirectamente el fraude de ley, proscrito en nuestro ordenamiento jurídico (art. 6.4 del Código civil), toda vez que las dos referidas parcelas, una vez retraídas, al no poder ser agrupadas, dada la falta de contigüidad física o colindancia entre ellas, ni aparecer probado que reúnan los requisitos exigidos para poder ser conceptuadas como una finca discontinua (número 2.º del art. 8 de la Ley hipotecaria y números 2.º y 3.º del art. 44 del Reglamento hipotecario).

Falta de identificación del supuesto litigioso con los huertos familiares.— La reglamentación de los llamados «huertos familiares», contenida principalmente en el Decreto de 12 de mayo de 1950 (al que se remite la Disposición Adicional Transitoria Octava de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973) carece en absoluto de aplicación al presente supuesto litigioso, pues la misma se refiere a unas fincas adquiridas por el Instituto Nacional de Colonización (u organismo oficial que le haya sustituido) para el cumplimiento de su misión parceladora y adjudicadas por dicho organismo oficial a los Ayuntamientos para que éstos, a su vez, entreguen el disfrute (no el pleno dominio) de tales huertos familiares a los obreros agrícolas de su término municipal, los que quedan obligados al pago de un canon anual y pierden el referido disfrute en caso de incumplimiento de las obligaciones a que quedan sujetos (arts. 6.º y 7.º del citado Decreto de 12 de mayo de 1950), ninguno de cuyos requisitos concurren en el caso litigioso que nos ocupa, en el que se trata de un terreno de propiedad privada, respecto del cual la arrendataria de dos de sus parcelas (que es profesional de la agricultura, no obrero agrícola) pretende adquirir el pleno dominio de las mismas a virtud exclusivamente del retracto arrendaticio rústico, lo que, ni siquiera por

analogía, guarda relación alguna con la expresada reglamentación de los llamados «huertos familiares», que siempre requieren una previa calificación de tales por el órgano administrativo competente, que aquí no se ha dado. (STS de 5 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— La arrendataria de dos fincas rústicas ejerció acción de retracto, que fue rechazada por la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo, al impedirse el retracto cuando cada una de las fincas es de extensión a la exigida para la unidad mínima de cultivo y al no haberse probado que las dos fincas, que no eran colindantes, forman una sola finca funcional.

NOTA.— La alusión al fraude de ley, aunque sea *obiter dicta*, parece excesiva si se tiene en cuenta que esa figura exige una actuación jurídica que suponga un rodeo, proyectado para eludir la aplicación de una norma. En este supuesto no se da esa actuación jurídica. Simplemente, la recurrente esgrime que la suma de extensión de las dos fincas arrendadas supera la unidad mínima de cultivo, argumento que hubiera podido prosperar si se hubiera probado que se trataba de una finca funcional.

Por otra parte, no deja de ser curioso que la sentencia se apoye en una normativa que impide la división o segregación de fincas cuando en el supuesto de hecho las fincas están ya divididas y eso ya no hay quien lo cambie. La actora no pretendía dividir sino retraer, para convertir un arrendamiento en propiedad. (*L.F.R.S.*).

33. No se cumplen los requisitos para ser colaborador y tener derecho a la adjudicación en exclusiva de una finca rústica, tras el fallecimiento de su propietaria.— El actor no ostenta la cualidad de colaborador ni conforme a la legislación actual ni con arreglo a la anterior, pues a ello se oponían su cualidad de arrendatario («con lo que todos los beneficios de la explotación redundaban a favor del demandante y no a favor de la explotación misma, limitándose a pagar cantidades arbitrarias en concepto de renta», dice el Juzgado, cuyos argumentos acepta la Audiencia por no oponerse a los suyos), contraviendo la ley el ser titular de otra explotación familiar, lo que le impediría el cultivo personal y directo, a más de no haber acreditado su convivencia con la madre, ni depender económicamente de ella, lo que, ciertamente, acentúa —que no como circunstancia exclusiva— el que no pueda atribuírsele el carácter de colaborador a efectos de la adjudicación en propiedad pretendida, sin que a ello obste la referencia al art. 41.3 de la Ley 118/73, de 12 de enero, derogado por la Ley de 1981, precisamente por referirse al sistema sucesorio y porque aunque el actor, hoy recurrente, cultivase habitualmente el patrimonio, siempre habría sido en concepto de arrendatario y no de colaborador, siendo esta la diferencia esencial existente con el supuesto contemplado en la s. de 19 de abril de 1988, en el que concurría en el recurrente, «de hecho al menos», la cualidad de colaborador. (STS de 14 de marzo de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— El actor demandó a sus tres hermanos pretendiendo atribuirse la propiedad de la explotación agrícola que conforman un lote de la escritura pública de adjudicación de herencia. En el testamento, la madre instituyó herederos a sus cuatro hijos, sin establecer disposición respecto de la mencionada explotación.

Se rechaza la pretensión, por no ostentar el demandante y recurrente la cualidad de colaborador en la explotación durante la vida de la madre, ni haber probado que convivía con ella ni que dependiese económicamente de ella. Por el contrario, el recurrente era arrendatario de la explotación objeto de la litis, figura distinta a la de colaborador. (*L.F.R.S.*).

34. Competencia de la jurisdicción civil en materia de derechos reales que pertenezcan al Estado.— Deducida por la representación del Estado acción reivindicatoria sobre bienes de la Administración, máxima expresión procesal, por su carácter reipersecutorio y amplio contenido, del señorío dominical, aparente o aducido, no cabe que la jurisdicción civil soslaye su conocimiento, incluso en aquellos casos en que lo que se demande, aun sin discutirse el título de propiedad, sea la recuperación de la posesión, simplemente, porque el ocupante carezca de título o el que tenga sea insuficiente, no obstante, luego haya que dictar sentencia desestimatoria de la pretensión si resulta comprobado que el poseedor actual ostenta razón justificativa de su posesión inmediata, que hace compatible su derecho a poseer con el del propietario. Las atribuciones que, en este sentido, confiere el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial son muy claras: los juzgados y tribunales españoles son competentes en el orden civil, con carácter exclusivo, en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España. Estas reglas determinantes de una «competencia exclusiva», no sólo tienen una proyección internacional al impedir, aun con elementos de extranjería en el caso, que un asunto de esta naturaleza sea resuelto por una jurisdicción extranjera y que pueda ser reconocida o ejecutada en España alguna resolución de otra jurisdicción, que decida un litigio acerca de la materia, sino, también, una importante proyección interna, pues ninguna cuestión litigiosa que verse sobre los indicados asuntos puede sustraerse, a efectos de resolverse con eficacia de cosa juzgada, a los órganos judiciales constitutivos del orden jurisdiccional civil.

Derecho a la tutela judicial efectiva.— Según indica el art. 24.1 de la Constitución (aducido bajo el ordinal 5.º del art. 1.692, con fundamento, además, en el art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como motivo segundo), resultaría vulnerado si se alterara en el caso concreto el régimen de atribuciones competenciales de los órganos jurisdiccionales, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta que el asunto sea conocido por el órgano judicial competente que predetermina la ley, máxime cuando la remisión implícita a órganos jurisdiccionales de otro orden, concretamente del orden contencioso-administrativo, origina las dificultades de planteamiento que lleva consigo la naturaleza revisoria de los actos de la administración, que caracteriza tal orden jurisdiccional, lo que impide que sea la Administración demandante (salvo supuestos muy excepcionales que escapan al caso).

No cabe alegar la regla «nadie puede ir contra sus propios actos» en relación a normas no dispositivas.— Menos afortunada es la referencia a la infracción del principio «adversus proprium factum quis venire non potest», derivado, al entender la parte recurrente —fundamento del motivo 3.º, alegado al amparo también del n.º 5.º del art. 1.692— de la actitud de conformidad del demandado en cuanto a la competencia del orden jurisdiccional civil en el juicio de precario antecedente al juicio reivindicatorio, pues la voluntad, ni la manifestada expresa, ni la manifestada tácitamente por las partes o alguna de ellas, influye en la calificación legal del orden jurisdiccional correspondiente, por encima de cualquier acto o conducta dispositiva, según estableció, entre otras, la sentencia de 7 de noviembre de 1983.

Competencia del Tribunal Supremo para resolver sobre el fondo del asunto cuando las partes utilizaron todos las alegaciones y pruebas en el proceso y se declara la competencia de la jurisdicción civil casando la sentencia de la Audiencia.— Aunque una interpretación literal del art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pudiera dar a entender que «dejar a salvo el derecho a ejercitar las pretensiones ante quien corresponda» equivale a la remisión de las actuaciones para proseguir su curso procesal a partir de la declaración hecha en esta sentencia de nuevo al Juez de primera instancia que dejó de conocer debiendo hacerlo, no cabe duda, según admite la doctrina y según resulta de decisiones de esta Sala que han obviado la cuestión, conociendo del asunto en casos semejantes, que la referida conclusión pugna con las exigencias de una interpretación sistemática y constitucional de la norma examinada que debe considerarse reducida en su ámbito aplicativo a los supuestos de abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción, cuando por haber invadido la jurisdicción civil terrenos competenciales que no le corresponden, deba dejarse imprejuzgada la cuestión litigiosa afectada y señalando el orden jurisdiccional competente para conocer la materia, mientras que en los casos de ejercicio defectuoso de la jurisdicción, sólo parecería ilícito el reenvío si la indebida declaración de incompetencia hubiera impedido la aportación de las necesarias alegaciones de parte y pruebas sobre los hechos debatidos en el fondo, no cuando tal situación no se produce, pues la declaración de incompetencia tiene su causa en la estimación de una excepción de incompetencia de jurisdicción alegada como perentoria y, por tanto, con plenitud de alegaciones y peticiones eventuales (incluso reconvencción como aquí acontece) y libertad de proposición y práctica de pruebas, de acuerdo con la ley, extendida al completo objeto del proceso. De aquí que, teniendo presente los propósitos simplificadoros del legislador de 1984, al eliminar la segunda sentencia, fortaleciendo la posibilidad de resolver el asunto de instancia en la misma sentencia casacional, en cuantos casos resulte posible, y los requerimientos que impone, en cuanto a la evitación de dilaciones indebidas, un recto principio de economía procesal acorde con la efectividad de derecho a la tutela judicial que proclama el art. 24 de la Constitución, ha de concluirse que en supuestos como el presente el tribunal de casación asume en plenitud los poderes del juzgador de instancia «dentro de los términos en que aparezca planteado el debate». Esto es, desde que con desestimación de la excepción planteada debió entrarse a conocer del fondo del asunto.

Calificación del bien litigioso como bien patrimonial del Estado y no como bien de dominio público.— Debe concluirse, conforme al art. 1.º de la Ley de Patrimonio del Estado, que el inmueble objeto de la litis forma parte del Patrimonio del Estado pero no tiene carácter, en la actualidad, de bien de dominio público como, además, prueba indirectamente la propia conducta de la Administración que, en otro caso, hubiera hecho uso de las prerrogativas autotutelares de reintegro posesorio que, aun transcurrido el plazo del año (límite de los bienes patrimoniales) puede ejercitar la Administración, en vez de haber acudido, como hizo, al juicio de precario, precursor de esta acción reivindicatoria. Abona, asimismo, esta solución la presunción de patrimonialidad que respecto de los bienes del Estado se desprende del art. 20 de la Ley de Patrimonio del Estado.

Extinción del comodato por finalizar el uso que se pactó.— Dicho uso, por tanto, estaba condicionado a la subsistencia del mismo Movimiento Nacional de modo que al desaparecer la organización y su sentido informador del régimen político anterior, en virtud, primero de las leyes de reforma política y, más tarde, como culminación por la Constitución vigente, que confirmaba el pluripartidismo político, finalizaba, por definición, el tiempo de uso conferido por el expresado comodato. Cuando el Estado se hace cargo a título de dueño, entre otros bienes, del concreto objeto de la litis, el deber genérico de dedicar tales bienes a actividades de promoción sociocultural, no equivalía a la aceptación de obligaciones precedentes con concretas asociaciones que por realizar actividades, en sentido amplio, de esta naturaleza, se consideran a sí mismas como continuadoras de los intereses generales, referidas en el título de adquisición, puesto que dicho uso dependía de la orientación política del Movimiento Nacional que, al desaparecer, concluía con ella y con aquél. En el momento, por tanto, de la adquisición de los bienes por el Estado se produjo ya la extinción del comodato en los términos relatados por haber concluido el uso para el que se prestó la cosa (arts. 1.749 y 1.750 del Código civil).

Distinción entre comodato y precario.— Distingue la doctrina —y de tal distinción se ha hecho eco la jurisprudencia— el contrato de precario que, aunque diferenciado en el Derecho romano del comodato, a causa, entre otras razones, de la indefinición del uso concedido tolerado, en los Códigos modernos se equipara al comodato si en éste no se pactó la duración del contrato ni el uso a que ha de destinarse la cosa pactada (art. 1.749 del Código civil), en cuyo caso el comodante puede reclamar la cosa a voluntad, incumbiendo en caso de duda la prueba al comodatario de precario «strictu sensu» que extiende los casos de precario fuera del ámbito contractual, a todos aquellos supuestos en que una persona posee alguna cosa sin derecho para ello.

Dentro de las obligaciones del comodatario se encuentra la de satisfacer las cuotas de la comunidad del edificio en régimen de propiedad horizontal.— A esta situación jurídica es perfectamente aplicable el art. 1.743 del Código civil en cuanto determina que el comodatario está obligado a satisfacer los gastos ordinarios y que sean de necesidad para el uso y conservación de la cosa prestada. La referida obligación es consecuencia natural del derecho de uso y del deber de

restitución en atención al carácter esencialmente gratuito del uso de la cosa ajena. Entre otros gastos necesarios incluye expresamente la doctrina, tratándose de viviendas en régimen de propiedad horizontal las cuotas, ordinarias o no, que deban satisfacerse y no habiéndose alegado la existencia de otros gastos que sean consecuencia de repercusiones extraordinarias o que específicamente graven la propiedad del inmueble, procede la absolución de la Administración del Estado. (STS de 31 de diciembre de 1992, ha lugar).

HECHOS.— La Administración del Estado interpuso acción reivindicatoria para recuperar la posesión de un piso de su propiedad que en su día había sido cedido a la demandada para la realización de actividades culturales relacionadas con la Sección Femenina.

La demandada se opuso formulando excepción de incompetencia de jurisdicción, por entender que la relación jurídica estaba basada en un contrato administrativo, sujeto a las normas y a la jurisdicción de ese orden. También alegaba, para el caso de que no se aceptara la excepción, que se declarase que tenía un derecho de retención del inmueble hasta que se le reintegrasen por la actora las cantidades que había satisfecho en concepto de gastos de comunidad.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial acogieron la excepción de incompetencia de jurisdicción, sin entrar en el fondo del asunto, pero el Tribunal Supremo acogió el recurso de casación y declaró la competencia de la jurisdicción civil, y, resolviendo el fondo del asunto, calificó la relación jurídica como comodato, sin dar lugar al derecho de retención en favor de la comodataria, por tratarse de gastos ordinarios y necesarios para el uso y conservación de la cosa (*L.F.R.S.*).

5. DERECHO DE FAMILIA

35. En la contestación a la demanda de tercería de dominio no es preciso reconvenir para impedir el éxito de la acción.— En toda tercería de dominio la oposición por el demandado a dicha tercería embebe todas las cuestiones por vía de excepción en las cuales se funde su enemiga al éxito de dicha acción de tercería, sin que se precise que reconvenga, explícitamente, a la acción entablada y, al punto, se puede expresar que en sentencia de esta Sala de 22-2-1991 se especificaba que no se requiere al demandado en la tercería que accione una pretensión autónoma, en el caso de autos de nulidad del contrato, cumpliendo simplemente con excepcionar según anteriores sentencias de 7-12-1985, 26-2-1987 y 10-11-1987.

Carácter ganancial de las deudas anteriores a la modificación del régimen económico del matrimonio mediante capitulaciones matrimoniales.— Siendo las deudas anteriores al cambio de régimen capitular, es obvio que, en origen (no existen elementos en contrario) tenían carácter ganancial, por lo cual, es

viable la traba o la afectación que se decretó con las medidas acordadas en el juicio ejecutivo.

Inoponibilidad de la modificación del régimen económico en favor del acreedor consorcial.— Ha de reiterarse la justeza de la sentencia recurrida por el carácter indiscutible de la deuda ganancial a que se refieren las actuaciones dadas las fechas de la misma y la vigencia, entonces, del régimen económico ganancial; y todo ello, en relación con un criterio jurisprudencial ya decantado, sostenido entre otras, por STS de 13-6-86, 5-6-90, en su referencia ratificante de la sentencia 15-3-1991, en cuanto que toda modificación del régimen económico matrimonial implica que los bienes gananciales han de responder directamente frente al acreedor del marido por las deudas por ésta contraídas, señalando la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aun después de la disolución de la sociedad puedan accionar los acreedores contra los bienes consorciales que hubiesen, incluso, sido adjudicados a uno de los cónyuges no deudor, en exacta cobertura aplicatoria del art. 1.401 C.c. que dice así: «mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiese formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial», supuesto de hecho, cabalmente, extensible a la problemática del conflicto, lo que dentro del juego de la inoponibilidad del cambio capitular frente a los acreedores de la sociedad de gananciales y del principio de conservación de los negocios, explica la confirmación de la tesis de la sentencia apelada.

La inoponibilidad exige una declaración judicial que la haga valer.— Es la inoponibilidad del cambio que exige una declaración judicial que la haga valer, pues, si bien en pura teoría, STS de 20-3-89 y 10-9-1987, la responsabilidad de los bienes consorciales persiste «ex legem», es evidente que, a través del expediente liquidatorio y ulterior adjudicación del activo consorcial a uno de los cónyuges, los bienes comunes pasan a ser sustantiva y registralmente privativos con la inquestionable alteración del régimen de responsabilidad de los mismos exigente de la destrucción de esa nueva configuración dominical que ejercita mediante la oportuna declaración jurisdiccional.

No tiene carácter consorcial sino privativo la multa impuesta al marido por incumplimiento de sus obligaciones fiscales. Es consorcial la deuda de los intereses de demora.— Sin que se discuta que la causa dimanante de los débitos fiscales no satisfechos por el esposo era por desplegar una actividad en beneficio de la sociedad conyugal, y que el descubierto surgió en los ejercicios económicos de los años 1980 a 1983, esto es, cuando todavía estaba vigente la sociedad legal de gananciales, es evidente que esos débitos tenían carácter ganancial, si bien la recta hermenéutica de aquel art. 1.366 C.c. deriva en que las partidas correspondientes a la multa (no así a los intereses de demora) que fueron motivadas por el impago, tienen un componente punitivo

de carácter personal que, en caso alguno, pueden imputarse a la responsabilidad de la sociedad de gananciales.

No se condena en costas cuando el recurso de apelación fue rechazado formalmente aunque implícitamente la decisión judicial incorpora la finalidad perseguida por el recurrente.— La Sala, aunque no se explicita, se hizo aplicación de lo dispuesto en susodicho art. 710 L.e.c., en donde en su literalidad se hace constar que en el caso, por confirmación, de que se rechace el recurso de apelación se impondrán las costas al apelante salvo que motivadamente se razone lo contrario y cuyo silencio podría entenderse en esa línea, sino sobre todo, porque, resplandece que, aunque se desestime ese recurso, no obstante, siendo su objetivo el aclarar la sentencia para que se incluyan las correspondientes partidas de los recargos por intereses de demora y multa, ello fue asimismo admitido, según se especifica en el FJ 5 de la recurrida, por lo que, en cierto modo, a pesar de esa desestimación formal del recurso de apelación, como el fin perseguido por el mismo fue incorporado en la nueva tesis de decisión judicial que se pronunció, no cabe pensar en una absoluta desestimación del mismo (STS de 19 de febrero de 1992, ha lugar en parte).

HECHOS.— La Recaudación de Tributos del Estado instó un procedimiento de apremio contra una persona casada, por los años 1980 a 1983. El deudor había otorgado capitulaciones matrimoniales a finales de 1983, inscribiéndose la escritura pública en el Registro de la Propiedad a principios de 1984.

Cuando en el procedimiento de apremio se constató la insuficiencia de bienes del deudor, a finales de 1986, se embargaron las fincas adjudicadas al cónyuge del deudor, que interpuso una tercería de dominio que fue rechazada en cuanto a la deuda tributaria y los intereses de demora (que se consideran deudas consorciales), pero admitida por el Tribunal Supremo en cuanto a la multa, que se considera deuda privativa.

NOTA.— La declaración de inoponibilidad requiere un previo debate jurídico entre las partes del procedimiento, por lo que parece incorrecto no darle al tercerista oportunidad para que se defienda de esa posibilidad. Tampoco parece correcto dar por supuesto que la deuda contraída únicamente por el marido es de carácter consorcial: más bien cabe pensar lo contrario, como tiene establecido la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado desde la resolución de 16 de febrero de 1987. Es cierto que las deudas contraídas por el marido con anterioridad a la reforma de 13 de mayo de 1981 se presumían consorciales, pero las posteriores a esa reforma no tienen el mismo tratamiento.

Es acertada la solución de la inoponibilidad aplicada al supuesto de que la deuda contraída por uno de los cónyuges sea calificada como consorcial, así como la necesidad de que sea declarada esa inoponibilidad por vía judicial. (L.F.R.S.).

36. Disolución de la comunidad de bienes entre ex-cónyuges.— En cuanto al art. 96 del C.c., se tiene que los requisitos establecidos en su párrafo 4.º para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular no son exigibles cuando aquélla es copropiedad de ambos ex-cónyuges, pues ha de prevalecer—en cuanto a la cesación de la comunidad— el criterio inspirador del art. 400 del C.c. fundado en los graves inconvenientes que comporta la indivisión, sin que sea suficiente para desconocerlo la medida adoptada a consecuencia del divorcio, siempre y cuando, como aquí sucede, al constar expresamente en la sentencia recurrida en ejecución de la cual podría producirse la venta (art. 404 del C.c.), se garantice el derecho dimanante de aquélla, por lo que la sentencia impugnada no infringe el art. 96 ni tampoco, desde la perspectiva constitucional, cuanto deriva de la protección de la familia y, en particular, a los hijos menores. (STS de 22 de diciembre de 1992, no ha lugar).

HECHOS.— D.^a Carmen M.E. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia reclamando a su ex-marido 1.439.417 pts. y 390.200 pts. en concepto de gastos de hipoteca y de la Comunidad de propietarios, con sus intereses. El demandado formuló reconvencción solicitando la división de las fincas que pertenecían en copropiedad y proindiviso a ambos ex-cónyuges, esto es, un piso o vivienda y dos plazas de garaje, además de la mitad de todo lo que hubiera obtenido su ex-mujer por el disfrute, alquiler o beneficios aportados por las dos plazas de garaje y habitaciones de la vivienda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando totalmente la demanda de D.^a Carmen M.E. y parcialmente la reconvencción, condenando al demandado al pago de las referidas sumas más sus intereses desde la interposición de la demanda y a la actora a la división de las dos plazas de garaje. La Audiencia Provincial modificó esta sentencia reduciendo la cantidad a abonar por el demandado en concepto de gastos de la Comunidad de propietarios a 66.000 pts; y estimando totalmente el recurso interpuesto por el demandado-reconveniente, declaró haber lugar a la división del piso que poseían en común, mediante su venta y reparto del precio, a falta de acuerdo en la adjudicación a uno de los copropietarios con indemnización al otro, ello sin perjuicio del derecho de a su uso y ocupación atribuido a D.^a Carmen M.E. e hijas. El T.S. desestimó el recurso de casación interpuesto por D.^a Carmen M.E. (V.M.L.).

6. DERECHO DE SUCESIONES

37. El principio de igualdad. La igualdad «en» la Ley y la igualdad «ante» la Ley.— El recurso de casación, en su primer motivo, alega violación del principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución, al haber

aplicado la Audiencia los artículos 253 y 24 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, según la redacción que les daba el antiguo texto de fecha 21 de julio de 1960. Tales preceptos configuraban un sistema de limitaciones sucesorias respecto a los cónyuges de segundas o ulteriores nupcias. La Ley de 20 de marzo de 1984, aprobada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma, cuyo objetivo era la adaptación de la Compilación a la Constitución de 1978, excluyó de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña el contenido de los antiguos artículos 24 y 253 (sustituídos por disposiciones de significado radicalmente distinto), por entender los legisladores catalanes que tales preceptos contenían discriminaciones por razón del estado civil. Las normas derogadas deparaban al segundo o posterior cónyuge supérstite, un trato desigual respecto del primero, sin que concurriera una motivación que lo justificara razonablemente. «El problema de la igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución puede contemplarse desde dos planos distintos: la igualdad en la Ley, o en el trato dado por la Ley, y la igualdad ante la Ley, o lo que es lo mismo, en la aplicación de la Ley, suponiendo esta segunda cuestión, que un mismo órgano jurisdiccional no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en asuntos sustancialmente iguales, estando obligado a razonar y fundamentar, en su caso, el apartamiento que realiza, respecto a la línea de sus resoluciones precedentes... prohibiendo la norma fundamental que se dispense un tratamiento jurídico distinto a los ciudadanos, en una situación igual o equiparable, salvo que dicha desigualdad de trato resulte objetiva y razonablemente justificada, en atención a la finalidad perseguida por la norma que introduce la diferenciación».

«La vulneración del principio de igualdad en la Ley requiere, pues: la existencia de unos supuestos idénticos o equiparables sobre los que pueda predicarse la exigencia de un tratamiento igual; la incidencia de un tratamiento legal diferenciado para los mismos supuestos; y finalmente, la falta de una motivación que justifique objetiva y razonablemente la diferencia de trato, en razón de la finalidad perseguida por la norma».

En este sentido se han pronunciado varias resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como una abundante y concorde doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

Testamento. Interpretación de la voluntad del testador. El Artículo 675 del Código Civil.— El reconocimiento de la inconstitucionalidad de los antiguos artículos 24 y 253 de la Compilación Catalana, hace necesario proceder al estudio de la interpretación de la voluntad del testador, según las reglas de Derecho común que contiene el artículo 675 del Código Civil. «La jurisprudencia de esta Sala es constante y reiterada, cuando interpreta el alcance del citado artículo 675, estableciendo dos principios básicos: el primero referido a la función, exclusivamente atribuida a los Tribunales de instancia, en cuanto a las condiciones hermenéuticas por ellos establecidos, que deben ser mantenidas casacionalmente, salvo que no se respete la verdadera intención o voluntad del testador; y la segunda aclarando, que el proceso interpretativo ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a descubrir la voluntad del testador, por lo que, aun cuando la primera regla del precepto legal sea

la literalidad, debe acudirse, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. El testamento constituye pues una unidad, donde está plasmada la voluntad del testador, y sus distintas disposiciones es necesario interpretarlas integrándolas armónicamente, en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa. (Sentencias de 18-12-1965; 5-6-1978; 8-2-1980; 5-4-1981; 9-3-1984; 2-11-1987; 28-4-1989; 30-11-1990; 5-3-1991; etc.).».

El testador, tras instituir heredera única y universal a su segunda esposa, lega a sus hijos «lo que por legítima estricta les corresponde en su herencia, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 253 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña», lo cual sólo tiene sentido entendiendo que se hace al artículo 253 de la Compilación es «una cláusula de estilo, añadida al solo efecto de una exigencia legal obligatoria, supuestamente vigente en el momento de otorgarse el testamento, y que contradecía o limitaba la voluntad real del testador, pero que de ningún modo aquella cita puede conferir vigor a un precepto efectivamente derogado en el momento en que el testador dispone de sus bienes.».

Se deduce, pues, del testamento la voluntad del testador de limitar la herencia de sus hijos a la legítima, pues resulta contradictorio en sus propios términos entender que el testador limita, primero, los legados de sus hijos a la legítima (una cuarta parte de la herencia a repartir entre los cuatro hijos), para, después, disponer que se les atribuya, a cada uno de los hijos, una quinta parte de la totalidad del caudal relicto (STS de 6 de abril de 1992; ha lugar).

HECHOS.— Mediante testamento (cuya fecha no consta en el texto de la sentencia), sometido al Derecho Civil catalán, el causante instituye heredera universal a su segunda esposa, y lega a sus cuatro hijos, habidos de un matrimonio anterior, «lo que por legítima estricta les corresponde en su herencia, sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 253 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña». Fallecido el testador, sus hijos interpusieron demanda contra la viuda de aquél, pidiendo, entre otros extremos, se declare su derecho a percibir, cada uno de ellos, una quinta parte de la totalidad de los bienes que constituyen el caudal relicto de la herencia (la cual quedaría dividida en cinco porciones iguales: cuatro para los demandantes y una para la demandada) y, una vez determinado el valor de tales bienes, se condene a la demandada al pago de una quinta parte del mismo a cada uno de los actores.

El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia, estimando parcialmente el recurso de apelación, declaró a los demandantes herederos, cada uno de ellos, de una quinta parte de la herencia del causante. El Tribunal Supremo reconoce la inconstitucionalidad, por vulnerar los artículos 14 y 24.2 de la Constitución, de los antiguos artículos 24 y 253 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña y declara haber lugar el recurso de casación interpuesto por la demandada (*I.A.F.*).

II. DERECHO MERCANTIL

38. Cuestión de competencia. Compraventa mercantil a portes «debidos» a cargo del comprador.— La cuestión litigiosa se refiere a una compraventa mercantil donde el importe de las mercancías que se reclama es a porte debido, es decir, por cuenta y riesgo del adquirente, al ir a su cargo el gasto del transporte, por lo que ha de reputarse el lugar de entrega el correspondiente a donde radica la entidad vendedora, y en él había de efectuarse el pago del precio (arts. 1171 y 1500 del C.c. y 50 del C.Co.); y es el que determina la competencia para el conocimiento del pleito de referencia, ya que no consta sumisión expresa ni elementos suficientes para inferir la tácita, ni el lugar de cumplimiento de la obligación ni el de la entrega de las mercaderías (Ss. 18 y 25-5-1983; 4-6; 5-7; 5-11-1984; 25-3; 13-7-1991). (**STS de 24 de febrero de 1992**, cuestión de competencia a favor de Juzgado de 1.^a Instancia n.º 5 de Barcelona, como correspondiente al domicilio de la sociedad vendedora).

HECHOS.— La empresa «Ravial S.A.» formuló demanda de juicio de cognición en reclamación de la cantidad de 367.828 pts., por impago de mercancías ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona (ciudad donde tiene su domicilio dicha empresa), contra D. Tomás C.D. Este último interpuso cuestión de competencia ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Madrid (ciudad donde está su domicilio), alegando que se trataba de una acción personal derivada de una compraventa mercantil a portes debidos por el comprador, en la que no había sumisión de las partes a un determinado Juzgado, siendo además una agencia del Banco Zagozano, sita en esta capital, el lugar del cobro de unos efectos cambiarios que resultaron impagados, y por tanto en aplicación el art. 62 regla 1.^a de la L.E.C. era competente el Juzgado de Madrid. El Ministerio Fiscal informó a favor del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona pues no apreció ninguna suerte de sumisión, expresa ni tácita, sin que tampoco se hubiera pactado el lugar del pago del precio ni el de entrega de la cosa vendida. El T.S. resolvió la cuestión de competencia a favor del

Juzgado correspondiente al domicilio de la sociedad vendedora, el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Barcelona. (V.M.L.).

39. Seguro de incendios: Prescripción de la acción contra la aseguradora: Prejudicialidad penal: Doctrina general.— Como establecen los comentaristas clásicos de la Ley de enjuiciamiento criminal, basta con que verse el proceso penal sobre un hecho que ejerza tal influencia en la resolución del pleito que haga imposible el fallo de la cuestión civil sin ser conocida antes la decisión que se dicte en materia criminal, teniendo por finalidad el art. 114 de aquélla que se evite la división de la continencia de la causa y la posibilidad de sentencias contradictorias entre las de uno y otro Tribunal; así ocurriría, sin duda, si promovida causa en averiguación de si un incendio fue intencionado, y por tanto, doloso, dirigiéndose las sospechas sobre el representante legal de una sociedad, al que se acusa de estafa, por el lucro ilícito que obtendría y por el engaño sobre la preexistencia de bienes, así como de falsear los documentos mercantiles relativos a la justificación del daño, se declarara, antes de su firme resolución, que el incendio constituiría siniestro indemnizable, pese a las causas de exclusión establecidas en el párrafo 2.º del art. 48 de la Ley de Contrato de Seguro, que, desde luego, alcanza, tratándose de personas jurídicas, a los órganos representativos de ésta, como ocurre en el caso examinado; como declaró la sentencia de 14 de julio 1987 en caso análogo al presente, es constante la doctrina mantenida en todas las jurisdicciones, que conforme al art. 114 L.e.crim., no podrá seguirse pleito alguno hasta que recaiga resolución en el procedimiento penal, con lo que se veda a la jurisdicción civil entrar a enjuiciar hechos o actos que, como en el caso presente, condicionan sustancialmente la pertinencia de la reclamación, entrando en juego el art. 1969 C.c. según el cual el tiempo para la prescripción se contará desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse, es decir, desde el siguiente día del auto de sobreseimiento dictado por la jurisdicción penal, dejando expedita la vía civil; en el presente caso, el plazo de dos años otorgado por el art. 23 de la Ley de 1980 se interrumpió durante la tramitación de las diligencias penales que concluyeron al resolverse definitivamente el recurso de apelación entablado contra el auto de sobreseimiento, por lo que la demanda se presentó dentro del tiempo útil de ejercicio.

Sobreseguro: Mala fe del asegurado: Art. 31 Ley 1980.— El art. 31 de la Ley de Contrato de Seguro, regulador del llamado sobreseguro o situación de diferencia notable entre la suma asegurada y el valor del interés asegurado, distingue claramente dos hipótesis, una que contempla el supuesto normal y que autoriza a las partes del contrato a exigir la reducción de la suma y de la prima, y otra que exige la mala fe para que se produzca la ineficacia del contrato; pero esta última no se ha probado, y tampoco equivale a la misma un hábito de sospecha derivado de las actuaciones criminales previas, que en cuanto sobreseídas, no pueden propiciar ni sugerir un efecto civil perverso, contrario al derecho, no ya a la presunción de inocencia, sino a ser reputado como inocente tras las referidas actuaciones; en el presente caso el asegurador ha de indemnizar pese a la situación

de sobreseguro, el daño efectivamente causado, para cuya determinación se estará a la misma cantidad que aceptó al término de las negociaciones habidas con el asegurado.

Coaseguro: Legitimación de la compañía encargada en el contrato de percibir la prima en recibo totalizado: Art. 33 Ley de 1980.— La condena al pago de la indemnización, incrementada en los porcentajes legales, recae íntegramente sobre la compañía demandada, sin perjuicio del derecho que le asiste para recabar su cuota a la otra compañía, a la que representa por ministerio de la ley, dado que la modalidad de coaseguro pactada, que encarga a la compañía demandada el cobro de la prima en recibo totalizado, supone que está autorizada para pedir el cumplimiento del contrato, por lo que goza de un poder legal típico que la capacita, en el campo procesal, no sólo en una legitimación activa para llevar a buen fin las referidas facultades, sino también, por necesaria compensación, en una legitimación pasiva para soportar demandas, tanto en nombre propio como en lo que representa según la cuota pactada.

Incremento del 20% de la indemnización no satisfecha en el plazo legal.— La aplicación del módulo cuantitativo del incremento del 20% a la indemnización no satisfecha por el asegurador, transcurridos tres meses desde la producción del siniestro, de acuerdo con el art. 20 en relación con el art. 38 de la Ley de 1980, únicamente se produce cuando la cantidad a abonar se encuentra previamente determinada por vía contractual, o por otra causa eficiente, pues de lo contrario sólo procede a partir de la firmeza de la sentencia que fija la cantidad a indemnizar (STS de 31 de marzo de 1992; Ha lugar).

NOTA.— Correcta aplicación de la conocida regla *le criminel tient le civil en état*, que conduce a desestimar la excepción de prescripción de la acción. Bien vista también la incidencia que puede tener la apertura de diligencias penales en la estimación de buena o mala fe del asegurador a los concretos efectos del art. 31 de la Ley de 1980. Con una imagen literaria dice el 4.º FD que no equivale a la mala fe «un hábito de sospecha derivado de las actuaciones criminales previas». En efecto, basta la existencia de indicios de producción de un delito para que, de oficio se ponga en marcha el procedimiento criminal; pero una vez sobreseído hay que entender desaparecidos tales indicios y, a efectos civiles, restablecida la presunción de buena fe (*G.G.C.*).

40. Limitaciones a la libre transmisibilidad de acciones establecidas en los Estatutos de una sociedad anónima. Exigencia estatutaria de inscripción en el registro de accionistas nominativos de la sociedad y derecho de voto de los socios: interpretación.— Clave esencial del tema debatido es el artículo de los Estatutos de la Sociedad demandada por el que se limita la libre transmisibilidad de acciones, concediéndose un derecho de preferencia a favor de los demás

socios, salvo que la transmisión se haga a favor de determinados parientes del transmitente. Hallándonos en este último supuesto, y dado que las restricciones no afectan a transmisiones verificadas entre sujetos excluidos de las mismas, el Consejo de Administración no habrá de controlar el cumplimiento de formalidad previa alguna encaminada a hacer viable el derecho de compra preferente por los restantes socios. Por consiguiente, una vez comunicada la transmisión a la Sociedad, con cinco días de antelación a la celebración de la Junta General Extraordinaria, los nuevos accionistas tenían expedito el camino para asistir a dicha Junta y ejercitar en ella su derecho al voto (artículo 19 de los Estatutos y 60 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951). En cuanto a la exigencia estatutaria de inscripción de los nuevos socios en el Registro de Accionistas nominativos de la Sociedad, tal inscripción dependía exclusivamente de la materialidad física de su práctica, «cuyo cumplimiento estaba fuera de la voluntad y alcance de los nuevos accionistas... es una exigencia no formal, sino formalista, toda vez que notificada la transmisión con cinco días de antelación a la Sociedad, cumplía por su automatismo los requisitos y condiciones establecidos en los Estatutos y en la Ley de 17 de julio de 1952 (artículos 35, 39-3.º, 46 y 59), pues en buena hermenéutica han de entenderse los preceptos legales en función de las normas estatutarias cuando éstas adoptan medidas restrictivas que aun siendo lícitas, han de ser interpretadas en un sentido no expansivo...» En consecuencia, «... conforme al artículo 46 de la Ley de Sociedades Anónimas en su último inciso, la obligación de los socios transmitentes y adquirentes es la de comunicar tal transmisión a la Sociedad y la de ésta es la de anotarla, ..., por lo que era a la Sociedad a la que incumbía una obligación cuya materialidad no verificada no podía ser impedimento para el ejercicio del derecho de voto a dichos accionistas». (STS de 14 de abril de 1992; ha lugar).

HECHOS.— Los actores-recurrentes, que eran titulares de acciones de la sociedad anónima demandada por virtud de las correspondientes escrituras públicas de compraventa, comunicaron esta adquisición a dicha entidad cinco días antes de la celebración de una Junta General de Accionistas de carácter extraordinario. Al serles negada la admisión a dicha Junta, promovieron demanda instando fuera declarada la nulidad tanto de esa Junta General Extraordinaria, como de los acuerdos en ella adoptados, de los asientos registrales verificados y de los actos y contratos que se realizaren por la sociedad en mérito de los acuerdos sociales adoptados en la referida Junta, incluso los que pudieran ser adoptados por su Consejo de Administración.

El Juzgado de Primera Instancia, apreciando falta de legitimación activa de los demandantes, absolvió a la demandada. Tras ser desestimado el recurso de apelación por la Audiencia, el Tribunal Supremo entendió vulnerados los artículos 39-3.º y 59 de la Ley de Sociedades Anónimas (de 17 de julio de 1951), declaró haber lugar al recurso de casación y estimó íntegramente la demanda (I.A.F.).

III. DERECHO PROCESAL

41. Principio dispositivo. Actuación «ex officio». Apreciación de oficio por el Juzgador de la excepción de litispendencia.— El principio dispositivo (cuya raíz son los derechos subjetivos que deben ser respetados en su libre ejercicio, por los poderes públicos), expresa el poder de disposición del sujeto legitimado sobre la pretensión jurídico material que deduce en juicio, si bien los problemas procesales referentes a la licitud, utilidad, regularidad o validez del proceso, caen fuera de su ámbito por afectar a materias indisponibles. Cosa distinta es que, en función del principio de aportación de parte se confíe a los litigantes la denuncia y acreditamiento de vicios, óbices o excepciones o presupuestos y requisitos procesales. La mayor novedad introducida por la Ley de Enjuiciamiento Civil en este sentido, se manifiesta en el reconocimiento de poderes de oficio al juez, al margen de lo aducido por las partes, para revelar éstos obstáculos procesales y adoptar las medidas conducentes a su corrección o subsanación si su naturaleza lo permite, o, en otro caso, a ordenar sin más el sobreseimiento.

En estos obstáculos, con carácter de oponible a la lícita continuidad del proceso, debe entenderse comprendida la situación de litispendencia, tratada como excepción por el artículo 533.3.^o Así, el designio de la norma que autoriza la intervención oficial del juez, cuando la cuestión no es subsanable, (como ocurre con la litispendencia), es que cuanto antes se evite la continuidad del proceso posterior. Pero si así no acontece, y el conocimiento del juez es posterior, parece razonable que, al menos, en la sentencia se resuelva sobre la cuestión, máxime teniendo en cuenta que tal poder de oficio no debe ser de peor condición que el de las partes y éstas, si mantienen sus excepciones pueden llevar al juez a decidir sobre las mismas por sentencia.

Es, pues, misión de los tribunales de instancia la comprobación de las circunstancias fácticas que sirven para configurar las identidades precisas que determinan la situación de litispendencia. Al respecto habrá identidad de personas (artículo 1.252 del Código Civil) siempre que los litigantes del segundo pleito estén unidos a los del primero por vínculos de solidaridad. (STS de 25 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Ante el Juzgado de Primera Instancia de Balmaseda, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía, solicitando el demandante la existencia de un contrato de compraventa sobre dos plazas de garage y dos lonjas, debiendo otorgar los demandados la oportuna escritura pública, reclamando subsidiariamente la resolución de la compraventa y el pago de los trabajos, obras y servicios realizados en los locales referidos. Los demandados alegaron la excepción de cosa juzgada. El Juzgado dictó sentencia con fecha 3 de julio de 1987, contra la cual se interpuso recurso de apelación que fue admitido, y sustanciada la alzada, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia con fecha 27 de octubre de 1989 cuyo fallo fue desestimatorio de los recursos interpuestos, confirmando la sentencia recurrida. El posterior recurso de casación no es estimado por el Tribunal Supremo (*J.L.B.*).

42. Posibilidad de solicitar nulidad de actuaciones de procedimiento en el que no se ha sido parte.— Motivo que deberá ser estimado en atención a las siguientes razones: Primera.— Que esta Sala, en sentencia de 10 de abril de 1901, 1 de julio de 1904, 8 de marzo de 1929, 30 de abril de 1930, 22 de diciembre de 1967 y 4 de diciembre de 1980, viene reconociendo la procedencia de solicitar y declarar la nulidad de actuaciones en un procedimiento judicial a través de un juicio declarativo posterior instado por quien no fue parte en aquél, en cuanto se den los requisitos precisos al respecto, cuales son los de lesión o perjuicio derivado de un resultado desfavorable a quien solicita la nulidad, consecuencia de la violación de un precepto de carácter sustantivo o procesal, explicitando la resolución últimamente citada que según tiene reconocido esta Sala en sentencia de 30 de abril de 1930 debe admitirse la posibilidad de que quienes no fueron parte en juicio anterior en el que se lesionen sus derechos y se vean privados del ejercicio de éstos puedan hacerlo posteriormente en juicio distinto, de tal manera, como admite la también sentencia de esta Sala de 22 de diciembre de 1967, que un tercero que no fue parte en juicio ejecutivo planteado puede instar en procedimiento ordinario la nulidad de actuaciones del procedimiento de apremio para que sea declarada la existencia de una voluntad legal amparada en su derecho, no es más que el lógico reconocimiento de la precisión de arbitrar un adecuado marco procesal para que un tercero en un determinado proceso, y que por no figurar como parte en los autos que lo configura no puede normalmente insertarse directamente en él como parte, pueda actuar en defensa de los atentados que a su derecho pudieran derivarse, dando vida a lo que ya en determinadas modernas orientaciones legislativas se regula expresamente, cual sucede en el procedimiento civil italiano, al prevenir su artículo 404 que «un tercero puede hacer oposición contra la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, o simplemente ejecutiva, dictada entre otras personas, cuando perjudique a sus derechos», y que ya viene teniendo acogida en la legislación española, cuando en el párrafo décimo del art. 132 de la LH viene a autorizar el planteamiento de terceros interesados, a través de juicio declarativo, de reclamaciones sobre nulidad del título o de las actuaciones de un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria del art. 131 de la misma LH, y en igual sentido se manifiestan los párrafos séptimo de los arts. 85 y 93 de la Ley Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión. Segunda.— Que si tenemos en cuenta que en las actuaciones de que dimana el presente recurso se solicita la nulidad de un juicio del art. 131 de la Ley Hipotecaria por quienes, aun sin ser parte en el mismo, deben reputarse interesados en obtener la declaración de nulidad de las actuaciones, al haberse quedado sin percibir un crédito contra la demandada Confecciones Mármol, S.A., como consecuencia de la insuficiencia de bienes en la masa de la quiebra de la misma, obvio es reconocer que la resolución recurrida, al denegar tal posibilidad, *infringió la norma citada.*

La entrega de un cheque y no de dinero efectivo para participar en la subasta judicial es un defecto procesal, pero que no tiene entidad suficiente para producir la nulidad de actuaciones.— Por una parte, no cabe entender, con el motivo primero, que se haya infringido el art. 131, regla 3.^a, n.º 3, párrafo 2, y 4.^a, párrafo 1.º, de la Ley Hipotecaria, en cuanto que, como acertadamente razona

la resolución recurrida, en el requerimiento de pago se cumplió lo dispuesto en la regla 4.^a del art. 132, en relación con el art. 266 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entregarse la cédula a la persona que dijo ser empleado, sin que se advierta infracción alguna imputable al órgano que lo practicó, y, por otra, tampoco cabe estimar la existencia de infracción de la regla 5.^a del art. 131, en relación con los arts. 266 a 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativa a la notificación a los interventores de la suspensión de pagos, defecto éste denunciado en el motivo tercero, toda vez que consta que se citó personalmente a uno de ellos, quien se obligó a transmitir la citación a quien, en aquellos momentos, ostentaba tal cargo, finalmente, y por lo que se refiere al motivo cuarto, en el que se acusa infracción de la regla 14 del art. 131, al admitir la prestación de un afianzamiento por medio de un cheque o talón para tener como postor a Don Pedro Sanz Llopart en la subasta pública celebrada el 10 de marzo de 1980, y aun proclamando que la misma debió ser prestada en dinero efectivo, ha de concluirse que tal anomalía en modo alguno reviste una gravedad tal que pueda provocar la declaración de nulidad de una actuación procesal. (STS de 28 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Un acreedor de una entidad quebrada promovió juicio declarativo para solicitar la nulidad de actuaciones de un procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria que en su día siguió otro acreedor contra el deudor común. El Tribunal Supremo admite la posibilidad de ejercitar esa acción de nulidad de actuaciones, pero rechaza la pretensión en cuanto al fondo, por tratarse de defectos de procedimiento que carecen de la relevancia suficiente como para anular el procedimiento (L.F.R.S.).

43. La petición de nulidad de actuaciones ha de hacerse por medio de los correspondientes recursos.— Se ha vulnerado la disciplina que taxativamente impone el art. 240-1 y 2 de la LOPJ, ya que por el primer precepto se establece que la nulidad de pleno derecho cuando se hubiesen producido defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin, determinen efectiva indefensión en relación con lo dispuesto en el art. 238-3 de dicha Ley (a lo que naturalmente debe equivaler la omisión de tener por comparecido y parte en el recurso de apelación al actor tercerista tal y como se ha indicado anteriormente) se hará valer por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales, en cuyas vías de impugnación, naturalmente, hay que incluir la posibilidad de que la persona a la cual se le ha inferido dicha indefensión, pueda hacer valer, en su caso, el recurso extraordinario de casación, como en los supuestos del litigio debería haber hecho el tercerista, el cual, cuando se le notifica la sentencia de 11-4-88, en 6-5-88, podía, perfectamente, haber interpuesto dicho recurso de casación, por lo que al no haberlo hecho así, no procede que, después, en 4-10-88 (a los cinco meses) plantee la petición de nulidad de actuaciones; que, igualmente, tampoco es posible a los jueces o Tribunales actuar en la forma que se efectuó por la Sala de apelación en 1-12-88, porque, por

las vicisitudes antes reseñadas, habiéndose dictado ya una sentencia definitiva y que, como se ha comprobado, la misma era firme, no cabe que, bien de oficio, bien accediendo a la petición de parte, se proceda a decretar la nulidad de lo actuado y, por lo tanto, se deje sin efecto la citada sentencia firme y definitiva de 11-4-88, porque el freno para actuar de esa forma está taxativamente determinado en dicho art. 240-2 que confirma la anterior normativa de la L.e.c., en su reforma de la Ley 34/1984 de 6 de agosto (art. 742): «será inadmisibile el incidente de nulidad de resoluciones judiciales. Los vicios que puedan producir al efecto serán hechos valer a través de los correspondientes recursos», y art. 745 que suprime el anterior número del mismo: acerca del incidente de nulidad de actuaciones o de alguna providencia) y recogido y ratificado por la referida resolución del Tribunal Constitucional de 15-11-90 que expresamente declara la constitucionalidad del repetido art. 240 LOPJ por lo cual, al haberse actuado con esa evidente infracción la Sala de instancia, se ha vulnerado el citado precepto y, en consecuencia, procede con la admisión de los motivos, en lo sustancial, coincidentes con la tesis que se sustenta, acceder al recurso de casación. (STS de-24 de febrero de 1992, ha lugar).

HECHOS.— El demandante interpuso una tercería de dominio contra una Entidad bancaria y dos personas ejecutadas, solicitando se alzara el embargo sobre determinadas acciones de una sociedad anónima. El Juzgado de 1.^a Instancia estimó la demanda, pero, interpuesto recurso de apelación por la Entidad bancaria, la entonces Audiencia Territorial de Madrid revocó la sentencia y desestimó la demanda. A los cinco meses de dictarse la sentencia de la Audiencia, el tercerista presentó una petición de nulidad de actuaciones, basándose en que, habiendo fallecido su procurador, compareció en el recurso de apelación con otro, pero no se le tuvo por parte ni se le citó para la vista en donde se le consideró rebelde, a pesar de haber presentado los correspondientes escritos en plazo, personándose en debida forma. A consecuencia de dicha petición, la Audiencia Provincial de Madrid declaró la nulidad de las actuaciones y de la anterior sentencia, dictando nueva sentencia, en la que desestimaba el recurso de apelación. Frente a esta sentencia interpuso recurso de casación la Entidad bancaria y el Tribunal Supremo lo admitió. (L.F.R.S.).

